

C  
I  
E  
N  
C  
I  
A  
S

Ju

ri

di

cas



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

SEMINARIOS 10

**CEDEC III**

Centro de Estudios  
de Derecho  
de la Competencia

Alfonso Miranda Londoño

Compilación  
documentos sobre derecho  
de la competencia

COLECCIÓN SEMINARIOS N° 10

Centro de Estudios de Derecho de la Competencia

**CEDEC III**



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

Facultad de Ciencias Jurídicas

1999



Pontificia Universidad Javeriana  
Facultad de Ciencias Jurídicas

Centro de Estudios de Derecho de la Competencia

**CEDEC III**

Colección Seminarios N° 10

Emilio José Archila

Alfonso Miranda Talero

Gabriel Ibarra Pardo

Grupo Andino

1ª Edición 1999

ISBN Obra: 958-9176-32-1

ISBN Volumen: 958-683-077-2

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

C  
I  
E  
N  
C  
I  
A  
S



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

SEMINARIOS 10

# Ju ri

# di

# cas

**CEDEC III**

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

**Alfonso Miranda Londoño**

**Compilación  
documentos sobre derecho  
de la competencia**

## ÍNDICE

Prólogo .....	11
EL RÉGIMEN GENERAL DE LA LIBRE COMPETENCIA .....	17
1. Introducción .....	17
2. El derecho de la competencia .....	18
3. Evolución normativa del derecho de la competencia .....	21
4. Régimen general de la libre competencia .....	35
LOS ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS DE REPARTICIÓN DE MERCADOS .....	49
1. Introducción .....	49
2. Acuerdos horizontales de repartición de mercados .....	51
3. Acuerdos verticales de repartición de mercados .....	54
4. Conclusiones .....	65
COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO Y EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES, A LA LUZ DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA .....	69
1. Introducción .....	69
2. Régimen jurídico de las empresas de servicios temporales .....	72
3. Las cooperativas de trabajo asociado .....	74
4. Prácticas de competencia desleal .....	79
5. Prácticas restrictivas de la competencia .....	79

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA LEY DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS .....	81
1. Introducción .....	81
2. Bien jurídico protegido .....	83
3. Regulación, control y vigilancia .....	84
4. Prohibición a las prácticas restrictivas y desleales de competencia .....	88
EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA COMPETENCIA PARA LOS SERVICIOS DE TELEFONÍA PÚBLICA BÁSICA CONMUTADA (TPBC) .....	101
1. Introducción .....	101
2. El derecho de la competencia en las telecomunicaciones .....	102
3. Régimen especial de la competencia en los servicios de TPBC .....	110
EL CONTROL JURIDICCIONAL DEL RÉGIMEN GENERAL DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS .....	125
1. Introducción .....	125
2. Control de las actuaciones de la SIC ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo .....	133
3. Actuaciones de los particulares ante la jurisdicción ordinaria o civil .....	143
ANOTACIONES SOBRE EL DERECHO ANTIMONOPOLÍTICO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA .....	147
1. Orígenes y evolución normativa .....	147
2. Orientación filosófico-política de las leyes antimonopolísticas .....	151
3. Procedimiento .....	155
4. Sistemas de análisis .....	156
5. Restricciones horizontales a la libre competencia .....	160
6. Restricciones verticales a la libre competencia .....	169
7. Monopolios .....	174



MERCADO Y COMPETENCIA. RESUMEN DE LA MATERIA .....	183
1. Introducción .....	183
2. Conceptos económicos del derecho de la competencia .....	185
3. Evolución normativa .....	187
4. Diferencias entre competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia .....	189
5. Prácticas restrictivas de la competencia .....	189
6. Tomas de control .....	191
7. Categorías de la competencia desleal .....	194
8. El control jurisdiccional del régimen general de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas .....	195
9. Derecho de la competencia en las telecomunicaciones .....	201
10. Libre competencia en los servicios de salud .....	205
11. Las cooperativas de trabajo asociado y las empresas de servicios temporales a la luz del derecho de la competencia .....	211

## PRÓLOGO

Al presentar el tercer tomo de escritos desarrollados por los miembros del CEDEC, resulta importante, como en otras oportunidades, hacer un recuento de las actividades desarrolladas en la difusión y enseñanza del derecho de la competencia.

Durante el año de 1997 y lo que va corrido de 1998, el CEDEC ha desarrollado una gran actividad, que ha significado la consolidación del actual grupo de trabajo, discusión e investigación sobre los diversos temas relacionados con el Derecho de Competencia. Las principales actividades del CEDEC durante 1997 y lo que va corrido de 1998, han sido las siguientes:

### I. PROGRAMAS DE POSGRADO

El CEDEC presentó módulos sobre competencia en los siguientes programas de posgrado:

- Derecho Comercial - Universidad Javeriana. Módulo dictado por Alfonso Miranda Londoño (Director), María Clara Lozano, Jorge Jaeckel, Gabriel Ibarra y Marco Matías Alemán (1998).
- Derecho Comercial - Universidad de Los Andes. Módulo dictado por Alfonso Miranda Londoño (director) y Santiago Concha (1997).
- Derecho Económico - Universidad Javeriana. Módulo dictado por Santiago Concha (1998).

- Derecho Económico - Universidad Nacional. Módulo dictado por Alfonso Miranda Londoño (Director) y María Clara Lozano (1997).
- Derecho de las Comunicaciones - Universidad Javeriana. Módulo dictado por Alfonso Miranda Londoño (Director), Jorge Jaeckel, María Clara Lozano y Marco Matías Alemán (1997 - 1998).
- Derecho de las Telecomunicaciones - Universidad Externado. Módulo dictado por Alfonso Miranda Londoño (Director) y María Clara Lozano (1997).
- Derecho de las Telecomunicaciones - Universidad de Los Andes. Módulo dictado por Alfonso Miranda Londoño (1998).

## II. SEMINARIOS, DIPLOMADOS Y RONDAS DE TRABAJO

- Foro de la Cámara de Comercio, que se realizó en Santa Fe de Bogotá durante el mes de octubre de 1997 y en el cual participaron los doctores José Orlando Montealegre, Emilio Archila, Gabriel Ibarra, Jorge De los Ríos y Alfonso Miranda Londoño.
- Foro de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, realizado en la ciudad de Cartagena en octubre de 1997 y en el cual participó el doctor Alfonso Miranda Londoño.
- Foro de la Superintendencia de Industria y Comercio, que se realizó en Cartagena en marzo de 1998 y en el cual participaron los doctores José Orlando Montealegre, Gabriel Ibarra, María Clara Lozano y Alfonso Miranda Londoño.
- Diplomado en Contratos Comerciales, que se realizó durante el mes de mayo de 1997 en la Universidad del Rosario, dentro del cual se presentó un módulo de Derecho de la Competencia, dictado por el doctor Alfonso Miranda Londoño.

### III. TERTULIAS

Durante el año de 1998 se ha realizado una sesión sobre el tema de protección al consumidor, en la cual contamos con la participación del doctor Marco Aurelio Zuluaga Giraldo, Superintendencia de Industria y Comercio.

### IV. PARTICIPACIÓN DE LOS ALUMNOS DE PREGRADO DE LA UNIVERSIDAD JAVERIANA

A partir del segundo semestre de 1997, algunos alumnos de tercero y cuarto año de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana colaboraron en diferentes actividades afines al “CEDEC”, cuyo resultado representa un muy importante aporte para nuestro centro de estudios.

Las actividades realizadas por los alumnos son:

- Compilación y resumen de resoluciones expedidas por las superintendencias y las comisiones de regulación y sentencias de las altas cortes relacionadas con el derecho de la competencia.
- Compilación de normas sobre derecho de la competencia.
- Búsqueda de información relacionada con el derecho de la competencia en Internet.
- Información del CEDEC en Internet.

### V. LA PRESENTE PUBLICACIÓN

La publicación que hoy se presenta, contiene los siguientes documentos elaborados por el director del CEDEC.

1. “El régimen general de la libre competencia”.
2. “Los acuerdos anticompetitivos de repartición de mercados”.



3. “Las cooperativas del trabajo asociado y las empresas de servicios temporales a la luz del derecho de la competencia”.
4. El derecho de la competencia en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios”.
5. “El régimen especial de la competencia para los servicios de telefonía pública básica conmutada (TPBC)”.
6. “El control jurisdiccional del régimen general de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas”.
7. “Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico de los Estados Unidos de Norteamérica”.

Los cuatro primeros artículos de este tomo, “El régimen general de la libre competencia”, “Los acuerdos anticompetitivos de repartición de mercados”, “Las cooperativas de trabajo asociado y las empresas de servicios temporales, a la luz del derecho de la competencia” y “El derecho de la competencia en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios”, fueron presentados como ponencias durante el II Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial organizado por la Cámara de Comercio de Santa Fe de Bogotá, que se llevó a cabo en octubre de 1997, cuyo tema a desarrollar fue “Las formas de control, colaboración competencia empresarial y propiedad industrial”. Los dos primeros, explican aspectos de tipo general sobre el derecho de la competencia. El tercero, hace referencia a una situación especial de competencia desleal que se presenta en el mercado de los servicios temporales. El último, contiene la explicación de las normas del régimen especial de libre competencia para los servicios públicos domiciliarios, contenidos en la Ley 142 de 1994.

El artículo de “El régimen especial de competencia para los servicios de telefonía pública básica conmutada (TPBC)”, fue ponencia en el “Curso sobre la nueva regulación en Colombia” organizado por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en Cartagena de Indias en octubre de 1997. Este documento se apoya en dos documentos anteriores del autor. “El derecho de la competencia en las telecomunicaciones” publicados en el tomo II del CEDEC, y “El derecho de la

competencia en los servicios públicos domiciliarios” contenido en esta misma publicación.

El artículo titulado “El control jurisdiccional del régimen general de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas” fue presentado como ponencia dentro del seminario sobre aplicación de la política de la competencia a nivel internacional y su desarrollo en el ámbito nacional, organizado por la Superintendencia de Industria y Comercio y el Banco Mundial, que se llevó a cabo en Cartagena de Indias en marzo de 1998.

El último artículo que recoge este libro: “Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico de los Estados Unidos de Norteamérica”, fue presentado como ponencia dentro del seminario titulado “Hacia un nuevo régimen de promoción de la competencia” que se llevó a cabo en Santa Fe de Bogotá, en septiembre de 1992. Dicho documento se publicó ese mismo año en la revista de *Derecho Privado* de la Universidad de Los Andes, pero se consideró importante incluirlo en este libro, para facilidad de consulta de los estudiantes.

Por último, el libro reproduce los acetatos utilizados por el autor en la enseñanza del derecho de la competencia en varias universidades, con el fin de facilitar el seguimiento de las conferencias por parte de los estudiantes de pregrado y posgrado.

## VI. NUEVOS PROYECTOS

El CEDEC pretende continuar realizando las tertulias, actividad que le permite a sus integrantes un permanente contacto y que ha demostrado ser el semillero de nuevas iniciativas. Adicionalmente pensamos finalizar el esfuerzo relacionado con la compilación de normas y el resumen de las decisiones sobre la materia.

Próximamente se podrá consultar la información del CEDEC en Internet.

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO  
Director del CEDEC

# EL RÉGIMEN GENERAL DE LA LIBRE COMPETENCIA

## CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES

### 1. INTRODUCCIÓN

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

En parte como consecuencia de la mencionada consagración constitucional, se ha producido en Colombia una acentuada proliferación normativa e institucional a la cual me he referido en numerosos documentos<sup>1</sup>, por cuanto considero que resulta perjudicial para el desarrollo de esta disciplina, toda vez que tiende a hacer aún más engorrosa la ya difícil tarea de aplicar de manera coherente los principios implícitos en el derecho de la competencia.

La verdad es que en Colombia, además del *régimen general de la libre competencia* contenido en la Ley 155 de 1959, el decreto 2153 de 1992 y normas concordantes, el legislador ha establecido otros regímenes aplicables al sector financiero y asegurador (decreto 663 de 1993), al sector portuario (Ley 1° de 1991), al mercado de los servicios de

---

1 En relación con la problemática de la proliferación normativa y de la multiplicidad de autoridades para la aplicación de las políticas de competencia, puede consultarse mi artículo "Presente y futuro del derecho de la competencia en Colombia", *Revista de Derecho* N° 3, Universidad del Norte, Barranquilla 1994, págs. 80 y 81.

salud (Ley 100 de 1993 y decreto 1663 de 1994), y a los servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994).

El presente documento pretende analizar y explicar de manera general las características principales que presentan las normas que componen el llamado *régimen general de la libre competencia*, el cual resulta aplicable, según las voces del numeral 10° del artículo 4° del decreto 2153 de 1992, a “*todo aquél que desarrolle una actividad económica*”, siempre que el legislador no le haya establecido un *régimen especial de libre competencia*, como el que existe por ejemplo para el caso de los servicios públicos domiciliarios.

## 2. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

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

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

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

Como es bien sabido, la libertad de competencia se puede ver restringida, eliminada o alterada de diversas maneras:

- a. por el establecimiento de monopolios de derecho (en la forma prevista por el artículo 336 de la C.P.);
- b. por el reconocimiento de marcas, patentes y demás derechos de la propiedad industrial;



- c. por la explotación abusiva de la posición dominante en un mercado;
- d. por la realización de prácticas restrictivas de la competencia; y
- e. por la realización de actos de competencia desleal de tipo nacional o internacional (*dumping*).

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

Por otro lado, las tres últimas formas de restricción o alteración de la competencia arriba señaladas, es decir, el abuso del poder monopolístico, la realización de prácticas restrictivas de la competencia y la ejecución de actos desleales de comercio, constituyen “conductas patológicas”, que surgen de manera espontánea sin que las leyes naturales del mercado puedan corregirlas o suprimirlas, y que por el contrario le introducen importantes elementos de distorsión y desequilibrio. Como bien se sabe, la existencia de este tipo de conductas fue lo que impulsó a Marx a vaticinar la autodestrucción del capitalismo como sistema económico, conclusión que parecía inevitable desde su punto de vista, toda vez que Marx no le asignaba al derecho la capacidad de modificar las conductas económicas, ni de cambiar el curso de la historia a través de la aplicación pacífica de las normas jurídicas, y de la transformación institucional<sup>2</sup>.

Estas conductas que he llamado patológicas, deben ser reprimidas por el Estado, con el objeto de garantizar la libertad de competencia y la subsistencia misma de la economía de mercado. Para tal efecto nuestro sistema jurídico, con base en los principios del antiguo artículo 32 de la

---

2 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* n° 9, 1989, Ediciones Librería El Profesional, pág. 53.

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)<sup>3</sup>;
- 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 y normas que lo modifican) y
- d. Normas sobre prohibición de las conductas de competencia desleal (contenidas en la Ley 256 de 1996)<sup>4</sup>.

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

---

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

4 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. Dichos artículos a su vez fueron recientemente derogados por la Ley 256 de 1996 sobre competencia desleal.

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

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

### 3. 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 dichas normas, antes de realizar el análisis sectorial de las mismas.

#### 3.1. NORMAS DE COMPETENCIA ANTERIORES A LA CONSTITUCIÓN DE 1991

##### *3.1.1. Normas de 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 leyes<sup>5</sup>.

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 entonces<sup>6</sup>. La Ley 155 de 1959 fue reformada en primera instancia por el decreto extraordinario 3307 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 monopolistas, lo cierto es que las autoridades competentes<sup>7</sup> 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 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.

5 *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 quién tiene a su cargo la dirección general de la economía y la facultad de intervenir para regularla en la forma y con los fines previstos en la misma Constitución (art. 32), nos encontramos con que nuestro país posee la estructura jurídica necesaria para adoptar una ley contra los monopolios”.

6 *Op. cit.* Miranda Londoño Alfonso. Págs. 62 y sigs. Puede encontrarse un análisis relativamente detallado de la Ley 155 de 1959.

7 Las autoridades encargadas de la aplicación de las normas sobre la competencia comercial, han sido sucesivamente el Ministerio de Fomento (Ley 155 de 1959); la Superintendencia de Regulación Económica (decreto 3307 de 1963); la Superintendencia de Sociedades (decreto 2562 de 1968); y por último la Superintendencia de Industria y Comercio (decreto 149 de 1976).



- La ausencia de una política de promoción de la competencia, como consecuencia del esquema económico proteccionista que rigió al país por varias décadas.
- La carencia por parte de las entidades encargadas en los distintos momentos históricos, de los instrumentos técnicos y del equipo humano necesario para implementar unas normas que requieren de complejos análisis econométricos y de cierta sofisticación académica.
- Por último, se ha señalado un defecto estructural de la legislación, que tiene que ver con el desarrollo del párrafo del artículo 1º de la Ley 155 de 1959, por medio del artículo 1º del decreto 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 introducir excepciones a la prohibición general. El artículo 1º de la ley dice lo siguiente:

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

*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”. (Las cursivas fuera de texto).

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". (Cursivas fuera de texto).

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 Competencia<sup>8</sup>.

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 juntas directivas de sociedades por acciones<sup>9</sup>, y reglamentó la competencia desleal en sus artículos 75 a 77.

---

8 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", pág. 131.

9 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

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

### 3.1.2. Normas de 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.

---

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 aquélla, incorporado al Código de Comercio, previene conflictos de aplicación frente a la Ley 155 de 1959 y delimita el ámbito de ésta, 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*”. (Cursivas fuera de texto).

Los antecedentes legislativos de esta decisión se encuentran en el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena, el cual le ordena a la comisión adoptar la propuesta de la junta, normas que prevengan o corrijan las 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 declaración de 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*<sup>10</sup> de las normas sobre promoción de la competencia en el mundo<sup>11</sup>.

---

10 Las ventajas de una legislación *ex ante* son resumidas por el consultor José Diez Canseco refiriéndose al caso del Acuerdo de Cartagena, al decir que:

“en lugar de corregir perjuicios o prevenir amenazas de perjuicios, los cuales no enfrentan la práctica restrictiva en sí misma; en la normativa *ex ante* se ataca la raíz del propio acuerdo o el abuso de una posición dominante. Para ello, es requisito ‘prohibir a priori’ todo acuerdo y el abuso de una posición dominante”. Diez Canseco, José. *Consideraciones en torno a la armonización ex ante de las prácticas restrictivas de la libre competencia*. (JUN/REG.CC/II/dt. 3 del 11.03.1991), pág 7.

11 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,

### 3.2. LA COMPETENCIA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

La nueva Constitución le da una gran relevancia a la competencia y constituye un notable avance en este sentido la mención que se hace a las posibilidades de intervención del Estado para protegerla<sup>12</sup>. A pesar 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

---

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".

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

- El artículo 57 de la Constitución dice que «La ley podrá establecer los estímulos y los medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas» (Cursivas fuera de texto).
- El inciso tercero del artículo 58 establece que "El Estado *protegerá y promoverá* las formas asociativas y solidarias de la propiedad". (Cursivas fuera de texto).
- 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". (Cursivas fuera de texto).
- 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...». (Cursivas fuera de texto).
- El artículo 75 de la Constitución dice que "El espectro electromagnético es un bien público *inenajenable* e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley".
- "Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar *las prácticas monopolísticas* en el uso del espectro electromagnético". (Cursivas fuera de texto).

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

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

1. En el informe de ponencia sobre régimen económico, libertad de empresa, competencia económica, monopolios e intervención del Estado, presentado por los constituyentes Iván Marulanda, Guillermo Perry, Jaime 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 (págs. 7 y sigs.), se incluyó dentro del articulado el siguiente párrafo sobre control a las prácticas restrictivas de la competencia:

*“Artículo 1. Libertad económica y competencia:*

“...”

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

“...”

2. Como se puede observar, esta es una posición inicial bastante dura, que permite acabar con los monopolios cuando se considere que “perjudican a la comunidad”, fórmula harto vaga que se presta a

todo tipo de interpretaciones. Pero aún en este caso, los constituyentes no pretendían imponer una prohibición absoluta de los monopolios, ni tampoco montar una persecución generalizada de los mismos, ya que en la conclusión de la exposición de motivos de esta parte de la norma se lee lo siguiente:

“Ni tampoco, conscientes de los resultados obtenidos en la experiencia europea, proponemos que la concentración sea reprimida *per se* sino cuando asuma la forma concreta de prácticas de la posición dominante enderezadas a restringir la competencia o la libertad económica y, que por ello mismo, perjudique a la comunidad”.

3. Posteriormente, en el informe-ponencia para primer debate en Plenaria, titulado “Régimen económico, libertad de empresa, competencia económica, monopolios e intervención del Estado”, presentado por los mismos constituyentes que ya se nombraron, y publicado en la *Gaceta Constitucional* número 80, del jueves 23 de mayo de 1991 (págs. 18 y sigs.), se incluyó dentro del articulado el siguiente párrafo que presenta una notable diferencia con el anterior:

“Artículo 1. Libertad económica y competencia:

“...”

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

“...”.

4. El espíritu final del articulado sobre protección de la competencia, fue resumido por el constituyente Jesús Pérez González-Rubio en la ponencia para segundo debate titulada “Régimen económico, libre empresa e intervención del Estado”, en cuyos apartes más significativos se puede leer lo siguiente:

“La libre competencia es principio básico de este sistema económico. La nueva Constitución lo recoge de manera expresa al señalar que ella es un derecho de todos, que como cualquier derecho presupone responsabilidades. Es un postulado

que quiere tutelar de tal manera, que le impone al Estado la obligación de impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica, así como la de evitar o controlar cualquier abuso de posición dominante en el mercado nacional”.

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

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

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

“La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”.

“...”

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

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

6. Para concluir este punto, es posible afirmar que la intención del constituyente y el contenido del artículo 333 de la Constitución, en lo que hace al control de las prácticas restrictivas de la competencia, se encuentran en consonancia con las corrientes actuales del derecho antimonopolístico, cuyo talante se resume de la siguiente manera:

“En la actualidad, la mayor parte de las legislaciones del mundo no considera los monopolios o la concentración económica como negativos o contraproducentes



*per se* (es más, los considera positivos en ciertos casos), pero pretende controlar su formación y funcionamiento para que no se distorsione la competencia ni se den los llamados abusos de la posición dominante en el mercado. Lo que se pretende entonces no es prohibir la constitución de mercados monopólicos u oligopólicos, ni la erradicación de todos los existentes, sino prohibir que esos monopolios u oligopolios se formen gracias a prácticas restrictivas de la competencia y que los monopolios u oligopolios existentes mantengan su poder de mercado mediante la realización de este tipo de prácticas<sup>13</sup>.

### 3.3. ÚLTIMOS DESARROLLOS NORMATIVOS

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

La más importante expresión de este esfuerzo normativo, lo constituye sin lugar a dudas la expedición del decreto 2153 de 1992, el cual como ya se dijo, entra a conformar con la Ley 155 de 1959, el cuerpo normativo general y más importante del país en materia de derecho de la competencia.

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

#### 3.3.1. Régimen general de la libre competencia

Este régimen fue complementado con el decreto 2153 de 1992, que junto con la Ley 155 de 1959 y sus decretos reglamentarios, constituye el *régimen general de la libre competencia* en Colombia.

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

---

13 *Op. cit.* Miranda Londoño, Alfonso, pág. 55.

incluido en diversas leyes y decretos que regulan diversas actividades y sectores de la economía.

### 3.3.2. *Estatuto orgánico del sistema financiero*

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.

### 3.3.3. *Normas sobre telecomunicaciones*

El decreto ley 1900 de 1990 por medio del cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines, contiene algunas referencias al régimen de la libre competencia en el sector de las comunicaciones.

El decreto 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”<sup>14</sup>.

---

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

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

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

Las normas de competencia sobre servicios públicos domiciliarios de telecomunicaciones, se encuentran contenidas en la Ley 142 de 1994 y las resoluciones de la CRT<sup>15</sup>.

### 3.3.4. Normas sobre servicios públicos domiciliarios

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

La Ley 142 de 1994 creó la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y las comisiones de regulación de telecomunicaciones, de energía y gas combustible y de agua potable y saneamiento básico, las cuales tienen funciones relacionadas con la garantía de la libre competencia. Dichas comisiones de regulación han expedido a su vez, dentro de la órbita de sus funciones, reglamentaciones sobre libre competencia en cada uno de los sectores mencionados.

---

*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”.

15 En relación con este importante tema, puede consultarse mi artículo “El derecho de la competencia en el sector de las comunicaciones”, el cual se publicó en el libro N° 2 del CEDEC.

### 3.3.5. Normas sobre el sector eléctrico

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

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

### 3.3.6. Normas sobre servicios de salud

Por medio de la Ley 100 de 1993, el Congreso expidió el *régimen del sistema de seguridad social en salud*. La mencionada ley definió el concepto de la libre competencia y la libre escogencia en el mercado de los servicios de salud, criterios estos que fueron desarrollados por el gobierno, a través del decreto 1663 de 1994, por medio del cual se establece el régimen de la libre y leal competencia dentro del mercado de los servicios de salud.

### 3.3.7. Normas sobre transporte

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

### 3.3.8. Normas sobre competencia desleal

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

## 4. RÉGIMEN GENERAL DE LA LIBRE COMPETENCIA

El *régimen general de la libre competencia*, está compuesto de una parte por la Ley 155 de 1959, sus modificaciones y decretos reglamentarios; y por la otra, por el decreto 2153 de 1992.

### 4.1. SISTEMAS DE ANÁLISIS

Es indiscutible que en el *régimen general de la libre competencia* imperante en Colombia existen dos sistemas fundamentales de análisis, que siguiendo el derecho antimonopolístico norteamericano podríamos llamar el sistema de la *regla de la razón* y el sistema de la ilegalidad *per se*.

#### 4.1.1. Regla de la razón

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

De conformidad con la jurisprudencia norteamericana, al aplicarle la *regla de la razón* a una situación determinada, se deben analizar tres aspectos esenciales: la naturaleza, el propósito y el efecto de la restricción a la libre competencia<sup>16</sup>.

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

De otra parte, las leyes antimonopolísticas castigan aquellas conductas que son realizadas con el simple propósito o la intención de generar un efecto anticompetitivo. El señalamiento del "propósito" o la intención, como elementos esenciales de una violación al derecho antimonopolístico, marcan el inicio de lo que se ha llamado entre nosotros la aplicación *ex ante* de las normas sobre protección de la competencia. Se considera que una norma tiene carácter *ex ante*, cuan-

16 STANDARD OIL CO. v. UNITED STATES. 221 U.S. 1 (1911).

do actúa en forma preventiva, con base en la simple intención de su infractor y sin necesidad de esperar a que se desencadenen los perjuicios que produciría la práctica restrictiva<sup>17</sup>.

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

Otro aspecto que se analiza al aplicar la *regla de la razón*, es el del poder de mercado, o posición dominante en el mercado como se ha llamado al concepto entre nosotros. Para efectos de determinar si una empresa tiene posición dominante en un determinado mercado, es necesario hacer un estudio sobre la estructura y la concentración de dicho mercado<sup>18</sup>. La autoridad de la competencia tiende a presumir por regla general, que cuando no existe una posición dominante en el mercado, la intención de una empresa al reducir su producción o realizar otra conducta equivalente, no puede ser la de aumentar los precios.

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

En relación con este tipo de práctica, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, aprobó en 1925 un programa de intercambio de

---

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

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

información sobre precios, en el caso de *MAPLE FLOORING MANUFACTURERS ASSOCIATION v. US*<sup>19</sup>, debido a que se compartían únicamente los datos referentes a las transacciones antiguas, en lugar de los precios corrientes, y porque no se divulgaban las listas de clientes. Sin embargo, en los casos de *SUGAR INSTITUTE INC v. US*, (1936) y *U.S. v. CONTAINER CORPORATION OF AMERICA* (1969), la Corte condenó las prácticas tendientes a suministrarle información a los competidores, en mercados altamente concentrados. En Colombia este mismo tema se está debatiendo en la actualidad con motivo de la investigación que la Superintendencia de Industria y Comercio le ha iniciado a la industria cementera, y en la cual se investiga una práctica de compartir información, la cual como se sabe no está tipificada en nuestra legislación.

En Colombia la *regla de la razón* se debe aplicar a aquellas conductas que no se encuentran expresamente definidas en la legislación, como acuerdos, actos anticompetitivos, o formas de abuso de la posición dominante en el mercado. Estas conductas caen entonces bajo las prohibiciones generales contenidas en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y en el artículo 46 del decreto 2153 de 1992. Estas normas jurídicas dicen textualmente lo siguiente:

*Ley 155 de 1959. "Artículo 1.* Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

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

*D. 2153 de 1992. "Artículo 46. Prohibición.* 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".

---

19 *Op. cit.* Hovencamp, Herbert. pág. 119. 268 U.S. 563 (1925).

Como se puede observar, la Ley 155 de 1959 prohíbe "...toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos". Por su parte, el decreto 2153 de 1992 prohíbe "...las conductas que afectan la libre competencia en los mercados...". Este es el reconocimiento del legislador, de que los participantes en el mercado pueden incurrir en prácticas anticompetitivas que no fueron previstas por el legislador, caso en el cual es necesario tener un mecanismo para poder sancionarlos, como es el de la prohibición general.

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

A pesar de las anteriores explicaciones, el sistema de análisis descrito, se encuentra en grave crisis en el derecho colombiano, como consecuencia de la decisión proferida por el Consejo de Estado, al analizar la legalidad del convenio marco para la absorción y el suministro de la producción nacional del aceite de palma africana, el cual fue suscrito con el aval del gobierno en septiembre de 1994, entre FEDEPALMA y varias empresas de la industria procesadora de aceites y grasas y cuyo objeto consistía en regular las condiciones del mercado de aceite de palma.

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

"El acto acusado, por sí mismo, es demostrativo de que se atendió la reclamación presentada; y que si bien no consideró 'significativa' la queja, al estimar que los hechos denunciados no tipificaban las conductas prohibidas por los artículos 46, 47 y 50 del decreto 2153 de 1992, lo hizo razonadamente, dentro de una interpretación lógico-sistemática de la Constitución y de la ley...".

Además mal pueden imponerse sanciones (art. 2º, num. 2 *ibídem*), como lo pretende el actor, frente a hechos que se han considerado atípicos ante las conductas



de abuso de la posición dominante, o uso de prácticas restrictivas de la competencia, pues garantías fundamentales en materia sancionatoria, entre ellas el principio de la legalidad (no hay falta ni pena sin ley), tienen tajante reconocimiento en nuestra Carta Política”.

#### 4.1.2 Regla *per se*

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

La regla *per se* es el tipo de análisis más estricto bajo el cual la autoridad de la competencia puede analizar la conducta de una empresa o persona en los Estados Unidos, y equivale entre nosotros a la aplicación de una “presunción de derecho” de que una conducta determinada es ilegal. Por esta razón la jurisprudencia norteamericana ha ido señalando en forma taxativa los casos en los cuales se aplica este tipo de análisis, y el debate jurídico en los casos dudosos se reduce a definir si la regla *per se* se aplica o no se aplica al caso *sub judice*. Una vez que la Corte ha determinado que la regla *per se* es aplicable al caso, la única defensa válida consiste en demostrar que el acusado no incurrió en la práctica o conducta que se le imputa.

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

Tampoco aceptará la Corte disculpas que tiendan a justificar la práctica restrictiva con el argumento de que la competencia en este mercado específico es perjudicial para la economía. En ningún caso una defensa que pretenda descalificar el proceso de competencia comercial logrará excluir a un acusado de la aplicación de la regla *per se*<sup>20</sup>.

---

20 En el caso de NATIONAL SOCIETY OF PROFESSIONAL ENGINEERS v. UNITED STATES, 435. U.S. 679 (1978), la Corte condenó a la Sociedad Nacional de Ingenieros por establecer un reglamento que prohibía a sus afiliados hacer ofertas competitivas para obtener contratos. La defensa de la asociación se basó en que la libertad absoluta para competir en cuanto al precio llevaría a

La razón para aplicar un tipo de análisis tan estricto, fue explicada en 1982 por el juez Stevens, en el caso de ARIZONA V. MARICOPA COUNTY MEDICAL SOCIETY<sup>21</sup> al decir que:

“Una vez que la experiencia con un tipo particular de práctica restrictiva ha facultado a la Corte para predecir con confianza que la *regla de la razón* lo condenará, la Corte podrá aplicar una presunción concluyente de que la práctica restrictiva en cuestión es irracional<sup>22</sup>”.

En este caso la Corte Suprema de Justicia le aplicó la *regla per se* a un acuerdo de fijación de precios máximos establecidos por la Asociación Médica del condado de Maricopa, a pesar de que el acuerdo en sí mismo tenía por objeto la reducción de precios para los consumidores.

En Colombia la *regla per se* es aplicada a todos los casos de acuerdos, casos o conductas de abuso de la posición dominante específicamente tipificados en la legislación. En estos casos la autoridad de la competencia solamente debe demostrar que la conducta se realizó y no necesita entrar a probar si tal conducta es o no anticompetitiva, ya que el carácter competitivo e ilegal de la conducta es presumido por la ley.

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

“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”.

---

los ingenieros a hacer recortes presupuestales indebidos o inseguros para el público, con el objeto de presentar la propuesta más económica y obtener el contrato, en detrimento de la calidad de las construcciones y del bienestar de los consumidores. La Corte conceptuó que bajo la *regla de la razón* no se podían aprobar defensas basadas en la suposición de que la competencia en sí misma considerada era irracional.

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

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

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

#### 4.2. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA LEY 155 DE 1959 Y NORMAS REGLAMENTARIAS

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

En ejercicio de las facultades extraordinarias que le otorgó al presidente de la República la Ley 21 de 1963, el gobierno expidió el decreto ley 3307 de 1963, por medio del cual modificó los artículos 1º y 15 de la Ley 155 de 1959 y se dictaron algunas normas adicionales sobre procedimientos administrativos para la aplicación de la Ley.

Posteriormente el gobierno expidió el decreto reglamentario N° 1302 de 1964, por el cual se establecieron criterios procedimentales y de valoración en la aplicación de la Ley 155 de 1959<sup>23</sup>.

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

---

23 En acápites anteriores de este documento se analiza la incidencia que tuvo el artículo 1º del decreto 1302 de 1964 en la falta de aplicación de la Ley 155 de 1959, en tanto en cuanto dicho artículo reglamentó el parágrafo del artículo 1º de la ley, incluyendo la mayor parte de los sectores de la economía en la excepción a la aplicación de las normas sobre competencia.

### 4.2.1. *Materias que cubre la Ley*

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

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

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

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

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

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

### 4.2.2. *Carácter subjetivo y ex ante de la norma*

La influencia que ejerció la Ley Sherman sobre el legislador colombiano, hace que la Ley 155 de 1959 tenga un carácter subjetivo, que como se verá más adelante, difiere del carácter objetivo que se le imprimió al decreto 2153 de 1992. Este carácter subjetivo se evidencia en el hecho de que la ley castiga la mera tentativa, sin exigir que los actos produzcan un efecto anticompetitivo en el mercado, para que se aplique la sanción.

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

De igual manera, el carácter *ex ante* de la norma, al cual ya se hizo alusión en este documento, radica en que no es necesario demostrar perjuicio alguno, con el objeto de lograr la aplicación de las sanciones relacionadas con la violación de las normas que prohíben las prácticas restrictivas de la competencia. En este sentido, la Ley 155 de 1959 sigue el criterio del derecho norteamericano, así como el que se aplica en la Comunidad Económica Europea, según el cual debe tratar de aplicarse la norma en forma ágil, preventiva, sin esperar a que se le produzcan daños irreparables a los consumidores y al mercado en general.

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

#### 4.2.3. Bien jurídico protegido

Nada establece de manera expresa la Ley 155 de 1959 en relación con el punto del bien jurídico protegido, lo cual quizá sea sabio si se tiene en cuenta que los diferentes gobiernos deben tener la oportunidad de aplicar su propia política de la competencia, protegiendo aquellos valores que su filosofía económico-política considere más importantes<sup>24</sup>.

---

24 Para una discusión pormenorizada sobre la evolución histórica de los aspectos teleológicos de estas normas, pueden consultarse los siguientes documentos de la misma autoría que el presente: *El derecho de la competencia en Colombia*. Op. cit., págs. 55 y 56; y *Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica*. Op. cit., págs. 134 a 137.

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

### 4.3. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL DECRETO 2153 DE 1992

Como ya se explicó atrás, el decreto 2153 de 1992 fue expedido por el gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias que le otorgó el artículo 20 transitorio de la Constitución. En el punto 3. de este documento se hace un análisis de las características jurídicas del decreto, el cual fue declarado constitucional por el Consejo de Estado.

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

Adicionalmente, resulta importante resaltar la influencia que los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea, ejercieron sobre la redacción del decreto. En efecto, el decreto no solamente establece una prohibición genérica sobre las prácticas restrictivas de la competencia, sino que además define las diferentes categorías de conductas y da listados no taxativos de aquellas conductas que se consideran violatorias del derecho de la Competencia, con lo cual se pretende ilustrar en forma práctica a los destinatarios de las normas, que son los participantes en el mercado, y prevenirlos sobre las conductas que se encuentran prohibidas.

#### 4.3.1. Materias que cubre el decreto

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

norma pone el derecho de la competencia colombiano, a tono con la evolución conceptual que ha tenido la materia en las últimas décadas.

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

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

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

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

Los artículos 47, 48 y 50 del decreto contienen la determinación de la clasificación tripartita que el decreto hace de las conductas restrictivas de la libre competencia. En efecto, el artículo 47 hace referencia a

los acuerdos restrictivos de la libre competencia, el artículo 48 a los actos restrictivos de la libre competencia y el artículo 50 hace referencia a las conductas de abuso de la posición dominante en el mercado.

#### 4.3.2. *Carácter objetivo y ex ante de la norma*

El carácter objetivo del decreto 2153 de 1992 es una clara consecuencia de la influencia de la escuela canadiense. Dicho énfasis objetivo se hace evidente en el hecho de que la aplicación de la norma no depende exclusivamente de la demostración de que el autor de la conducta tuvo la intención de restringir la libre competencia. En este sentido el decreto señala en relación con la mayor parte de las conductas que se describen, que deben tener “*por objeto o como efecto*”, fijar precios, o bien repartir mercados, etc. Lo anterior implica que la norma permite sancionar en aquellos casos en que existiendo la intención de restringir la competencia, no se presenta el efecto anticompetitivo; pero a la vez permite sancionar aquellas conductas que producen un efecto anticompetitivo, aunque no se logre demostrar la intención de su autor de restringir la libre competencia.

El decreto 2153 de 1992 mantiene el mismo carácter *ex ante* que se explicó en relación con la Ley 155 de 1959, explicación a la cual se hace remisión en este punto.

#### 4.3.3. *Bien jurídico protegido*

A diferencia de la Ley 155 de 1959, el decreto 2153 de 1992 contiene un catálogo de bienes jurídicos protegidos, que en general responde a la gama de variedades que en materia teleológica contemplan las diversas legislaciones modernas del mundo, sin establecer ningún orden o prelación en la aplicación de uno u otro criterio, por lo cual queda ello deferido a la discrecionalidad del superintendente de Industria y Comercio, el cual en esta materia deberá seguir la orientación general del gobierno de turno en relación con la política de la competencia.

La determinación de los objetivos o finalidades de la norma, se encuentra contenida en el artículo 2º del decreto, el cual, al definir las funciones generales de la Superintendencia de Industria y Comercio dice que le corresponde a dicha entidad:



“Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, “...” para alcanzar, en particular, las siguientes finalidades: *mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios*”. (Cursivas fuera de texto).

Estos objetivos hacen referencia específica a diferentes escuelas del pensamiento económico y a diversos momentos en la evolución del derecho de la competencia: la eficiencia, el bienestar del consumidor, igualdad de oportunidades para los competidores y nuevamente protección del bienestar del consumidor.

Como se dijo, el decreto en general no ofrece ninguna orientación en relación con el orden o prelación en el cual se deben preferir los diferentes objetivos descritos, los cuales pueden entrar en conflicto; sin embargo, esta apreciación general no se puede aplicar al tema del control de fusiones, en el cual se hace claro que prima el criterio de la eficiencia sobre cualquier otro. En efecto, el artículo 51 del decreto 2153 de 1992, que debe ser leído en concordancia con el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, modifica el criterio general sobre la función del gobierno en el control de fusiones, con el objeto de establecer un evento en el cual el superintendente de Industria y Comercio no puede objetar una fusión. Esto sucede cuando:

“...los interesados demuestren que puede haber mejoras significativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro de costos que no puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado”.

## LOS ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS DE REPARTICIÓN DE MERCADOS

### 1. INTRODUCCIÓN

Los *acuerdos de repartición de mercados* pertenecen a esa categoría de conductas anticompetitivas, que reciben un tratamiento más estricto cuando son realizadas entre competidores. En efecto, es común en las legislaciones sobre libre competencia, darle un tratamiento de ilegalidad *per se* a los acuerdos horizontales de repartición de mercados, mientras que los acuerdos verticales —realizados entre empresas que se encuentran en diferentes niveles del proceso productivo, como por ejemplo entre un productor y un distribuidor— son usualmente analizados bajo la llamada regla de la razón<sup>1</sup>.

Los *acuerdos de repartición de mercados* se encuentran prohibidos en Colombia dentro de lo que he llamado el *régimen general de la libre competencia*<sup>2</sup>, por el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, y los artículos 46

---

1 Para una explicación del funcionamiento de los sistemas de análisis *per se* y de la regla de la razón en el derecho norteamericano, puede consultarse mi artículo "Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica". *Revista de Derecho Privado* N° 11, 1992. Universidad de Los Andes, págs 139 y sigs.

2 El *régimen general de la libre competencia* se encuentra en la Ley 155 de 1959, modificada por el decreto ley 3307 de 1963, el decreto reglamentario 1302 de 1964 y el decreto especial 2153 de 1992. Este núcleo normativo, a cuyas características generales me referiré en otro documento, contiene las normas generales aplicables a cualquier actividad económica en relación con la cual el legislador no haya expedido normas especiales relacionadas con la libre competencia. Como lo he señalado en numerosas oportunidades, en Colombia a raíz de la expedición de la Constitución Política de 1991, han proliferado las normas especiales sobre libre competencia, lo cual unido a la designación de diversas autoridades de la

y 47 numeral 3° del decreto 2153 de 1992<sup>3</sup>. Las mencionadas normas jurídicas dicen lo siguiente:

*Ley 155 de 1959. Artículo 1.* “Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”.

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

*Decreto 2153 de 1992. Artículo 46. “Prohibición.* 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”.

*Decreto 2153 de 1992. 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:

“...”.

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

“...”.

---

competencia, constituye uno de los más serios problemas en la aplicación del derecho de la competencia en Colombia. En relación con este problema puede consultarse mi artículo “Presente y futuro del derecho de la competencia en Colombia”. *Revista de Derecho N° 3*. Universidad del Norte. Barranquilla 1994, págs. 80 y 81.

3 No me referiré en este escrito a otras formas de repartición de mercados como las contenidas en los numerales 4° y 5° del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, por razones de espacio y por considerarlos variaciones del tipo principal contenido en el numeral 3° del mismo artículo.

El presente documento pretende analizar de manera específica los *acuerdos de repartición de mercados* con el objeto de explicar las importantes diferencias que existen entre los acuerdos horizontales y los verticales, las cuales han sido recientemente reconocidas por la Superintendencia de Industria y Comercio en el “Caso de los automóviles”<sup>4</sup>.

## 2. ACUERDOS HORIZONTALES DE REPARTICIÓN DE MERCADOS

Los *acuerdos horizontales de repartición de mercados* se producen cuando dos empresas que compiten en el mismo nivel del proceso productivo acuerdan en forma directa o indirecta repartirse el mercado<sup>5</sup>.

En los Estados Unidos la Corte Suprema de Justicia ha castigado firmemente aquellos acuerdos horizontales por medio de los cuales los competidores se dividen los mercados en zonas geográficas, con el objeto de evitar que algunos se aprovechen gratuita e injustamente de los esfuerzos de mercadeo de otros<sup>6</sup>.

En el caso de *TOPCO ASSOCIATES INC. v. US.*<sup>7</sup>, la Corte condenó un acuerdo firmado entre unas 25 pequeñas cadenas de supermercados, por el cual se dividía el mercado en zonas geográficas para la distribución

---

4 La Superintendencia de Industria y Comercio inició investigaciones contra la totalidad de los fabricantes de automóviles de Colombia, por presunta violación de las normas de la competencia. La Superintendencia acusó a las mencionadas empresas de fijación de precios con su red de distribuidores y de la práctica conocida como ventas atadas, por imposición de condiciones adicionales al contrato de distribución de vehículos firmado con sus respectivas redes de distribuidores. Una de las prácticas atadas que la Superintendencia glosó, fue la de distribución geográfica de mercados. Los casos fueron resueltos entre finales de 1996 y mediados de 1997 mediante el procedimiento de ofrecimiento de garantías establecido en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992. La Superintendencia reconoció en este caso la legalidad de las cláusulas de exclusividad territorial, por considerarlas naturales dentro del contrato mercantil de concesión.

5 Para una explicación general de las conductas anticompetitivas de tipo horizontal y vertical, puede consultarse mi artículo “El derecho de la competencia en Colombia”. *Revista de Derecho Económico* N° 9. 1989. Págs. 55 y sigs.

6 Esta preocupación es señalada por los doctrinantes y cortes norteamericanos, refiriéndose a ella simplemente como el *free rider problem*, consistente como ya se dijo en el aprovechamiento gratuito de los esfuerzos de otro competidor. En Colombia este fenómeno ha sido denominado “Competencia parasitaria”.

7 *Op. cit.* Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert. Pág. 247. Puede verse el texto del caso. 405 U.S. 596 (1972).

de ciertos productos que eran comprados en forma masiva por la asociación de supermercados. El ejemplo más claro era el de los productos distinguidos con la marca "Topco", que había adquirido gran acogida entre los consumidores. De conformidad con el acuerdo, cada cadena de supermercados podía distribuir los productos Topco dentro de su respectiva zona geográfica, con lo cual ninguna de las otras cadenas se aprovechaba en forma gratuita de la publicidad que se le hiciera al producto y por el contrario, todas tenían el incentivo de publicitar el producto en su propia zona, como consecuencia de lo cual el producto (de propiedad de todas ellas) competía en forma más agresiva contra las marcas de los grandes supermercados.

Algunos tratadistas como Robert Posner<sup>8</sup>, afirman que en la decisión de CONTINENTAL TV INC. v. GTE SYLVANIA<sup>9</sup>, la Corte modificó la jurisprudencia sentada en Topco. La jurisprudencia del caso Sylvania será analizada en detalle en el capítulo siguiente.

Aunque en el presente documento no me detendré a analizar en forma detallada las características de las normas que componen el *régimen general de la libre competencia* en Colombia, resulta indispensable explicar que esta clase de acuerdos se encuentran expresamente prohibidos por las normas transcritas en el punto 1. de este documento, en la siguiente forma:

- De conformidad con el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 se encuentran prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la distribución o el consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros.
- Bajo la norma citada es necesario demostrar la existencia del acuerdo o convenio y la intención directa o indirecta de limitar la distribución o consumo del respectivo producto o servicio. Debe anotarse que en atención al carácter *ex ante* de la Ley 155 de 1959, no es necesario que el acuerdo o convenio haya producido un efecto anticompetitivo o un perjuicio, ya que es suficiente para la aplica-

---

8 Posner, Robert. "The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per se Illegality" *University of Chicago Law Review*. (1981).

9 *Op. cit.* Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert. Pág. 315. Puede verse el texto del caso. 433 U.S. 36 (1977).

ción de la norma, que el acuerdo exista y que se haya realizado con una intención anticompetitiva.

- Esta prohibición se encuentra reafirmada de manera general por el artículo 46 del decreto 2153 de 1992, de conformidad con el cual, en los términos de la Ley 155 de 1959, se encuentran prohibidas las conductas que afectan la libre competencia en los mercados.
- De acuerdo con el numeral 3° del artículo 45 del decreto 2153 de 1992, por conducta se debe entender “todo acto o acuerdo”. La definición de acuerdo se encuentra en el numeral 1° del mismo artículo, según el cual es “Todo contrato, convenio concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”.
- Es importante tener en cuenta que tanto la prohibición del artículo 1° de la Ley 155 de 1959, como la contenida en el artículo 46 del decreto 2153 de 1992, cobijan los acuerdos horizontales al igual que los verticales. Adicionalmente, bajo estas dos normas el análisis de la conducta se hace bajo la regla de la razón, ya que hay lugar a argumentar que el acuerdo no tiene por objeto limitar la distribución del producto y/o que no afecta la libre competencia en los mercados.
- Por su parte, el numeral 3° del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 es mucho más específico, ya que considera anticompetitivos los acuerdos que tengan por objeto o como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.
- Es necesario resaltar que la norma citada en el párrafo anterior, crea una presunción de derecho sobre la ilegalidad de los acuerdos horizontales de repartición de mercados. Por lo tanto, lo único que hay que demostrar es la existencia de un acuerdo cuyo objeto o efecto sea la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores, para que dicha conducta sea considerada anticompetitiva *per se*. Lo único que puede alegarse bajo este sistema de análisis, es que no existe un acuerdo de repartición de mercados.

- El carácter *ex ante* del decreto 2153 de 1992 se encuentra acentuado por la naturaleza objetiva de la norma. Lo anterior es cierto, ya que bajo el decreto 2153 de 1992 no es necesario probar la intención anticompetitiva, cuando la autoridad de la competencia tiene pruebas de que la conducta produce efectos contrarios a la libre competencia.
- Ahora bien, de la simple lectura del numeral 3° del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, se deduce que la norma se refiere de manera exclusiva a los *acuerdos horizontales de repartición de mercados*, que son aquellos que se realizan “*entre productores o entre distribuidores*”. Lo anterior como se demostrará a lo largo del presente documento, resulta absolutamente coherente con la doctrina y la jurisprudencia que sobre el particular se ha desarrollado *aliunde*, y según las cuales no resulta apropiado someter a los *acuerdos verticales de repartición de mercados*, a un régimen de ilegalidad *per se*. Hoy en día, y a raíz del caso de los automóviles, la Superintendencia de Industria y Comercio comparte esta posición.

### 3. ACUERDOS VERTICALES DE REPARTICIÓN DE MERCADOS

Las prácticas restrictivas de la competencia de tipo vertical son aquellas ejercidas por una o más personas en forma unilateral o concertada, y dirigidas contra (o realizadas en conjunto con) empresas o personas que se encuentran en un nivel diferente del proceso productivo. Se trata de prácticas o acuerdos entre un productor y un distribuidor, o entre un vendedor mayorista y otro detallista, o en general entre dos empresas que operan en secuencia en una cadena de producción y distribución de un bien.

Como se verá en el presente acápite, las prácticas de tipo vertical han sido analizadas de manera más favorable por las autoridades antimonopolísticas del mundo, debido al impacto positivo que pueden tener sobre la competencia y sobre el bienestar de los consumidores.

He considerado valioso en este caso, así como lo he hecho en oportunidades anteriores, hacer referencia a los antecedentes conceptuales de este tipo de conductas en el derecho comparado y más específicamente en la jurisprudencia de la CEE y de los Estados Unidos de América, la cual se ha ocupado profusamente de estos asuntos.

Es necesario advertir que al hacer un análisis comparativo, no se pretende de ninguna manera que se adopte o acate la jurisprudencia producida en otras latitudes, sino simplemente aprovechar la experiencia extranjera y con el fin de que se establezca la doctrina más acorde con la realidad de nuestros mercados y nuestros sistemas jurídico y económico en general.

### 3.1. ANTECEDENTES EN LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA

Por regla general tanto la comisión como la Corte de las Comunidades Europeas ha considerado ilegales, prácticas verticales tales como la división de mercados y la fijación unilateral de precios (FUP), a pesar de lo cual ha establecido importantes excepciones a la aplicación de la regla general, en casos como el de los automóviles, en los cuales se pueden obtener importantes eficiencias.

#### 3.1.1. Las excepciones de bloque

La Comisión de las Comunidades Europeas ha desarrollado una gran cantidad de regulaciones en relación con las relaciones entre fabricantes y distribuidores de productos, aplicando para el efecto el numeral 3° del artículo 85 del Tratado de Roma, el cual permite establecer excepciones de bloque *Block Exceptions*, que permiten hacer inaplicable la prohibición general contenida en el numeral 1° del mencionado artículo 85, cuando se trata de prácticas que contribuyen a mejorar la producción o distribución de bienes o a promover el progreso técnico o económico, a la vez que se permite que los consumidores obtengan una porción justa de los beneficios que se obtengan<sup>10</sup>.

Uno de los casos más importantes en los que la comisión ha decidido utilizar las excepciones de bloque, que han permitido aplicar de manera específica reglas selectivas de distribución, con el objeto de regular una industria, ha sido el de los automóviles, la cual se explicará por resultar adecuada para el desarrollo del argumento. Esta excepción, que se venía

10 Van Bael, Ivo y Bellis, Jean François. *Competition Law of the EEC*, second edition, págs. 20-22; 101 y sigs.



estudiando desde hacía varios años, fue implementada a través del reglamento N° 123 de 1985, el cual fue sustituido por el reglamento N° 1475 del día 28 de junio de 1995, “relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de posventa de vehículos automóviles”.

Las excepciones de bloque establecidas de manera especial para el mercado de los automóviles por medio del reglamento N° 1475 de 1995, son aplicables en virtud del reglamento N° 19 de 1965, por el cual la comisión es competente para aplicar mediante reglamento el numeral 3° del artículo 85 del tratado.

### 3.1.2. *El reglamento 1475 de 1995*

Según lo afirman los tratadistas, este tipo de reglamentos, examinados desde el punto de vista de la competencia tienen un doble significado: en primer lugar, demuestra el deseo de la comisión de regular en gran detalle un sector económico específico; y en segundo lugar, al presionar a los fabricantes de vehículos para que determinen sus precios, la comisión trata de utilizar las normas de la competencia con el objeto de controlar los precios. Es necesario preguntarse si cualquiera de estos objetivos es válido desde el punto de vista del derecho de la competencia<sup>11</sup>.

El reglamento N° 1475 de 1995 establece, como se verá más adelante, excepciones de bloque para conductas que aunque tienen generalmente:

“como objeto o surten el efecto de impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el interior del mercado común y pueden afectar, en términos generales, al comercio entre los Estados miembros, la prohibición dictada en el apartado 1 del artículo 85 del tratado puede, no obstante, en virtud del apartado 3 del artículo 85, ser declarada inaplicable a estos acuerdos, aunque sólo con condiciones limitativas”.

De conformidad con el considerando 3° del reglamento, las conductas a que hace referencia el reglamento, estarían prohibidas por el

---

11 Van Bael, Ivo y Bellis, Jean François. *Op. cit.* págs. 146 y sigs.

numeral 1° del artículo 85 del tratado, debido a que son idénticas en todo el mercado común, ya que:

“Los fabricantes de automóviles penetran en el conjunto del mercado común o en zonas sustanciales del mismo por medio de conjuntos de acuerdos que implican restricciones análogas de la competencia y afectan por tanto no sólo a la distribución y al servicio de venta y posventa en el interior de los Estados miembros, sino también al comercio entre ellos”.

Sin embargo, el considerando N° 4° del reglamento, considera que:

“Las cláusulas relativas a la distribución exclusiva y selectiva pueden ser consideradas racionales e indispensables en el sector de los vehículos automóviles, que son bienes muebles de consumo de una cierta duración que necesitan a intervalos regulares, así como en momentos imprevisibles y en lugares variables, operaciones de mantenimiento y reparación especializadas. Los fabricantes de automóviles cooperan con los distribuidores y talleres especializados para asegurar un servicio de venta y de posventa especialmente adaptado al producto. Aunque sólo fuera por razones de capacidad y eficacia, una cooperación de este tipo no puede extenderse a un número limitado de distribuidores y talleres. La combinación de los servicios de venta y posventa con la distribución debe considerarse más económica que la disociación de la organización de venta de los vehículos nuevos por una parte, y la organización del servicio de venta y posventa, incluyendo la venta de piezas de recambio, por otra parte, tanto más cuanto que la entrega del vehículo nuevo vendido al usuario final debe ir precedida de un control técnico, conforme a las directrices del fabricante y efectuado por la empresa propietaria de la red de distribución”.

### 3.1.3. *La exclusividad territorial*

De conformidad con el artículo 1° del reglamento, este tipo de restricción está permitida en la CEE.

*Artículo 1.* “Con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del tratado, el apartado 1 del artículo 85 es declarado inaplicable, en las condiciones fijadas en el presente reglamento, a los acuerdos en los que no participen más que dos empresas y en los que una de las partes se comprometa, con respecto a la otra, a no suministrar en el interior una zona definida del mercado común:

1. más que a dicha empresa; o
2. más que a dicha empresa y a un número determinado de empresas de la red de distribución;

con fines de reventa, vehículos automóviles nuevos concretos, de tres o más ruedas, destinados a ser utilizados en las vías públicas y, en relación con ellos, sus piezas de recambio”.

El motivo que indujo a la comisión a permitir esta clase de restricción, se encuentra explicado en el considerando 9° del reglamento, el cual dice que:

“Las restricciones impuestas a las actividades del distribuidor fuera del territorio convenido le llevan a asegurar mejor la distribución y el servicio en un territorio convenido y controlable, a conocer el mercado desde un punto de vista más próximo al del usuario y a orientar su oferta en función de las necesidades (puntos 8 y 9 del artículo 3). La demanda de productos contractuales debe, no obstante, seguir siendo móvil y no regionalizarse. Los distribuidores deben poder satisfacer no solamente la demanda de estos productos en el territorio convenido, sino también la que emane de personas y empresas radicadas en otros territorios del mercado común. No debe impedirse al distribuidor que utilice medios publicitarios que se dirijan a los consumidores de fuera del territorio convenido, dado que esta publicidad no afecta a la obligación de promocionar mejor las ventas en el territorio convenido. Los medios publicitarios admitidos no abarcan a los contactos directos y personalizados con la clientela ya sea mediante presentación a domicilio, por comunicación telefónica o por otros medios de telecomunicación o por carta individual”.

Adicionalmente, el artículo 2° del reglamento, permite que la exclusividad que se le otorga al concesionario, abarque también la obligación del fabricante o proveedor, de no distribuir directamente los productos al consumidor final y le permita no garantizar el servicio.

De acuerdo con la posibilidad que establece el reglamento de dividir geográficamente el mercado, es lícito que los concesionarios se obliguen a no mantener sucursales o depósitos para la distribución de los productos por fuera del territorio convenido; a no hacer prospección de clientela utilizando medios de publicidad personalizada; y a no conferir a terceros la distribución o el servicio de venta o de posventa de los productos fuera del territorio convenido. (Numerales 8° y 9° del artículo 3° del reglamento).

### 3.1.4. Límite

La exención de bloque diseñada para vehículos no es de ninguna manera absoluta, de hecho tiene importantes limitaciones, de las cuales resulta importante destacar dos.

- En primer lugar, la exención está diseñada para los acuerdos de tipo vertical, lo cual quiere decir, que no es posible aplicar la exención a acuerdos horizontales, o sea, aquéllos que se puedan realizar entre dos o más fabricantes de automóviles. En este sentido el numeral 1° del artículo 6° del reglamento establece que la exención no es aplicable:

“cuando ambas partes del acuerdo u otras empresas vinculadas a ellas sean fabricantes de vehículos automóviles”.

- En segundo lugar, de acuerdo con el numeral 2° del artículo 6° mencionado, la exención no opera:

“cuando el fabricante, el proveedor u otra empresa de la red restrinja directa o indirectamente la libertad del distribuidor de fijar los precios y, descuentos de reventa de los productos contractuales o productos correspondientes”<sup>12</sup>.

Los numerales 7° y 8° del artículo 6° de la resolución, establecen límites a la exención de bloque, cuando se afecta la capacidad de decidir de los consumidores o usuarios y cuando se establecen precios discriminatorios.

## 3.2. ANTECEDENTES EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Resulta de la mayor importancia analizar la evolución que ha tenido la jurisprudencia de los Estados Unidos de América en relación con el

---

12 Aquí se presenta una divergencia de fondo con el derecho antitrust de los Estados Unidos de América, ya que, como se verá más adelante, la jurisprudencia de la Corte ha permitido aplicar la fijación unilateral de precios o FUP, por parte de los fabricantes de productos, como una consecuencia del caso Colgate, que introdujo en 1919 una excepción fundamental a la prohibición *per se* establecida por el caso de Dr. Miles.

tema de las restricciones verticales, ya que en dicho país se partió de la ilegalidad *per se* de todas las prácticas, para ir decantando dicha posición hacia la aplicación de la regla de la razón y finalmente al reconocimiento de la legalidad de muchas de las prácticas verticales y en especial de los *acuerdos verticales de repartición de mercados*. Como se verá a lo largo de este capítulo, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América ha sido menos estricta al calificar las prácticas restrictivas de tipo vertical, debido a que dichas prácticas con mayor frecuencia generan algún tipo de eficiencia o ventajas para los consumidores.

Las restricciones verticales a la libre competencia en los Estados Unidos de América caen bajo el imperio de la §1 de la Ley Sherman, que considera ilegal todo contrato, combinación o conspiración tendiente a restringir el comercio; y bajo la §3 de la Ley Clayton, que prohíbe la celebración de contratos que otorguen descuentos o tratos preferenciales, con la condición de que no se usen, consuman o adquieran los productos de la competencia.

### 3.2.1. Primera etapa. Ilegalidad *per se*

El estudio de la *división vertical de mercados* ha implicado una gran evolución en el pensamiento de la Corte Suprema de Justicia en los Estados Unidos de América. En efecto, la Corte parte de la suposición de que si la regla general es que los acuerdos de fijación de precios son ilegales *per se* aun cuando sean verticales (Dr. Miles), entonces los acuerdos verticales para la división de mercados también deben ser ilegales por cuanto tienen un efecto similar. Adicionalmente, el juez Hughes dijo que si la división horizontal de mercados era ilegal *per se*, la división vertical también debería serlo.

En 1963 la Corte decidió el caso de *WHITE MOTOR CO. v. UNITED STATES*<sup>13</sup>, en el cual la División Antitrust del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América demandó el sistema de distribución implementado por White Motor, un fabricante de camiones que establecía exclusividades territoriales para sus distribuidores y se reservaba

---

13 *WHITE MOTOR CO. v. UNITED STATES* 373 U.S. En Bork, Robert H. *The Antitrust Paradox. A Policy at War With Itself*, The Free Press, 1993, pág. 282.

algunos clientes, los cuales solamente podían ser atendidos directamente por él.

Aunque el caso fue ganado por el Estado en las cortes inferiores, la Corte Suprema de Justicia consideró que la División Vertical de Mercados no podía ser considerada ilegal *per se*, ya que se conocía muy poco acerca de las consecuencias económicas de la práctica. El juez Douglas, quien era el ponente de la decisión, sugirió que las limitaciones territoriales de tipo vertical, podrían ser “protecciones permisibles contra competidores agresivos, o la única forma en que en la práctica una firma pequeña podría ingresar o permanecer en un mercado”. Por estas razones, el juez Douglas estableció que a este tipo de casos le debía ser aplicada la regla de la razón.

A pesar de que esta decisión parecía indicar que las restricciones verticales solamente podían ser utilizadas por firmas pequeñas que estuvieran luchando con gigantes, resulta importante destacar que ya la Corte Suprema de Justicia empezaba a reconocerle algunos efectos *pro* competitivos a estas prácticas y sobre todo, a estudiarlas bajo la regla de la razón.

La oportunidad para aclarar la doctrina sobre división vertical de mercados se le presentó nuevamente a la Corte en 1967, con la decisión del caso de UNITED STATES v. ARNOLD SCHWINN & Co.<sup>14</sup>, en el cual le correspondió ser ponente al juez Fortas. Sin embargo, nuevamente fue imposible discernir algo diferente a lo que ya se había establecido en el caso de White Motor, en el sentido de que este tipo de prácticas debían ser estudiadas de acuerdo con la regla de la razón.

Arnold Schwinn & Co. era una sociedad familiar que se dedicaba a la fabricación de bicicletas. En 1959 tenía el 22.5% del mercado en los Estados Unidos de América y era el fabricante de bicicletas más importante de ese país. Diez años después, la participación en el mercado de la compañía había caído al 12.8%, a pesar del considerable incremento en el volumen de producción. La participación en el mercado perdida por Schwinn, había sido adquirida por su competidor, Murray Ohio Manufacturing Company.

El sistema de distribución de Schwinn se basaba en una red de 22 distribuidores mayoristas, mientras que la venta de las bicicletas al público era realizada a través de un gran número de distribuidores minoristas. Aproximadamente el 10% de las ventas eran realizadas a

---

14 388. US. En *ibíd.* Bork, Robert H. Pág 283.

través de B.F. Goodrich, empresa que vendía las bicicletas a los consumidores en forma directa a través de su red propia de distribuidores.

El gobierno argumentó entre otras cosas, que Schwinn había violado la sección primera de la Ley Sherman, al requerir a sus distribuidores que aceptaran los precios establecidos para los productos de Schwinn, así como al establecer exclusividades territoriales para sus distribuidores mayoristas. Como se puede observar, el gobierno formuló cargos tanto de fijación de precios como distribución de mercados. Aunque la fijación de precios no se demostró, quedó claro que la Corte Suprema de Justicia continuaba viendo la fijación vertical de precios como una violación de la Ley Sherman.

Al estudiar el punto de la división de mercados, la Corte concluyó que cualquiera que fuera el plan de ventas, de los varios utilizados por Schwinn, resultaba claro que Schwinn exigía de manera firme que los distribuidores vendieran solamente dentro de sus territorios asignados, y solamente a distribuidores minoristas autorizados por él. Por su parte los distribuidores minoristas solamente podrían venderle a los consumidores. La consecuencia de incumplir estas condiciones consistía en la terminación del respectivo contrato.

La Corte reconoció que el propósito de Schwinn era el de mejorar la eficiencia de su sistema de distribución; pero esa cualidad en sí misma no servía para convalidar dicho sistema. La Corte no consideró que los esfuerzos para incrementar la eficiencia en la distribución fueran tan valiosos como los que se pueden utilizar para incrementar la eficiencia en la producción; sin embargo, una vez más la Corte aplicó la regla de la razón para el análisis del caso.

La Corte estableció sin mayores explicaciones, que existía una diferencia entre aquellos casos en los cuales el fabricante mantenía la propiedad sobre los artículos que eran distribuidos por su red de comercialización, y aquéllos en los cuales el fabricante vendía a los distribuidores los productos. En este segundo caso, es decir, cuando el fabricante enajenaba los productos y su reventa corría exclusivamente por cuenta y riesgo de los distribuidores, la Corte consideraba que cualquier restricción de tipo vertical, ya sea relacionada con precios o con distribución de territorios resultaba ilegal.

La opinión de la Corte se basó en que en estos casos, cuando el fabricante ya ha vendido los productos, no tiene porqué intervenir en las operaciones subsiguientes que se relacionen con ellos. La crítica de este análisis consiste en que pretende proteger y darle mayor libertad a los

distribuidores, sin pensar en el bienestar del consumidor. Nuevamente la Corte estableció que aplicaría la regla de la razón para considerar aquellos casos en los cuales el fabricante tuviera la propiedad sobre los artículos distribuidos, porque de esta manera se estaría favoreciendo a las empresas pequeñas que quisieran penetrar mercados a través de una red de distribución con comerciantes independientes. Sin embargo, esta explicación continúa siendo bastante confusa y poco satisfactoria y no se compadece con las necesidades del comercio moderno.

La última de las distinciones que dejó el caso de Schwinn, consistió en establecer que la fijación vertical de precios era ilegal en todos los casos, mientras que la división territorial de mercados debía ser estudiada bajo la regla de la razón en algunos casos como se vio anteriormente. No existe ninguna razón económica, jurídica válida para mantener esta distinción, ya que ambas prácticas de tipo vertical tienen un efecto económico similar sobre los consumidores.

### 3.2.2. Segunda etapa. El caso de GTE SYLVANIA

Solamente hasta el año de 1977, diez años después de la criticada decisión de Schwinn, el juez Powell tuvo la oportunidad de clarificar la jurisprudencia con la expedición de la sentencia de CONTINENTAL TV INC. v. GTE SYLVANIA<sup>15</sup>, con la cual se modificó la doctrina de la Corte sobre ilegalidad *per se* de la distribución vertical de mercados. La importancia de este caso radica en que por primera vez la Corte entra a sopesar los efectos negativos que la práctica produce en cuanto a disminución de la competencia dentro de la misma marca, contra los efectos positivos que produce en relación con el incremento de competencia entre marcas diferentes.

Cuando la Corte se enfrentó a las inconsistencias que contenía el legado del caso Schwinn, según el cual la división territorial de tipo vertical, así como otras restricciones también de tipo vertical podían ser consideradas legales bajo ciertos parámetros, se vio forzada a analizar las consecuencias de prohibir definitivamente esta clase de restricciones: podría suceder que los fabricantes tuvieran que aceptar como distribuidor, a cualquiera que cumpliera con unos requisitos mínimos,

15 *Op. cit.* Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert. Pág. 315. Puede véase el texto del caso. 433 U.S. 36 (1977). Véase 5.3.2. *supra*.



y/o permitirle a sus distribuidores situarse en cualquier punto del territorio, con la consecuente desorganización de cualquier red de distribución y el perjuicio de los consumidores. De manera alternativa podría suceder que fuera la ley la que especificara el número de distribuidores que podría tener el fabricante en cada zona geográfica, lo cual resulta totalmente absurdo e impracticable.

Como consecuencia del anterior análisis, la Corte decidió permitir de manera libre la división vertical de mercados, con el fin de darle consistencia a la jurisprudencia y proteger los intereses de los consumidores. Adicionalmente este caso creó una forma de razonamiento que demostraría ser muy beneficioso en el estudio de los problemas de la competencia.

En Sylvania la Corte se negó a declarar ilegal el esquema de distribución, aunque restringía la competencia entre sus distribuidores. Antes de 1962 Sylvania era una pequeña fábrica de televisiones con una participación de 2% en el mercado, que decidió disminuir la competencia entre sus distribuidores con el fin de que pudieran competir más agresivamente contra otras marcas. Para el efecto, Sylvania operaba con una pequeña red de distribuidores cuidadosamente seleccionados, entre los cuales dividió el mercado en regiones geográficas. La participación de Sylvania se incrementó hasta llegar en 1965, a ser de 5% del mercado global.

Cuando Sylvania nombró otro distribuidor en el área señalada al demandante (Continental TV Inc.), éste reaccionó abriendo un puesto de ventas fuera de su región (Continental estaba localizado en San Francisco y decidió abrir una sucursal en Sacramento). Sylvania redujo el nivel de suministro y posteriormente terminó la franquicia.

Con el argumento de que el precedente de Schwinn había prohibido las cláusulas territoriales, Continental demandó a Sylvania, ganó el caso en la Corte del Circuito, perdió en la apelación y llevó el caso a la Corte Suprema de Justicia.

Al decidir el caso con ponencia del juez Powell, la Corte consideró que debido a los efectos positivos de la práctica sobre la competencia con otras marcas de televisores, no se debía aplicar la regla *per se* a la división vertical de mercados, convalidó el esquema de distribución de Sylvania y reversó el precedente jurisprudencial de Schwinn.

Debe tenerse en cuenta que la propiedad de los televisores en el caso bajo estudio, en todos los casos pasaba al distribuidor, a pesar de lo cual dicho distribuidor estaba sometido a restricciones verticales. En estas

circunstancias, bajo el precedente de Schwinn, el caso debía ser decidido bajo la regla *per se* en favor de Continental. Sin embargo, el juez Powell llegó a la conclusión de que las distinciones establecidas en el caso de Schwinn eran ilógicas y en vez de aplicar el precedente, decidió analizar a fondo el asunto.

Fue así como la Corte concluyó que aunque las restricciones verticales de tipo territorial podían restringir la competencia entre los distribuidores de la misma marca de un producto, bajo la *regla de la razón* serían declaradas legales cuando se demostrara que producían el efecto de incrementar la competencia con otras marcas dentro del mercado relevante. Según el juez Powell el incremento en la competencia se presenta debido a que las restricciones verticales dentro de la misma marca, le permiten al fabricante incrementar la eficiencia en la distribución de sus productos. Como no se logró demostrar que las restricciones verticales tuvieran un efecto perverso sobre la competencia, se concluyó, como ya se dijo, que la aplicación de la regla *per se* era totalmente inapropiada.

En la opinión de Bork, la gran virtud del caso Sylvania no consiste simplemente en que logró salvar un esquema de distribución que resulta valioso para los consumidores, sino más bien, en el alto grado de sofisticación económica que contiene su análisis, que de aplicarse en forma consistente, es capaz de hacer nuevamente, que la política de la competencia se aplique de manera racional y en beneficio de los consumidores. Esto es así, debido a que por primera vez la Corte toma en consideración el criterio de la eficiencia de las empresas al establecer sus decisiones, lo cual hasta este momento era considerado como irrelevante en el análisis antitrust<sup>16</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

El lento desarrollo de la jurisprudencia norteamericana en relación con las prácticas verticales, hasta llegar a su situación actual con el caso Sylvania, se debió fundamentalmente a la premisa errónea sobre la cual se basó la Corte en el caso de Dr. Myles. En este caso la Corte consideró que era tan anticompetitivo el que un fabricante redujera la rivalidad entre sus distribuidores, como el hecho de que los distribuidores dismi-

16 *Ibíd.* Bork, Robert H. págs. 280-288.

nuyeran y eliminaran la competencia entre sí. Esta premisa es falsa. Es evidente que los acuerdos horizontales entre competidores pretenden básicamente fijar precios monopolísticos o bien restringir la oferta con el objeto de que los precios suban, conductas que en realidad tienen el mismo efecto. Cuando el fabricante decide restringir la rivalidad entre sus distribuidores, su objetivo de ninguna manera es el reducir la oferta, ya que esta es una decisión que él podría tomar de manera unilateral y autónoma si con ello pudiera ganar algo, o hacer más eficiente su operación. Cuando un fabricante fija unilateralmente los precios de venta al público o divide los mercados geográficamente o de otra manera entre sus distribuidores, su motivación no es la de restringir la oferta, sino únicamente la de crear eficiencias en la distribución. Este motivo debe ser respetado por la ley, lo cual sucedió en los Estados Unidos de América a raíz de la expedición de la decisión de Sylvania en 1976.

Esta línea de pensamientos ya había sido prevista por el juez Taft en el caso de *ADDYSTON PIPE & STEEL*. En este caso la Corte aprobó un contrato realizado entre la compañía de ferrocarriles y la compañía de carros cama. En este contrato, la compañía de carros cama aceptó prestar el servicio de carros cama en la línea del ferrocarril, siempre y cuando no hubiera ninguna otra compañía a la que se le permitiera prestar ese mismo servicio en esa línea. En esta forma se eliminó completamente la competencia en ese mercado.

El juez Taft dijo que la compañía de ferrocarriles podría haber prestado directamente ese servicio al público realizando una integración vertical y eliminando completamente la competencia, o bien podría contratar a alguien para que lo hiciera y asegurar las inversiones de capital necesarias para el efecto, garantizándole a la compañía encargada la misma ausencia de competencia que la compañía de ferrocarriles hubiera tenido si hubiera prestado directamente el servicio.

Como se puede observar, las condiciones de competencia no habrían cambiado, pero se habría obtenido una ganancia en eficiencia, puesto que la compañía de ferrocarriles solamente contrata a la compañía de carros cama por cuanto es más económico el servicio prestado en esa forma, lo cual quiere decir que se presentan eficiencias en la prestación del servicio. Como consecuencia de lo anterior, esta práctica vertical no resulta en ninguna restricción en la oferta del servicio, sino en una reducción en su costo, lo cual beneficia a los consumidores y esto es

cierto cualquiera que sea la participación en el mercado que tenga la compañía de ferrocarriles.

No es posible considerar que un fabricante utilizaría la fijación unilateral de precios con el objeto de darle a sus distribuidores una utilidad o ganancia mayor de la que obtendría en un esquema de competencia, ya que dichas ganancias saldrían directamente de su bolsillo sin ninguna razón. El fabricante comparte con el consumidor el deseo de que la distribución se haga en la forma más eficiente y al más bajo costo. Esta es la razón por la cual las cortes no necesitan dudar de los beneficios que trae la reducción en la competencia dentro de una misma marca, cuando está acompañada de un incremento en la competencia entre marcas diferentes. Está demostrado que cuando el fabricante toma este tipo de decisiones, lo hace en una forma consistente con el bienestar del consumidor y ninguna Corte o autoridad es capaz de hacer una evaluación más certera de la que puede hacer un comerciante que tiene mayor información, interés y conocimiento del mercado.

Está demostrado que las restricciones verticales no son un mecanismo para crear restricciones en la oferta sino eficiencias, la más evidente de las cuales es la adquisición de una mayor capacidad de comercialización de los productos y prestación de servicios de posventa, de parte de los distribuidores que conformen la red.

En presencia de una fijación unilateral de precios de tipo vertical (FUP), los distribuidores competirán entre sí por medio de los esfuerzos de mercadeo y servicios. En aquellos casos en que no se presente el FUP, existe el potencial de la competencia parasitaria o *free rider*, ya que los consumidores podrán dirigirse al distribuidor más organizado y obtener toda la información y asistencia de ventas, para después dirigirse a otro más barato pero con menos servicios y efectuar la compra. El resultado será la disminución en los esfuerzos de ventas y de prestación de servicios por parte de toda la red, con el consiguiente perjuicio para los consumidores y el fabricante; y por supuesto, con una reducción en el nivel de competencia con otras marcas. Por el contrario, al aplicar restricciones verticales tales como la división de mercados o el FUP, se crea el incentivo para que cada uno de los distribuidores se esfuerce al máximo dentro de su territorio, compitiendo agresivamente con servicios y facilidades.

Debe reiterarse por lo tanto, que la doctrina establecida en los Estados Unidos de América por el caso *Sylvania*, se encuentra plenamente incorporada dentro de la legislación colombiana en el numeral 3° del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, el cual señala como acuerdos

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

Como se puede observar, la ley prohíbe en forma absoluta la división vertical de mercados, esto es, la que se establezca entre un productor y sus distribuidores. El numeral transcrito es claro al establecer la prohibición de aquellos acuerdos de tipo horizontal, que buscan u obtienen la división de mercados entre competidores: “entre productores o entre distribuidores”.

En este sentido se pronunció la Superintendencia de Industria y Comercio, en el caso de los automóviles, en el cual aceptó la legalidad de la *distribución vertical de mercados* que vienen practicando los fabricantes de automóviles con sus redes de concesionarios, por considerar que dicha conducta es natural dentro de un contrato mercantil de concesión.

Por último, es necesario señalar que para analizar de manera integral la legalidad de una *cláusula de repartición vertical de mercados* en particular, es necesario mirarla a la luz tanto de las normas que se han venido mencionando en este documento, como del artículo 19 de la Ley 256 de 1996.

En efecto, la Ley 256 de 1996 sobre competencia desleal, tipifica en su artículo 19 los “Pactos desleales de exclusividad”. El mencionado artículo dice lo siguiente:

“Artículo 19. Pactos desleales de exclusividad: Se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras estas sean de propiedad de los entes territoriales”.

Por lo tanto a la hora de analizar en un caso particular, la legalidad de una cláusula de exclusividad territorial, que implique una *repartición vertical de mercados*, a parte de las consideraciones arriba mencionadas, debe tenerse en cuenta que este tipo de acuerdos se consideran desleales cuando tengan por objeto o como efecto “restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios”. Sin embargo, el análisis detallado de esta conducta de competencia desleal, tendrá que ser acometido en una ocasión posterior.

# COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO Y EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES, A LA LUZ DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

## 1. INTRODUCCIÓN

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

Se entiende por libertad de competencia económica, la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores, y de formar y mantener una clientela. La libre competencia económica se encuentra consagrada como derecho constitucional en el artículo 333 de la Constitución Política<sup>1</sup>.

---

1 Dentro de la Asamblea Nacional Constituyente, el espíritu final del articulado sobre la libertad de 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 uno de 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".

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 tanto a nivel nacional como internacional (caso del *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, legal y supranacional, 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.

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)<sup>2</sup>;
- 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) y
- d. Normas sobre prohibición de las conductas de competencia desleal (contenidas en la Ley 256 de 1996)<sup>3</sup>.

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

- 
- 2 Existen algunas normas adicionales sobre control de las prácticas restrictivas de la competencia, disgregadas en la legislación. Se pueden mencionar de manera principal las normas sobre prácticas restrictivas contenidas en la Ley de Puertos (Ley 1ª de 1990), en el Estatuto orgánico del Sistema Financiero (decreto 663 de 1993), en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios (Ley 142 de 1994) y en la Ley Eléctrica (Ley 143 de 1994). Esto sin contar con las normas de carácter supranacional contenidas en la Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena.
  - 3 Debe considerarse que con la expedición de la Ley 256 de 1996, quedaron derogadas todas las normas sobre competencia desleal contenidas en la Ley 155 de 1959 y el Código de Comercio (decreto 410 de 1971), .



## 2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES

El régimen jurídico de las empresas de servicios temporales se encuentra definido por la Ley 50 de 1990 y el decreto 024 de 1988, que derogó el decreto 1707 de 1991.

De conformidad con el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, por empresa de servicios temporales, debe entenderse:

“aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto a éstas el carácter de empleador”.

Según el artículo 72 de la ley, las empresas que decidan adelantar las labores descritas en el párrafo anterior, deberán constituirse como personas jurídicas para desarrollar *únicamente* las labores previstas en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990.

La Ley 50 de 1990 distinguió entre dos categorías de trabajadores:

- los trabajadores de planta, quienes desempeñan sus labores en las instalaciones de la empresa de servicios temporales; y
- los trabajadores en misión, quienes son enviados a las instalaciones de los usuarios —persona natural o jurídica que contrata los servicios los servicios de las EST— (art. 74).

Con absoluta claridad, la Ley 50 expresa que a los trabajadores en misión les será aplicable el régimen laboral ordinario. Y agrega que gozan adicionalmente de compensación monetaria por vacaciones y primas de servicio proporcional al período laborado, cualquiera que sea (art. 75).

El artículo 78 de la Ley 50 de 1990, señala que las EST son responsables de la salud ocupacional de los trabajadores en misión, en los mismos términos de las leyes que regulan el tema de trabajadores permanentes.

Asimismo, los trabajadores en misión:

“tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigentes en la empresa. Igualmente, tendrán derecho a gozar de los beneficios que el usuario tenga establecido para sus trabajadores en el lugar de trabajo, en materia de transporte, alimentación y recreación”. (art. 79).

En los términos del artículo 81 de la Ley 50 de 1990, se reitera la condición de empleador de las EST —ya definida en el artículo 78 de la misma— así como sus obligaciones laborales, al señalar:

“Artículo 81. Los contratos celebrados entre las empresas de servicios temporales y los usuarios, deberán:

“...”

2. Hacer constar que la empresa de servicio temporal se sujetará a lo dispuesto por la ley para efectos de pago de salarios, prestaciones sociales, horas extras, recargos diurnos y nocturnos, dominicales y festivos.

“...”

3. Determinar la forma de atención de las obligaciones que en materia de salud ocupacional se tiene para con los trabajadores en misión, cuando se trate de las circunstancias establecidas en el artículo 78 de la presente ley”.

Esta ley, y en especial el decreto 024 de 1998, conceden amplias facultades de control, inspección y vigilancia al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en materia de EST. Es así como le corresponde al ministerio aprobar las solicitudes de autorización de funcionamiento de las EST; puede exigir montos mayores a los definidos por la ley en materia de garantías constituidas con compañías de seguros; se le debe informar sobre todas las reformas estatutarias; se le deben presentar para su aprobación los reglamentos internos de trabajo, así como los informes estadísticos que solicite. El ministerio puede realizar diferentes gestiones para garantizar el cumplimiento de las normas laborales, e inclusive está facultado para suspender o cancelar autorizaciones de funcionamiento, e imponer multas a quien desarrolle la actividad de las EST sin la respectiva autorización o cuando incumpla con la obligación de efectuar los aportes legales al SENA, ISS, ICBF, y cajas de compensación Laboral, etc.

A las alcaldías, en los municipios en que vaya a funcionar una EST, les corresponde otorgar las licencias de funcionamiento del establecimiento. Por otro lado, el artículo 94 de la Ley 50 de 1990 ha dispuesto que:

*“Artículo 94. De la reglamentación sobre empresas de servicios temporales, están excluidas las empresas que prestan servicios diferentes al envío de trabajadores en misión, como las de suministro de alimentación y las que realizan labores de aseo.*

*Las empresas de servicios temporales existentes al momento de entrar en vigencia la presente ley, deberán acreditar los requisitos exigidos en esta disposición, dentro de los seis (6) meses siguientes”.*

De la norma trascrita se deduce con claridad la obligación legal de cualquier persona jurídica que envíe trabajadores en misión, de someterse a las disposiciones especiales de la Ley 50 de 1990. En mi opinión, la ley no establece excepción de ninguna clase en relación con el envío de trabajadores en misión.

### 3. LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO

#### 3.1. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO

El régimen jurídico de las cooperativas de trabajo asociado se encuentra determinado por la Ley 79 de 1988 y su decreto reglamentario N° 468 de 1990.

El artículo 70 de la mencionada ley define a las cooperativas de trabajo asociado como “aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios”.

El decreto reglamentario N° 468 de 1990 explica que estas empresas asociativas producirán bienes, ejecutarán obras o prestarán servicios en forma autogestionaria, lo que de acuerdo con el significado del vocablo en lengua castellana quiere decir, mediante el “sistema de organización de una empresa según el cual los trabajadores participan activamente en todas las decisiones sobre su desarrollo, economía, funcionamiento, etc.”<sup>4</sup>.

---

4 *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima primera edición, Ed. Espasa Calpe, 1994.

Por su parte, el artículo 3° del decreto 468 de 1990 dispone lo siguiente:

*“Artículo 3. Las cooperativas de trabajo asociado, en desarrollo del acuerdo cooperativo, integrarán voluntariamente a sus asociados para la ejecución de labores materiales o intelectuales, organizadas por la cooperativa para trabajar en forma personal, de conformidad con sus aptitudes, capacidades y requerimientos de los cargos, sujetándose y acatando las regulaciones que establezcan los órganos de administración de ésta y sin sujeción a la legislación laboral ordinaria”.* (Las cursivas fuera de texto).

Agrega el artículo 6° del mencionado decreto que:

*“Artículo 6. La Cooperativa de Trabajo Asociado deberá organizar directamente las actividades de trabajo de sus asociados, con autonomía administrativa y asumiendo los riesgos en su realización, características éstas que deberán también prevalecer cuando se conviene o contrata la ejecución de un trabajo total o parcial en favor de otras cooperativas o de terceros en general.* (Las cursivas fuera de texto).

Entre tanto, el artículo 9° del decreto 468 señala que corresponde a estas cooperativas regular las relaciones de trabajo con sus asociados mediante un régimen de trabajo, de previsión, de seguridad social y de compensaciones, que deberán consagrar en sus estatutos o reglamentos, adoptados conforme la hayan dispuesto en su acuerdo cooperativo.

El artículo 10° del mismo decreto explica en qué consiste y cuál debe ser el contenido mínimo del régimen de trabajo asociado de cada cooperativa.

Atendiendo a lo establecido por el artículo 59 de la Ley 79 de 1988 se concluye que en las cooperativas de trabajo asociado en que los aportantes son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, será establecido en los estatutos y reglamentos, y que las compensaciones por el trabajo aportado y el retorno de los excedentes se harán según la función del trabajo, la especialidad, el rendimiento y la cantidad de trabajo aportado. Asimismo, de acuerdo con el artículo 11 del decreto 468, los trabajadores asociados recibirán una compensación por la labor desempeñada y que tales compensaciones *“no constituyen salario”*. El artículo 18 del mismo decreto señala que la base para liquidar las

cotizaciones y contribuciones al Instituto de Seguros Sociales y a las cajas de compensación familiar es la correspondiente a las compensaciones ordinarias permanentes y a las que en forma habitual y periódica reciba el trabajador asociado.

Teniendo en cuenta lo anterior, parece ser que en la actualidad algunas cooperativas se encuentran incumpliendo las disposiciones mencionadas así:

- Al enviar a sus asociados a ejecutar labores no organizadas por la cooperativa.
- Al enviar trabajadores en misión sin estar sometidas a las disposiciones especiales establecidas para el efecto, la Ley 50 de 1990 y su decreto reglamentario N° 024 de 1998, que derogó el decreto reglamentario N° 1707 de 1991.
- Al permitir que sea un tercero quien determine las condiciones de trabajo de los asociados.
- Estas cooperativas han continuado celebrando convenios de trabajo asociado bajo el régimen de la Ley 79 de 1989, desconociendo las nuevas condiciones legales establecidas por la Ley 50 de 1990.

Por otro lado, el artículo 5° del decreto 468 de 1990, exige que las cooperativas de este tipo sean propietarias, poseedoras o tenedoras de los medios materiales de labor o de los derechos que proporcionen fuentes de trabajo o de los productos del trabajo, situación que probablemente no se presenta a cabalidad cuando se envían trabajadores en misión.

Las mencionadas cooperativas manifiestan expresamente que prestan el servicio de personal en misión, lo cual no se compadece ni con su objeto social ni con las disposiciones legales especiales expedidas para regular el tema de los trabajadores en misión.

Por otra parte, las cooperativas con el ánimo de atraer a sus clientes, manifiestan al presentar la relación de costos que están exentas de pagar el 16% del IVA y excluye, presumiblemente, los aportes parafiscales establecidos para salarios, SENA e ICBF. Esta práctica viola flagrantemente el numeral segundo del artículo 6 de la Ley 79 de 1988, que dice:

6) "Artículo 6. A ninguna cooperativa le será permitido:

2. Establecer con sociedades o personas mercantiles, combinaciones o acuerdos que hagan participar a éstas, directa o indirectamente, de los beneficios o prerrogativas que las leyes otorgan a las cooperativas".

"...".

La Ley 79 de 1988 explica que el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas podrá sancionar a las cooperativas por las decisiones adoptadas en la asamblea, contrarias a la ley o a los estatutos, o a los titulares de los órganos de administración, entre otras razones, por utilizar la denominación o el acuerdo cooperativo para encubrir actividades o propósitos especulativos o contrarios a las características de las cooperativas, o permitidos a éstas por las normas legales vigentes.

El decreto 468 dispone que existirá un control concurrente en cuanto a la inspección y vigilancia ejercidos por el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

### 3.2. LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO Y LA LEY 50 DE 1990.

De conformidad con la Ley 50 de 1990, como ya se explicó, por empresa de servicio temporal debe entenderse:

"aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto a ésta el carácter de empleador".

En tal sentido, se podría afirmar que las cooperativas que envían trabajadores en misión están asimilando su actividad a la de una empresa de servicios temporales en los términos de la Ley 50 de 1990. Por pretender desarrollar tal actividad, a dichas cooperativas debe aplicárseles las disposiciones establecidas para el efecto en la Ley 50 de 1990, debido a que se trata de una norma posterior y además especial, cuya

aplicación es preferencial de conformidad con las reglas de interpretación vigentes.

En tal sentido las cooperativas de trabajo asociado deberán registrarse por la Ley 79 de 1988, pero en cuanto desempeñen funciones relacionadas con los servicios temporales, deberán ajustarse a la nueva realidad planteada por la Ley 50 de 1990, la cual ha establecido una serie de requisitos y condiciones especiales para la celebración de actos propios de las empresas de servicios temporales<sup>5</sup>.

5 “*Lex posterior generalis non derogat priori speciali*” y “*legi speciali per generalem non derogatur*”, son aforismos antiquísimos que enuncian el principio universal de derecho que la ley general posterior no deroga la ley especial anterior y que complementan la conocida regla de prevalencia. De allí que la doctrina contenida en aquellas fórmulas jurídicas se pueda sintetizar así: la ley posterior deroga la ley anterior cuando ambas tienen la misma generalidad o la misma especialidad, pero la especial, aunque sea anterior a una general, subsiste en cuanto se refiere a la materia concreta regulada en ella, a menos que la segunda derogue expresamente la primera, o que entre ellas exista incompatibilidad.

Aquellos principios aparecen desarrollados en nuestro derecho positivo. Dicen los artículos 71 y 72 del Código Civil que hay derogación tácita:

“cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior y que la derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley”.

Ello significa que si las normas pueden conciliarse y, por lo tanto, no pugnan en razón de la especialidad de unas y de la generalidad de otras o por ocuparse de materias distintas, no se opera la derogación tácita.

Con idéntico criterio, los artículos 2º y 3º de la Ley 153 de 1887 establecen el principio de la prevalencia de la ley posterior, pero lo limitan en sus alcances al expresar que hay insubsistencia de una disposición:

1º Por “declaración expresa del legislador”;

2º Por “incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores”, que no por aparente incompatibilidad con disposiciones generales posteriores. Y es apenas lógico que así sea, porque ordinariamente no hay oposición entre normas anteriores que se expiden en consideración a las modalidades singularísimas de una materia específica, y las que se dictan posteriormente en razón de condiciones generales que no correspondan a las características peculiares y requerimientos particulares del asunto regulado en aquellas. Para estos casos, la insubsistencia de los ordenamientos especiales anteriores sólo procede en virtud del mandato expreso del legislador o en el evento, de rara ocurrencia, en que haya verdadera incompatibilidad, y

3º Por “existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”. Ello implica que si las materias son diferentes y si el nuevo estatuto no reglamenta, de manera específica, los puntos concretos de que se ocupaban los anteriores preceptos, subsistirán estos últimos”. (C. de E. Sent. 30 de enero de 1968).

#### 4. PRÁCTICAS DE COMPETENCIA DESLEAL

De conformidad con las conclusiones a las que se llegó en los puntos anteriores, parece ser que algunas cooperativas de trabajo asociado podrían estar realizando prácticas que afectan la libre y leal competencia económica. Estas conductas realizadas de manera reiterada podrían producir ingentes pérdidas a las empresas de servicios temporales y a sus socios.

Dichas conductas serían constitutivas de competencia desleal en contra de las empresas de servicios temporales ya que se ha utilizado una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de una norma en perjuicio los competidores.

En tal sentido la Ley consagra la denominada violación de normas, considerada como práctica desleal en los términos del artículo 18 de la Ley 256 de 1996, que dispone:

*“Artículo 18. Violación de normas. Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa”.*

#### 5. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

Adicionalmente, las conductas mencionadas podrían ser calificadas como contrarias a las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia. Específicamente podría pensarse que los actos mencionados tienden a la monopolización de la distribución del servicio de envío de trabajadores en misión, toda vez que de continuar ofreciendo mejores precios por los menores costos laborales en que incurren las cooperativas, dichas entidades desplazarán inexorablemente a sus competidores.

Tal práctica es considerada como contraria a la libre competencia por el artículo 8° de la Ley 155 de 1959.

Dicho artículo dispone:

*“Artículo 8°. Las empresas comerciales no podrán emplear prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a monopolizar la distribución, ni ejecutar actos de competencia desleal en perjuicio de otros comerciantes”.*



## EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA LEY DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

### 1. INTRODUCCIÓN

Como lo he expresado anteriormente, uno de los principales problemas que presenta la aplicación del derecho de la competencia en Colombia, es el de la multiplicidad de normas y de autoridades de la competencia<sup>1</sup>.

Esta proliferación normativa e institucional se ha producido en parte, como consecuencia de la consagración del derecho a la libre competencia económica en el artículo 333 y concordantes de la Constitución Política de 1991, y tiende a hacer aún más engorrosa la ya difícil tarea de aplicar de manera coherente los principios implícitos en el derecho de la competencia<sup>2</sup>.

La verdad es que en Colombia, además del *régimen general de la libre competencia* contenido en la Ley 155 de 1959, el decreto 2153 de 1992 y normas concordantes, el legislador ha establecido otros regímenes aplicables al sector financiero y asegurador (decreto 663 de 1993), al sector portuario (Ley 1ª de 1991), al mercado de los servicios de salud (Ley 100 de 1993 y decreto 1663 de 1994), y muy especialmente a los servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994).

---

1 En relación con la problemática de la proliferación normativa y de la multiplicidad de autoridades para la aplicación de las políticas de competencia, puede consultarse mi artículo "Presente y futuro del derecho de la competencia en Colombia". *Revista de Derecho* N° 3. Universidad del Norte. Barranquilla 1994. Págs. 80 y 81.

2 Un estudio sobre los antecedentes del artículo 333 de la Constitución Política puede verse en mi artículo titulado "El abuso de la posición dominante: perspectivas de la aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado". *Revista Universitas* N° 85, noviembre 1993, págs. 151-193.

En mi opinión la Ley 142 de 1994, a diferencia de otras de las normas especiales arriba enunciadas, establece un verdadero régimen de la libre competencia especial para los servicios públicos domiciliarios, el cual difiere notoriamente desde el punto de vista conceptual y estructural del llamado régimen general de la libre competencia, contenido en la Ley 155 de 1959 y en el decreto 2153 de 1992, e incorpora numerosos conceptos y definiciones equívocos y antitécnicos que complicarán su aplicación y harán de la homologación de conceptos con el régimen general una tarea casi imposible.

Lo anterior se debe principalmente, a que la Ley 142 de 1994, hace de la libre competencia económica uno de los pilares fundamentales de la prestación de los servicios públicos domiciliarios como se deduce de los párrafos siguientes.

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 365 de la C.P., los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado, el cual debe asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Según el artículo constitucional citado, los servicios públicos se encuentran sometidos al régimen jurídico que establezca la ley y pueden ser prestados por el Estado en forma directa o indirecta, por comunidades organizadas o por particulares. También puede el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del gobierno, reservarse ciertas actividades estratégicas o servicios públicos, previa indemnización de las personas que por virtud de la ley queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

El Estado colombiano definió el régimen legal al cual se debe someter la prestación de los servicios públicos domiciliarios, mediante la expedición de la Ley 142 de 1994, reformada por medio de la Ley 286 de 1996.

De acuerdo con la Ley 142 de 1994, el principio general es el de la libre competencia y el libre acceso a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, por parte de todas las aquellas personas que deseen hacerlo, organizándose en la forma que dispone la ley. En efecto, el artículo 10 de la ley establece lo siguiente:

*“Artículo 10. Libertad de empresa. Es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos dentro de los límites de la Constitución y la ley”.*

Asimismo, el artículo 22 de la mencionada ley, establece lo siguiente:

“Artículo 22. Régimen de funcionamiento. Las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso para desarrollar su objeto social, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos 25 y 26 de esta ley, según la naturaleza de sus actividades”.

El presente documento contiene un análisis preliminar y de carácter general del régimen de libre competencia para los servicios públicos domiciliarios, el cual debe ser complementado con el análisis de las decisiones que en materia de libre competencia ha venido profiriendo la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la profusa regulación que al respecto han venido desarrollando la CRT, la CREG y la CRAP.

## 2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La Ley 142 de 1994 no hace una referencia clara a la finalidad de las normas de la competencia en el sector de los servicios públicos domiciliarios, sin embargo, es necesario mencionar que el numeral 2.6 del artículo 2º de la ley, señala como una de las finalidades de la intervención del Estado en los servicios públicos, la preservación de la libertad de competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante en el mercado.

De otra parte resulta importante destacar lo establecido por los numerales 11.1. y 11.2. del artículo 11 de la ley, según los cuales para cumplir con la función social de la propiedad pública o privada, las entidades que presten servicios públicos domiciliarios tienen obligaciones tales como la de:

“Asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente, y sin abuso de la posición dominante que la entidad pueda tener frente a usuarios o a terceros”. Y la de “Abstenerse de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia, cuando exista, de hecho, la posibilidad de la competencia”.

Por último es necesario mencionar, que al determinar las funciones y facultades generales de las comisiones de regulación, el artículo 73 de la Ley 142 de 1994, señala como finalidades de la actuación de las comisiones de regulación las de:

“regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad”.

Puede deducirse por lo tanto, que el bien jurídico protegido por el derecho de la competencia en el sector de los servicios públicos domiciliarios es el de lograr que la prestación de los servicios, ya sea por parte de un monopolista o por parte de los competidores, se haga en condiciones económicamente eficientes, que no impliquen abuso de la posición dominante y que produzcan servicios de calidad. Como se puede observar, existen algunas diferencias entre este bien jurídico protegido y el que presentan las normas generales de competencia, a los cuales se hizo referencia en los puntos 4.1.3. y 4.2.3. de este documento.

### 3. REGULACIÓN, CONTROL Y VIGILANCIA

En el presente acápite se revisarán las facultades de regulación, control y vigilancia que la Ley 142 de 1994 le otorga a las comisiones de regulación y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, específicamente en relación con el derecho de la competencia.

A este respecto es necesario destacar, que las funciones de las comisiones de regulación, en materia de derecho de la competencia, hacen referencia a la promoción de la libre competencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios y por supuesto a la regulación de los mercados y de las condiciones en que se prestan dichos servicios públicos; mientras que la Superintendencia tiene la función de investigar y sancionar a aquellas empresas o personas que infrinjan la ley o los reglamentos expedidos por las comisiones.

Las principales funciones de las comisiones de regulación en relación con el derecho de la competencia, se encuentran en los artículos 73 y 74 de la ley, que en sus partes pertinentes dicen lo siguiente:

“*Artículo 73. Funciones y facultades generales.* Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales:

“...”

73.2. Someter a su regulación, a la vigilancia del superintendente, y a las normas que esta ley contiene en materia de tarifas, de información y de actos y contratos, a empresas determinadas que no sean de servicios públicos, pero respecto de las cuales existan pruebas de que han realizado o se preparan para realizar una de las siguientes conductas:

- a. Competir deslealmente con las de servicios públicos;
- b. Reducir la competencia entre empresas de servicios públicos;
- c. Abusar de una posición dominante en la provisión de bienes o servicios similares a los que éstas ofrecen.

73.3. Definir los criterios de eficiencia y desarrollar indicadores y modelos para evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de las empresas de servicios públicos y solicitar las evaluaciones que considere necesarias para el ejercicio de sus funciones.

73.4. Fijar las normas de calidad a las que deben ceñirse las empresas de servicios públicos en la prestación del servicio.

“...”

73.13. Ordenar que una empresa de servicios públicos se escinda en otras que tengan el mismo objeto de la que se escinde, o cuyo objeto se limite a una actividad complementaria, cuando se encuentre que la empresa que debe escindirse usa su posición dominante para impedir el desarrollo de la competencia en un mercado donde ella es posible; o que la empresa que debe escindirse otorga subsidios con el

producto de uno de sus servicios que no tiene amplia competencia a otro servicio que sí la tiene; o, en general, que adopta prácticas restrictivas de la competencia.

73.14. Ordenar la fusión de empresas cuando haya estudios que demuestren que ello es indispensable para extender la cobertura y abaratar los costos para los usuarios.

73.15. Ordenar la liquidación de empresas monopolísticas oficiales en el campo de los servicios públicos y otorgar a terceros el desarrollo de su actividad, cuando no cumplan los requisitos de eficiencia a los que se refiere esta ley.

73.16. Impedir que quienes captan o producen un bien que se distribuye por medio de empresas de servicios públicos adopten pactos contrarios a la libre competencia en perjuicio de los distribuidores; y exigir que en los contratos se especifiquen los diversos componentes que definen los precios y tarifas.

“...”

73.22. Establecer los requisitos generales a los que deben someterse las empresas de servicios públicos para utilizar las redes existentes y acceder a las redes públicas de interconexión; así mismo, establecer las fórmulas tarifarias para cobrar por el transporte e interconexión a las redes, de acuerdo con las reglas de esta ley.

“...”

73.25. Establecer los mecanismos indispensables para evitar concentración de la propiedad accionaria en empresas con actividades complementarias en un mismo sector o sectores afines en la prestación de cada servicio público”.

“Artículo 74. *Funciones especiales de las comisiones de regulación.* Con sujeción a lo dispuesto en esta ley y las demás disposiciones que la complementen, serán además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes:

74.1. *De la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible.*

- a. Regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la

adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado.

- b. Expedir regulaciones específicas para la autogeneración y cogeneración de electricidad y el uso eficiente de energía y gas combustible por parte de los consumidores y establecer criterios para la fijación de compromisos de ventas garantizadas de energía y potencia entre las empresas eléctricas y entre éstas y los grandes usuarios;

“...”

#### 74.2. *De la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico*

- a. Promover la competencia entre quienes presten los servicios de agua potable y saneamiento básico o regular los monopolios en la prestación de tales servicios, cuando la competencia no sea posible, todo ello con el propósito de que las operaciones de los monopolistas y de los competidores sean económicamente eficientes, se prevenga el abuso de posiciones dominantes y se produzcan servicios de calidad. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado.
- b. Establecer, por vía general, en qué eventos es necesario que la realización de obras, instalaciones y operación de equipos destinados a la prestación de servicios de acueducto, alcantarillado y aseo se sometan a normas técnicas y adoptar las medidas necesarias para que se apliquen las normas técnicas sobre calidad de agua potable que establezca el Ministerio de Salud, en tal forma que se fortalezcan los mecanismos de control de calidad de agua potable por parte de las entidades competentes.

“...”

#### 74.3. *De la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones*

- a. Promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones, y proponer o adoptar las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de las empresas en el mercado.

- b. Resolver los conflictos que se presenten entre operadores en aquellos casos en los que se requiera la intervención de las autoridades para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio.
- c. Establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho a utilizar las redes de telecomunicaciones del estado; así mismo, fijar los cargos de acceso y de interconexión a estas redes, de acuerdo con las reglas sobre tarifas previstas en esta ley”

“...”.

#### 4. PROHIBICIÓN A LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS Y DESLEALES DE COMPETENCIA

La prohibición a las prácticas restrictivas y desleales de la competencia en los servicios públicos domiciliarios, se encuentra contenida en los artículos 34, 98 y 133 de la Ley 142 de 1994. En el presente acápite se hace un análisis de estas normas.

##### 4.1. COMENTARIOS GENERALES

Como se ha advertido a lo largo del presente documento, uno de los problemas fundamentales del derecho de la competencia en Colombia, radica en la proliferación normativa y la multiplicidad de autoridades de la competencia, que a la larga pueden entorpecer el desarrollo de los principios que informan este derecho, e impedir el logro de sus objetivos. Lo anterior resulta especialmente grave en un país como Colombia, que está tratando de atraer a los inversionistas extranjeros con el fin de que participen en la gestación de la infraestructura nacional. Resulta evidente que el derecho de la competencia constituye parte importante del entorno jurídico, cuya claridad y estabilidad ejerce una influencia definitiva en la decisión de los inversionistas sobre su participación en los proyectos del país.

El comentario anterior adquiere plena validez cuando se examinan las normas sobre derecho de la competencia incluidas en la Ley 142 de 1994. En efecto, los artículos 34, 98 y 133 de la ley, que contienen la



mayor parte de las referencias al tema de la libre competencia, no responden ni mucho menos a la estructura conceptual de las normas generales sobre el tema, la cual se encuentra descrita en los capítulos anteriores de este documento, y por el contrario incorporan notables contradicciones a la misma, además de que confunden criterios fundamentales de esta materia, como se explica a continuación.

El artículo 34 de la ley contiene la prohibición general de “...*las prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas*”. En este artículo se hace una prohibición genérica a las empresas de servicios públicos de realizar en sus actos y contratos discriminaciones, prácticas desleales o restrictivas de la competencia. Acto seguido el artículo señala de manera no taxativa las que considera restricciones indebidas a la libre competencia, mezclando de manera indiscriminada prácticas predatorias, para las que no exige el requisito de que exista posición de dominio en el mercado; acuerdos anticompetitivos; prácticas de competencia desleal; y abuso de la posición dominante, de conformidad con lo establecido por el artículo 133 de la ley.

Tres son los errores fundamentales que se pueden señalar en relación con este artículo: el primero, consiste en mezclar en una sola disposición todos los tipos de prácticas que contiene la ley, sin clasificarlas ni tratarlas de manera separada como sucede en el decreto 2153 de 1992. En segundo lugar, se independizan los precios predatorios del abuso de la posición dominante, lo cual crea una evidente y muy importante contradicción con el régimen general de la competencia, en el cual como se sabe, los precios predatorios solamente constituyen una infracción a la libre competencia, como abuso de la posición dominante, cuando existe posición de dominio en el mercado. En tercer lugar, se clasifican las conductas de competencia desleal contenidas en el Código de Comercio, como prácticas restrictivas de la competencia, lo cual es bien discutible como se expresó al inicio de este documento<sup>3</sup>.

El artículo 34 de la Ley 142 de 1994 dice textualmente lo siguiente:

“*Artículo 34. Prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas.* Las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos, deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados, y abstenerse de toda práctica que

3 Adicionalmente debe tenerse en cuenta que las normas de competencia desleal contenidas en la Ley 155 de 1959 y en el Código de Comercio, resultaron derogadas por la Ley 256 de 1996, contentiva de la nueva legislación sobre la materia.

tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia.

Se consideran restricciones indebidas a la competencia, entre otras, las siguientes:

- 34.1. El cobro de tarifas que no cubran los gastos de operación de un servicio;
- 34.2. La prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo, de servicios adicionales a los que contempla la tarifa;
- 34.3. Los acuerdos con otras empresas para repartirse cuotas o clases de servicios, o para establecer tarifas, creando restricciones de oferta o elevando las tarifas por encima de lo que ocurriría en condiciones de competencia;
- 34.4. Cualquier clase de acuerdo con eventuales opositores o competidores durante el trámite de cualquier acto o contrato en que deba hacer citaciones al público o a eventuales competidores, y que tenga como propósito o como efecto modificar el resultado que se habría obtenido en plena competencia;
- 34.5. Las que describe el Título V del Libro I del decreto 410 de 1971 (Código de Comercio) sobre competencia desleal;
- 34.6. El abuso de la posición dominante al que se refiere el artículo 133 de esta ley, cualquiera que sea la otra parte contratante y en cualquier clase de contratos”.

El artículo 98 de la ley contiene las prácticas tarifarias restrictivas de la libre competencia, que la ley, por alguna razón desconocida, no considera comprendidas dentro de la clasificación general de prácticas restrictivas de la libre competencia contenida en el artículo 34.

Las conductas tarifarias restrictivas consisten en dos conductas de precios predatorios separadas, sin ninguna diferenciación relevante entre ellas y una conducta discriminatoria. Las conductas predatorias, al igual que las incluidas en el artículo 34 de la ley, se encuentran desligadas del concepto de posición de dominio en el mercado.

El artículo 98 de la ley dice textualmente lo siguiente:

*“Artículo 98. Prácticas tarifarias restrictivas de la competencia. Se prohíbe a quienes presten los servicios públicos:*

98.1. Dar a los clientes de un mercado competitivo, o cuyas tarifas no están sujetas a regulación, tarifas inferiores a los costos operacionales, especialmente cuando la misma empresa presta servicios en otros mercados en los que tiene una posición dominante o en los que sus tarifas están sujetas a regulación.

98.2. Ofrecer tarifas inferiores a sus costos operacionales promedio con el ánimo de desplazar competidores, prevenir la entrada de nuevos oferentes o ganar posición dominante ante el mercado o ante clientes potenciales.

98.3. Discriminar contra unos clientes que poseen las mismas características comerciales de otros, dando a los primeros tarifas más altas que a los segundos, y aún si la discriminación tiene lugar dentro de un mercado competitivo o cuyas tarifas no estén reguladas.

La violación de estas prohibiciones, o de cualquiera de las normas de esta ley relativas a las funciones de las comisiones, puede dar lugar a que éstas sometan a regulación las tarifas de quienes no estuvieren sujetas a ella, y revoquen de inmediato las fórmulas de tarifas aplicables a quienes prestan los servicios públicos”.

El artículo 133 de la ley contiene las conductas que se consideran como abuso de la posición dominante, las cuales solamente se refieren a las relaciones que existen entre las empresas de servicios públicos y los usuarios o suscriptores de los mismos.

El artículo clasifica de manera no taxativa 26 ejemplos de cláusulas en las cuales se presume que existe abuso de la posición dominante. Los aspectos más relevantes de estas cláusulas se explicarán más adelante.

#### 4.2. PRÁCTICAS DISCRIMINATORIAS

El tema de las prácticas discriminatorias, como ya se advirtió, se encuentra tratado en el encabezamiento del artículo 34 de la ley, en el cual se establece que “Las empresas de servicios públicos, en todos los actos y contratos deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados”. Este artículo se refiere tanto a las discriminaciones concertadas, como a los actos unilaterales de discriminación.

Asimismo, el numeral 98.3. del artículo 98 de la ley, señala como prácticas tarifarias restrictivas de la competencia, las que realizan las empresas de servicios públicos para:

“Discriminar contra unos clientes que poseen las mismas características comerciales de otros, dando a los primeros tarifas más altas que a los segundos, y aún si la discriminación tiene lugar dentro de un mercado competitivo o cuyas tarifas no estén reguladas”.

Como se puede observar, este tipo de discriminaciones son conductas unilaterales.

Estos actos discriminatorios resultan concordantes con lo establecido en el numeral 2° del artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

#### 4.3. ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS

Los acuerdos anticompetitivos se encuentran descritos en los numerales 34.3. y 34.4. del artículo 34 de la ley. En el primer caso se trata de acuerdos horizontales para repartirse cuotas o segmentos de un mercado, o para fijar tarifas por encima de las condiciones de competencia:

“Los acuerdos con otras empresas para repartirse cuotas o clases de servicios, o para establecer tarifas, creando restricciones de oferta o elevando las tarifas por encima de lo que ocurriría en condiciones de competencia”.

Estos acuerdos son por lo tanto equivalentes a los relacionados en los numerales 1° y 4° del artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

El segundo caso hace referencia también a acuerdos horizontales por medio de los cuales se trate de realizar colusión en las licitaciones públicas:

“Cualquier clase de acuerdo con eventuales opositores o competidores durante el trámite de cualquier acto o contrato en que deba hacer citaciones al público o a eventuales competidores, y que tenga como propósito o como efecto modificar el resultado que se habría obtenido en plena competencia”.

Este tipo de acuerdos resulta equivalente a los que señala el numeral 9° del artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

Se echan de menos en la reglamentación otros tipos de acuerdos que desarrolla el decreto 2153 de 1992, tales como las ventas atadas, la repartición de mercados, la limitación de fuentes de acceso de insumos productivos, la limitación de desarrollos técnicos y los límites a los niveles de producción.

#### 4.4. ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

En relación con los actos de competencia desleal es necesario reiterar dos comentarios importantes: En primer lugar, se clasifica a las conductas de competencia desleal como prácticas restrictivas, lo cual resulta bien discutible. Adicionalmente, el Título V del Libro I del Código de Comercio fue derogado por la Ley 256 de 1996, que contiene el nuevo régimen de competencia desleal en Colombia, el cual por razones temáticas y de espacio, no se discute ni analiza en el presente documento.

#### 4.5. ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE

El tema de la posición dominante y el abuso de la posición dominante en la Ley 142 de 1994 presenta importantes contradicciones con el régimen general del derecho de la competencia contenido en la Ley 155 de 1959 y el decreto 2153 de 1992, lo cual como ya se ha dicho genera grandes dificultades en la interpretación y aplicación de estos conceptos<sup>4</sup>.

En efecto, en el régimen de la Ley 142 de 1994 existen dos formas de posición de dominio en el mercado, una de carácter subjetivo y otra de carácter objetivo.

La de carácter subjetivo se explica por cuanto de acuerdo con la ley, las empresas de servicios públicos (ESP), siempre tienen posición de dominio respecto de sus usuarios, lo cual no resulta para nada lógico si se tiene en cuenta que pueden existir casos de grandes usuarios, o eventos en los cuales no necesariamente exista una posición de dominio, como la ha definido la jurisprudencia en Europa o Estados Unidos, o como la define el artículo 45 del decreto 2153 de 1992, haciendo referencia a la “posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”.

La de carácter objetivo, que resulta completamente antitécnica, arbitraria y contraria a la definición del decreto 2153 de 1992, hace consistir la posición de dominio de las ESP en un criterio de participación en el

---

4 En relación con este tema se puede consultar a Concha Delgado, Santiago, “El abuso de la posición dominante en la Ley 142 de 1994” publicado en el segundo tomo de publicaciones del Centro de Estudios del Derecho de la Competencia - CEDEC.

mercado, criterio que fue inicialmente utilizado en la Ley 155 de 1959, pero fue totalmente abandonado por el decreto 2153, siguiendo en esto la evolución conceptual que se ha presentado a nivel internacional<sup>5</sup>. De conformidad con este criterio tienen posición de dominio respecto del mercado de sus servicios, las ESP que sirven el 25% o más de los usuarios que conforman el mercado.

En este sentido el numeral 14.13. del artículo 14 de la ley, establece lo siguiente:

*“Artículo 14. Definiciones.* Para interpretar y aplicar esta ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

14.13. *Posición dominante.* Es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado”.

De otra parte, resulta bastante extraño el hecho de que las conductas que constituyen abuso de la posición dominante en el mercado, no requieren que quien incurre en ellas detente una posición de dominio en el mercado. Es así como el encabezamiento del artículo 133 de la ley establece lo siguiente:

*“Artículo 133. Abuso de la posición dominante.* Se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos a los que se refiere este libro, en las siguientes cláusulas”.

En cuanto a las conductas en sí mismas, debe anotarse que se presume que existe abuso de la posición dominante cuando una empresa de servicios públicos incurre en cualquiera de las conductas señaladas en el artículo 133 de la ley. Ahora bien, aunque dichas conductas están descritas en relación con los usuarios de los servicios públicos domiciliarios, lo cual resulta lógico si se tiene en cuenta que dicho artículo se encuentra dentro del título del contrato de servicios públicos

---

6 En efecto, aunque la Ley 155 de 1959 no define en parte alguna la posición de dominio ni el abuso de la posición dominante en el mercado, en su artículo 2 impone una vigilancia especial a aquellas empresas que tengan capacidad para determinar los precios en el mercado, por la cantidad que controlen del mismo producto.

de la ley, dichas conductas también constituyen abuso de la posición dominante cuando se cometen contra cualquier “...otra parte contratante y en cualquier clase de contratos”, como lo establece el numeral 34.6 del artículo 34 de la ley.

Es necesario advertir que la presunción de abuso de la posición dominante de que trata el primer inciso del artículo 133, es una presunción de hecho que admite prueba en contrario, como lo advierten los incisos finales de dicho artículo, los cuales establecen lo siguiente:

“...”

“La presunción de abuso de la posición dominante puede desvirtuarse si se establece que las cláusulas aludidas, al considerarse en el conjunto del contrato, se encuentran equilibradas con obligaciones especiales que asume la empresa. La presunción se desvirtuará, además, en aquellos casos en que se requiera permiso expreso de la comisión para contratar una de las cláusulas a las que este artículo se refiere, y ésta lo haya dado.

Si se anula una de las cláusulas a las que se refiere este artículo, conservarán, sin embargo, su validez todas las demás que no hayan sido objeto de la misma sanción.

Cuando una comisión haya rendido concepto previo sobre un contrato de condiciones uniformes, o sobre sus modificaciones, el juez que lo estudie debe dar a ese concepto el valor de una prueba pericial firme, precisa, y debidamente fundada”.

En cuanto a la clasificación de las conductas de abuso de la posición dominante, es posible agruparlas de conformidad con los siguientes criterios:

#### 4.5.1. Imposición de obligaciones adicionales

Sucede cuando las empresas de servicios públicos imponen a los usuarios obligaciones adicionales de las que naturalmente deberían soportar en situación de competencia, incluyendo el caso de las ventas atadas. A esta categoría pertenecen los siguientes numerales del artículo 133:

“133.4. Las que obligan al suscriptor o usuario a recurrir a la empresa de servicios públicos o a otra persona determinada para adquirir cualquier bien o servicio que

no tenga relación directa con el objeto del contrato, o le limitan su libertad para escoger a quien pueda proveerle ese bien o servicio; o lo obligan a comprar más de lo que necesite;

133.5. Las que limitan la libertad de estipulación del suscriptor o usuario en sus contratos con terceros, y las que lo obligan a comprar sólo a ciertos proveedores. Pero se podrá impedir, con permiso expreso de la comisión, que quien adquiera un bien o servicio a una empresa de servicio público a una tarifa que sólo se concede a una clase de suscriptor o usuarios, o con subsidios, lo revenda a quienes normalmente habrían recibido una tarifa o un subsidio distinto;

133.6. Las que imponen al suscriptor o usuario una renuncia anticipada a cualquiera de los derechos que el contrato le concede;

133.8. Las que obligan al suscriptor o usuario a preparar documentos de cualquier clase, con el objeto de que el suscriptor o usuario tenga que asumir la carga de una prueba que, de otra forma, no le correspondería;

133.16. Las que permiten a la empresa, en el evento de terminación anticipada del contrato por parte del suscriptor o usuario, exigir a éste:

- a. Una compensación excesivamente alta por el uso de una cosa o de un derecho recibido en desarrollo del contrato, o
- b. Una compensación excesivamente alta por los gastos realizados por la empresa para adelantar el contrato; o
- c. Que asuma la carga de la prueba respecto al monto real de los daños que ha podido sufrir la empresa, si la compensación pactada resulta excesiva;

133.18. Las que limiten la obligación de la empresa a hacer efectivas las garantías de la calidad de sus servicios y de los bienes que entrega; y las que trasladan al suscriptor o usuario una parte cualquiera de los costos y gastos necesarios para hacer efectiva esa garantía; y las que limitan el plazo previsto en la ley para que el suscriptor o usuario ponga de presente los vicios ocultos de los bienes y servicios que recibe;

133.19. Las que obligan al suscriptor o usuario a continuar con el contrato por más de dos años, o por un plazo superior al que autoricen las comisiones por vía general



para los contratos con grandes suscriptores o usuarios; pero se permiten los contratos por término indefinido.

133.21. Las que obligan al suscriptor o usuario a dar preaviso superior a dos meses para la terminación del contrato, salvo que haya permiso expreso de la comisión;

133.22. Las que obligan al suscriptor o usuario a aceptar por anticipado la cesión que la empresa haga del contrato, a no ser que en el contrato se identifique al cesionario o que se reconozca al cedido la facultad de terminar el contrato;

133.23. Las que obliguen al suscriptor o usuario a adoptar formalidades poco usuales o injustificadas para cumplir los actos que le corresponden respecto de la empresa o de terceros;

133.24. Las que limitan el derecho de retención que corresponda al suscriptor o usuario, derivado de la relación contractual;

133.25. Las que impidan al suscriptor o usuario compensar el valor de las obligaciones claras y actualmente exigibles que posea contra la empresa”.

#### *4.5.2. Imposición de condiciones desiguales*

Aunque las distinciones empiezan a volverse sutiles, puede agruparse un conjunto de conductas que aunque no establecen obligaciones adicionales a cargo del usuario, si le confieren prerrogativas extraordinarias a la empresa de tal manera que le otorgan una ventaja indebida que rompe la conmutatividad del contrato:

“133.1. Las que excluyen o limitan la responsabilidad que corresponde a la empresa de acuerdo a las normas comunes; o las que trasladan al suscriptor o usuario la carga de la prueba que esas normas ponen en cabeza de la empresa;

133.2. Las que dan a la empresa la facultad de disolver el contrato o cambiar sus condiciones o suspender su ejecución, o revocar o limitar cualquier derecho contractual del suscriptor o usuario, por razones distintas al incumplimiento de éste o a fuerza mayor o caso fortuito;

133.3. Las que condicionan al consentimiento de la empresa de servicios públicos el ejercicio de cualquier derecho contractual o legal del suscriptor o usuario;

133.7. Las que autorizan a la empresa o a un delegado suyo a proceder en nombre del suscriptor o usuario para que la empresa pueda ejercer alguno de los derechos que ella tiene frente al suscriptor o usuario;

133.9. Las que sujetan a término o a condición no previsto en la ley el uso de los recursos o de las acciones que tiene el suscriptor o usuario; o le permiten a la empresa hacer oponibles al suscriptor o usuario ciertas excepciones que, de otra forma, le serían inoponibles; o impiden al suscriptor o usuario utilizar remedios judiciales que la ley pondría a su alcance;

133.10. Las que confieren a la empresa mayores atribuciones que al suscriptor o usuario en el evento de que sea preciso someter a decisiones arbitrales o de amigables componedores las controversias que surjan entre ellos;

133.11. Las que confieren a la empresa la facultad de elegir el lugar en el que el arbitramento o la amigable composición han de tener lugar, o escoger el factor territorial que ha de determinar la competencia del juez que conozca de las controversias;

133.12. Las que confieren a la empresa plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados para el cumplimiento de una de sus obligaciones, o para la aceptación de una oferta;

133.13. Las que confieren a la empresa la facultad de modificar sus obligaciones cuando los motivos para ello sólo tienen en cuenta los intereses de la empresa;

133.14. Las que presumen cualquier manifestación de voluntad en el suscriptor o usuario, a no ser que:

- a. Se dé al suscriptor o usuario un plazo prudencial para manifestarse en forma explícita, y
- b. Se imponga a la empresa la obligación de hacer saber al suscriptor o usuario el significado que se atribuiría a su silencio, cuando comience el plazo aludido;

133.15. Las que permiten presumir que la empresa ha realizado un acto que la ley o el contrato consideren indispensable para determinar el alcance o la exigibilidad de las obligaciones y derechos del suscriptor o usuario; y las que la eximan de realizar tal acto; salvo en cuanto esta ley autorice lo contrario;

133.17. Las que limitan el derecho del suscriptor o usuario a pedir la resolución del contrato, o perjuicios, en caso de incumplimiento total o parcial de la empresa;

133.20. Las que suponen que las renovaciones tácitas del contrato se extienden por períodos superiores a un año;

133.26. Cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo, tal como se enuncian en el artículo 126 de esta ley.

#### 4.6. PRÁCTICAS PREDATORIAS

Como se había señalado con anterioridad, en la Ley 142 de 1994, las prácticas predatorias se encuentran desligadas del abuso de la posición dominante, lo cual implica una importante contradicción con el régimen general de la competencia.

Las prácticas predatorias se encuentran desarrolladas en capítulos anteriores de este documento, pero en general hacen referencia a la aplicación de precios o tarifas por debajo del nivel de los costos, con el fin de excluir a los competidores del mercado, o impedir su acceso al mismo.

En la Ley 142 de 1994, estas prácticas se encuentran contenidas en los numerales 34.1. y 34.2. del artículo 34; y en los numerales 98.1. y 98.2. del artículo 98 de la ley, los cuales establecen lo siguiente:

*“Artículo 34. Prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas.* Las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos, deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados, y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia.

Se consideran restricciones indebidas a la competencia, entre otras, las siguientes:

- 34.1. El cobro de tarifas que no cubran los gastos de operación de un servicio;
- 34.2. La prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo, de servicios adicionales a los que contempla la tarifa”;

“...”

“*Artículo 98. Prácticas tarifarias restrictivas de la competencia. Se prohíbe a quienes presten los servicios públicos:*

98.1. Dar a los clientes de un mercado competitivo, o cuyas tarifas no están sujetas a regulación, tarifas inferiores a los costos operacionales, especialmente cuando la misma empresa presta servicios en otros mercados en los que tiene una posición dominante o en los que sus tarifas están sujetas a regulación.

98.2. Ofrecer tarifas inferiores a sus costos operacionales promedio con el ánimo de desplazar competidores, prevenir la entrada de nuevos oferentes o ganar posición dominante ante el mercado o ante clientes potenciales”.

“...”.

# EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA COMPETENCIA PARA LOS SERVICIOS DE TELEFONÍA PÚBLICA BÁSICA CONMUTADA (TPBC)<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente documento pretende explicar el *régimen especial de libre competencia en los servicios públicos domiciliarios de telefonía pública básica conmutada* (en adelante TPBC), el cual se encuentra contenido en la Ley 142 de 1994 y en la Resolución 087 de 1997, de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (en adelante CRT)<sup>2</sup>. Haré referencia aquí a las normas contenidas en la Resolución 087 de 1997 de la CRT, por cuanto en documentos anteriores me he referido tanto al *régimen general de la libre competencia*, contenido de manera principal en la Ley 155 de 1959 y el decreto 2153 de 1992<sup>3</sup>, como al *régimen*

- 
- 1 Conferencia presentada por el autor en el "Curso sobre la nueva regulación en Colombia". Módulo: Apertura del mercado de las telecomunicaciones, celebrado en la ciudad de Cartagena de Indias en octubre de 1997, y en sesión conjunta del CEDE, el CEDEC y la especialización de telecomunicaciones de la Universidad Nacional, el día 28 de noviembre de 1997 en la Casa Externadista.
  - 2 En su calidad de asesor externo del Ministerio de Comunicaciones para la apertura a la competencia del servicio de TPBCLD, el autor tuvo la oportunidad de trabajar de manera especial en la redacción del Título III de la Resolución 087 de la CRT, contentivo del régimen de competencia, junto con los expertos canadienses de la firma McArthy Tetrault, los doctores Hank Intven y Edgardo Sepúlveda.
  - 3 Miranda Londoño, Alfonso. "El Régimen general de la libre competencia. características principales". Formas de control, colaboración, competencia empresarial y propiedad industrial. Tomo II. Modulo II. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial. Santa Fe de Bogotá, D.C. octubre de 1997.

de la competencia en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, contenido en la Ley 142 de 1994<sup>4</sup>.

Es preciso aclarar que en el momento presente la regulación emitida por todas las comisiones de regulación se encuentra en entredicho, debido a que el Consejo de Estado, en sentencia del día veinticinco de septiembre de 1997, con ponencia del doctor Carlos Betancur Jaramillo, declaró inaplicables por considerarlos inconstitucionales, los artículos 68 y 74.3.d) de la Ley 142 de 1994<sup>5</sup>. Además, la Corte Constitucional conoce de una demanda de inexecuibilidad contra los mencionados artículos de la ley. A pesar de lo anterior, actualmente la regulación expedida se encuentra vigente, se aplica a la prestación de los servicios de TPBC, contiene el régimen especial de la competencia para dichos servicios y con base en ella el Estado puede otorgar licencias para la prestación del servicio de TPBCLD, razón por la cual es preciso estudiarla.

## 2. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LAS TELECOMUNICACIONES

Antes de explicar el régimen de la competencia contenido en la Resolución 087 de 1997, es indispensable hacer algunas precisiones adicionales sobre el derecho de la competencia en las telecomunicaciones<sup>6</sup>.

---

4 Miranda Londoño, Alfonso. "El derecho de la competencia en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios". Formas de control, colaboración, competencia empresarial y propiedad industrial. Tomo II. Modulo II. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial. Santa Fe de Bogotá, D.C. octubre de 1997.

5 Dichos artículos dicen los siguiente:

"Artículo 68. *Delegación de funciones presidenciales a las comisiones.* El presidente de la República señalará las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que le encomienda el artículo 370 de la Constitución Política, y de los demás a que se refiere esta ley, por medio de las comisiones de regulación de los servicios públicos, si decide delegarlas, en los términos de esta Ley.

"Las normas de esta ley que se refieren a las comisiones de regulación se aplicarán si el presidente resuelve delegar la función aludida; en caso contrario, el presidente ejercerá las funciones que aquí se atribuyen a las comisiones".

"Artículo 74. *Funciones especiales de las comisiones de regulación.* "... "3. De la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones: "... "d) Reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, y señalar las fórmulas de tarifa que se cobrarán por la concesión".

6 Un estudio detallado sobre la materia puede encontrarse en mi documento "El derecho de la competencia en el sector de las telecomunicaciones. El caso colombiano". *Compilación de investigaciones del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia "CEDEC 2"*. Pontificia

En efecto, el derecho de la competencia en las telecomunicaciones se encuentra sometido a una división tripartita, como consecuencia de la división legal a la que se encuentra sometido el sector de las telecomunicaciones en nuestro país. Las normas de rango constitucional aplicables al derecho de la competencia en telecomunicaciones, son los artículos 75, 76, 333 y 365 de la CP, los cuales dicen textualmente lo siguiente:

“Artículo 75. 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”.

“Artículo 76. La intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.

“Dicho organismo desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio a que hace referencia el inciso anterior”.

“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”.

“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 se 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”.

“Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional)”.

“Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.

Desde el punto de vista legal, el derecho de la competencia se encuentra sometido, como lo había mencionado, a un régimen tripartito.<sup>7</sup>

## 2.1. DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS NO DOMICILIARIOS DE TELECOMUNICACIONES Y ACTIVIDADES DE TELECOMUNICACIONES

Estos servicios y actividades de telecomunicaciones se rigen por la Ley 72 de 1989, el decreto 1900 de 1990, y por las normas correspondientes a lo que he denominado el *régimen general de la libre competencia*, o sea, por la Ley 155 de 1959, el decreto 2153 de 1992 y la Ley 256 de 1996.

---

7 En la actualidad el Ministerio de Comunicaciones se encuentra preparando un proyecto de ley de telecomunicaciones, uno de cuyos principales objetivos es el de unificar la legislación sobre la materia, y someter al sector a la dirección y control de unas mismas autoridades. Este objetivo se podrá cumplir parcialmente, debido a que la propia Constitución Política creó un régimen especial y separado para el servicio de televisión, el cual no puede ser ignorado por la ley.



## 2.2. DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE TELECOMUNICACIONES

Estos servicios se rigen por la Ley 142 de 1994 y las normas de competencia contenidas en la Resolución 087 de 1997, a las cuales me referiré en el presente documento. Como lo mencioné atrás, el tema del derecho de la competencia en la Ley de Servicios Públicos ha sido tratado a espacio en otro documento<sup>8</sup>. Sin embargo, vale la pena transcribir los artículos de la ley que se refieren de manera principal al tema.

*“Artículo 10. Libertad de empresa.* Es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos dentro de los límites de la Constitución y la ley”.

*“Artículo 22. Régimen de funcionamiento.* Las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso para desarrollar su objeto social, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos 25 y 26 de esta ley, según la naturaleza de sus actividades”.

*“Artículo 34. Prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas.* Las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos, deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados, y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia.

Se consideran restricciones indebidas a la competencia, entre otras, las siguientes:

- 34.1. El cobro de tarifas que no cubran los gastos de operación de un servicio;
- 34.2. La prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo, de servicios adicionales a los que contempla la tarifa;

---

<sup>8</sup> Miranda Londoño, Alfonso. “El derecho de la competencia en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios”. Formas de control, colaboración, competencia empresarial y propiedad industrial. Tomo II. Modulo II. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial. Santa Fe de Bogotá, D.C. octubre de 1997.

34.3. Los acuerdos con otras empresas para repartirse cuotas o clases de servicios, o para establecer tarifas, creando restricciones de oferta o elevando las tarifas por encima de lo que ocurriría en condiciones de competencia;

34.4. Cualquier clase de acuerdo con eventuales opositores o competidores durante el trámite de cualquier acto o contrato en que deba hacer citaciones al público o a eventuales competidores, y que tenga como propósito o como efecto modificar el resultado que se habría obtenido en plena competencia;

34.5. Las que describe el Título V del Libro I del decreto 410 de 1971 (Código de Comercio) sobre competencia desleal;

34.6. El abuso de la posición dominante al que se refiere el artículo 133 de esta ley, cualquiera que sea la otra parte contratante y en cualquier clase de contratos”.

*“Artículo 98. Prácticas tarifarias restrictivas de la competencia.* Se prohíbe a quienes presten los servicios públicos:

98.1. Dar a los clientes de un mercado competitivo, o cuyas tarifas no están sujetas a regulación, tarifas inferiores a los costos operacionales, especialmente cuando la misma empresa presta servicios en otros mercados en los que tiene una posición dominante o en los que sus tarifas están sujetas a regulación.

98.2. Ofrecer tarifas inferiores a sus costos operacionales promedio con el ánimo de desplazar competidores, prevenir la entrada de nuevos oferentes o ganar posición dominante ante el mercado o ante clientes potenciales.

98.3. Discriminar contra unos clientes que poseen las mismas características comerciales de otros, dando a los primeros tarifas más altas que a los segundos, y aún si la discriminación tiene lugar dentro de un mercado competitivo o cuyas tarifas no estén reguladas.

La violación de estas prohibiciones, o de cualquiera de las normas de esta ley relativas a las funciones de las comisiones, puede dar lugar a que éstas sometan a regulación las tarifas de quienes no estuvieren sujetas a ella, y revoquen de inmediato las fórmulas de tarifas aplicables a quienes prestan los servicios públicos”.

*“Artículo 14. Definiciones.* Para interpretar y aplicar esta ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

14.13. Posición dominante. Es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado”.

*Artículo 133. Abuso de la posición dominante.* Se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos a los que se refiere este libro, en las siguientes cláusulas:

133.1. Las que excluyen o limitan la responsabilidad que corresponde a la empresa de acuerdo a las normas comunes; o las que trasladan al suscriptor o usuario la carga de la prueba que esas normas ponen en cabeza de la empresa;

133.2. Las que dan a la empresa la facultad de disolver el contrato o cambiar sus condiciones o suspender su ejecución, o revocar o limitar cualquier derecho contractual del suscriptor o usuario, por razones distintas al incumplimiento de éste o a fuerza mayor o caso fortuito;

133.3. Las que condicionan al consentimiento de la empresa de servicios públicos el ejercicio de cualquier derecho contractual o legal del suscriptor o usuario;

133.4. Las que obligan al suscriptor o usuario a recurrir a la empresa de servicios públicos o a otra persona determinada para adquirir cualquier bien o servicio que no tenga relación directa con el objeto del contrato, o le limitan su libertad para escoger a quien pueda proveerle ese bien o servicio; o lo obligan a comprar más de lo que necesite;

133.5. Las que limitan la libertad de estipulación del suscriptor o usuario en sus contratos con terceros, y las que lo obligan a comprar sólo a ciertos proveedores. Pero se podrá impedir, con permiso expreso de la comisión, que quien adquiera un bien o servicio a una empresa de servicio público a una tarifa que sólo se concede a una clase de suscriptor o usuarios, o con subsidios, lo revenda a quienes normalmente habrían recibido una tarifa o un subsidio distinto;

133.6. Las que imponen al suscriptor o usuario una renuncia anticipada a cualquiera de los derechos que el contrato le concede;

133.7. Las que autorizan a la empresa o a un delegado suyo a proceder en nombre del suscriptor o usuario para que la empresa pueda ejercer alguno de los derechos que ella tiene frente al suscriptor o usuario;

- 133.8. Las que obligan al suscriptor o usuario a preparar documentos de cualquier clase, con el objeto de que el suscriptor o usuario tenga que asumir la carga de una prueba que, de otra forma, no le correspondería;
- 133.9. Las que sujetan a término o a condición no previsto en la ley el uso de los recursos o de las acciones que tiene el suscriptor o usuario; o le permiten a la empresa hacer oponibles al suscriptor o usuario ciertas excepciones que, de otra forma, le serían inoponibles; o impiden al suscriptor o usuario utilizar remedios judiciales que la ley pondría a su alcance;
- 133.10. Las que confieren a la empresa mayores atribuciones que al suscriptor o usuario en el evento de que sea preciso someter a decisiones arbitrales o de amigables componedores las controversias que surjan entre ellos;
- 133.11. Las que confieren a la empresa la facultad de elegir el lugar en el que el arbitramento o la amigable composición han de tener lugar, o escoger el factor territorial que ha de determinar la competencia del juez que conozca de las controversias;
- 133.12. Las que confieren a la empresa plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados para el cumplimiento de una de sus obligaciones, o para la aceptación de una oferta;
- 133.13. Las que confieren a la empresa la facultad de modificar sus obligaciones cuando los motivos para ello sólo tienen en cuenta los intereses de la empresa;
- 133.14. Las que presumen cualquier manifestación de voluntad en el suscriptor o usuario, a no ser que:
- a. Se dé al suscriptor o usuario un plazo prudencial para manifestarse en forma explícita, y
  - b. Se imponga a la empresa la obligación de hacer saber al suscriptor o usuario el significado que se atribuiría a su silencio, cuando comience el plazo aludido;
- 133.15. Las que permiten presumir que la empresa ha realizado un acto que la ley o el contrato consideren indispensable para determinar el alcance o la exigibilidad de las obligaciones y derechos del suscriptor o usuario; y las que la eximan de realizar tal acto; salvo en cuanto esta ley autorice lo contrario;

- 133.16. Las que permiten a la empresa, en el evento de terminación anticipada del contrato por parte del suscriptor o usuario, exigir a éste:
- Una compensación excesivamente alta por el uso de una cosa o de un derecho recibido en desarrollo del contrato, o
  - Una compensación excesivamente alta por los gastos realizados por la empresa para adelantar el contrato; o
  - Que asuma la carga de la prueba respecto al monto real de los daños que ha podido sufrir la empresa, si la compensación pactada resulta excesiva;
- 133.17. Las que limitan el derecho del suscriptor o usuario a pedir la resolución del contrato, o perjuicios, en caso de incumplimiento total o parcial de la empresa;
- 133.18. Las que limiten la obligación de la empresa a hacer efectivas las garantías de la calidad de sus servicios y de los bienes que entrega; y las que trasladan al suscriptor o usuario una parte cualquiera de los costos y gastos necesarios para hacer efectiva esa garantía; y las que limitan el plazo previsto en la ley para que el suscriptor o usuario ponga de presente los vicios ocultos de los bienes y servicios que recibe;
- 133.19. Las que obligan al suscriptor o usuario a continuar con el contrato por más de dos años, o por un plazo superior al que autoricen las comisiones por vía general para los contratos con grandes suscriptores o usuarios; pero se permiten los contratos por término indefinido.
- 133.20. Las que suponen que las renovaciones tácitas del contrato se extienden por períodos superiores a un año;
- 133.21. Las que obligan al suscriptor o usuario a dar preaviso superior a dos meses para la terminación del contrato, salvo que haya permiso expreso de la comisión;
- 133.22. Las que obligan al suscriptor o usuario a aceptar por anticipado la cesión que la empresa haga del contrato, a no ser que en el contrato se identifique al cesionario o que se reconozca al cedido la facultad de terminar el contrato;
- 133.23. Las que obliguen al suscriptor o usuario a adoptar formalidades poco usuales o injustificadas para cumplir los actos que le corresponden respecto de la empresa o de terceros;

133.24. Las que limitan el derecho de retención que corresponda al suscriptor o usuario, derivado de la relación contractual;

133.25. Las que impidan al suscriptor o usuario compensar el valor de las obligaciones claras y actualmente exigibles que posea contra la empresa;

133.26. Cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo, tal como se enuncian en el artículo 126 de esta ley.

La presunción de abuso de la posición dominante puede desvirtuarse si se establece que las cláusulas aludidas, al considerarse en el conjunto del contrato, se encuentran equilibradas con obligaciones especiales que asume la empresa. La presunción se desvirtuará, además, en aquellos casos en que se requiera permiso expreso de la comisión para contratar una de las cláusulas a las que este artículo se refiere, y ésta lo haya dado.

Si se anula una de las cláusulas a las que se refiere este artículo, conservarán, sin embargo, su validez todas las demás que no hayan sido objeto de la misma sanción.

Cuando una comisión haya rendido concepto previo sobre un contrato de condiciones uniformes, o sobre sus modificaciones, el juez que lo estudie debe dar a ese concepto el valor de una prueba pericial firme, precisa, y debidamente fundada”.

## 2.3. DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LOS SERVICIOS DE TELEVISIÓN

Estos servicios se rigen por las Leyes 182 de 1995 y 335 de 1997; y próximamente por las regulaciones que sobre la materia expedirá la Comisión Nacional de Televisión.

## 3. RÉGIMEN ESPECIAL DE LA COMPETENCIA EN LOS SERVICIOS DE TPBC

El *régimen de competencia para los servicios de TPBC*, contenido en el Título III de la Resolución 087 de 1997 de la CRT, sustituye la derogada Resolución 036 de 1996, emitida por la misma entidad.

El Título III de la Resolución 087 de 1997, se encuentra dividido en cinco capítulos:

- Capítulo I: Disposiciones generales;
- Capítulo II: Normas de competencia relacionadas con tarifas;
- Capítulo III: Normas de competencia relacionadas con operadores y proveedores;
- Capítulo IV: Normas de competencia relacionadas con los usuarios;
- Capítulo V: Otras disposiciones.

Al redactar el Título III se trató de no repetir innecesariamente lo que ya se encuentra en la Ley 142 de 1994. La metodología de redacción consistió en utilizar las facultades de regulación de CRT para efectos de promover la libre competencia, las cuales se encuentran consagradas en los artículos 73 y 74 de la Ley 142 de 1994, con el fin de reglamentar aquellos aspectos importantes, no contemplados en la ley, en concordancia con los compromisos que, en materia de telecomunicaciones adquirió Colombia, ante la Organización Mundial del Comercio (en adelante OMC).

Otro aspecto importante en la redacción del *régimen de competencia* contenido en la Resolución 087, es el que tiene que ver con la estructura vertical del sector de las telecomunicaciones, que viene como una consecuencia de las demandas instauradas contra varias resoluciones de la CRT y que presenta unas condiciones completamente diferentes a las que se tuvieron en cuenta para la elaboración de la Resolución 036 de 1996 de la CRT.

En efecto, al revisar la citada resolución, se puede observar que se refería de manera principal a las relaciones entre el usuario y el operador, lo cual se explica en la prohibición que la CRT estaba tratando de imponer por vía reglamentaria, en contra de la integración vertical. En ese escenario era mucho más importante reglamentar las relaciones entre operadores y usuarios, que las relaciones entre los distintos operadores. En el momento actual, con un mercado integrado verticalmente, el capítulo más extenso del Título III de la Resolución 087, se refiere a las normas de competencia de tipo horizontal relacionadas con operadores y proveedores.

### 3.1. ASPECTOS GENERALES

El Capítulo I, de las Disposiciones generales, contiene las siguientes normas:

#### *3.1.1. Contenido y objeto del régimen de competencia*

De acuerdo con la Resolución 087, el *régimen especial de competencia* para los servicios de TPBC, se encuentra contenido en la Ley 142 de 1994, en las demás normas de competencia aplicables (como puede ser la Ley 256 de 1996 en materia de competencia desleal) y en la resolución 087 de 1997 de la CRT, en concordancia con los compromisos adquiridos por Colombia ante la OMC en materia de telecomunicaciones.

Los objetivos del *régimen de competencia*, son los de garantizar, promover y regular la libre competencia; el libre acceso a y la prestación de los servicios de TPBC; así como evitar el abuso de la posición dominante y proteger a los usuarios.

#### *3.1.2. Ámbito de aplicación del régimen de la competencia*

El *régimen especial de la competencia para los servicios de TPBC* tiene un ámbito de aplicación específico que se encuentra definido en el artículo 3.2. de la Resolución. Sin embargo, puede decirse que la Resolución trata de cubrir la totalidad de los eventos, situaciones, personas y cosas a las cuales debe aplicarse esta normatividad. Por esta razón el ámbito de aplicación se califica como general dentro de lo específico.

En efecto, el *régimen general de la libre competencia* (contenido de manera principal en la Ley 155 de 1959 y en el decreto 2153 de 1992) se le aplica a todo aquél que desarrolle una actividad económica. Se trata por lo tanto de una verdadera cláusula general de aplicación, a la cual solamente se le crean excepciones mediante norma legal expresa.

Este es el caso del *régimen especial de la competencia para los servicios de TPBC*, que es un régimen super especializado, ya que ni siquiera se trata de un régimen para todos los servicios públicos domiciliarios.



El régimen de competencia descrito se aplica en la siguiente forma:

- A todos los operadores de servicios de TPBC. El artículo 1.3.37 de la Resolución, define al operador como

“...la persona jurídica, pública, mixta o privada que es responsable de la gestión de un servicio de telecomunicaciones en virtud de autorización, licencia o concesión, o por ministerio de la ley”.

Por su parte, el artículo 1.3.38 de la Resolución, define al operador de TPBC como “...cualquier operador del servicio de TPBCL, TPBCLE, TPBCLD o TMR, en los términos de la Ley 142 de 1994”.

- A las redes e infraestructura necesarios para la prestación de estos servicios. Lo cual quiere decir, que aún en el caso de que la infraestructura esencial necesaria para la prestación de los servicios se encuentre en poder de una persona que no es operador de TPBC, se puede aplicar el régimen de competencia.
- A los usuarios de los servicios de telecomunicaciones.
- A las actuaciones de las autoridades públicas con jurisdicción sobre estos servicios.
- A las demás personas que presten los servicios de TPBC. Se habla de las demás personas que presten los servicios de TPBC, con el objeto de poder aplicarle la normatividad a aquellas personas que presten en forma clandestina, irregular o ilegal los servicios de TPBC, sin perjuicio de las demás sanciones aplicables, incluso las sanciones penales creadas por la nueva ley de TMC.

### *3.1.3. Principio general de libre competencia y prohibición general de incurrir en prácticas restrictivas*

El artículo 3.3. de la resolución contiene una reiteración del derecho constitucional que tienen todos los operadores de TPBC a competir

libremente en la prestación de los servicios, dentro de los límites de la Constitución, la ley y la regulación.

Como consecuencia de lo anterior, a renglón seguido el artículo reitera la prohibición de incurrir en prácticas restrictivas y desleales de la competencia, así como abusar de la posición dominante en el mercado. Esta prohibición general es concordante con la que se encuentra en el artículo 34 de la Ley 142 de 1994 y responde también al compromiso adquirido por Colombia ante la OMC, de imponer una prohibición a la realización de prácticas restrictivas de la competencia.

### *3.1.4. Evaluación de las condiciones de competencia*

El artículo 3.4. de la resolución reitera la posibilidad que tiene la CRT, de evaluar las condiciones de competencia en cualquier momento, pero además le impone la obligación de hacerlo por lo menos cada dos años, con el fin de detectar si hay barreras de ingreso a los mercados, si hay abusos de la posición dominante, conductas de competencia desleal o prácticas restrictivas, y para proteger los derechos de los usuarios.

## 3.2. NORMAS SOBRE COMPETENCIA RELACIONADAS CON TARIFAS

El Capítulo II de la resolución habla de las normas sobre competencia relacionadas con tarifas, en concordancia con el artículo 98 de la Ley 142 de 1994. Lo que se pretendía en este capítulo era muy puntual, ya que el artículo 98 de la ley consagra tres categorías de prácticas tarifarias restrictivas de la libre competencia y como se explicó atrás, la resolución trata en lo posible de no repetir conceptos ya desarrollados en la ley.

### *3.2.1. Tarifas predatorias*

Vale la pena reiterar que las prácticas predatorias, relacionadas con tarifas deberían encontrarse relacionadas en el capítulo del abuso de la posición dominante en el mercado. No se entiende que pueda haber una tarifa predatoria cuando no hay posición de dominio en el mercado.

Sin embargo, la Ley 142 de 1994, a la cual debe necesariamente ceñirse la resolución 087 de 1997 de la CRT, en una forma antitécnica, clasifica en el artículo 98 las prácticas tarifarias restrictivas de la libre competencia y en el artículo 133 las conductas de abuso de la posición dominante en el mercado.

Podría argumentarse en favor de la Ley 142 de 1994, que según el numeral 13 del artículo 14 se presume que existe posición de dominio de todo operador frente a sus usuarios; pero también hay que decir que la incongruencia señalada se mantiene, ya que el numeral 6° del artículo 34 de la Ley 142, le aplica todas las conductas de abuso de la posición dominante, a las relaciones entre operadores.

Teniendo en cuenta la anterior limitación conceptual, la resolución trató de definir prácticas tarifarias restrictivas de la libre competencia que no estuvieran ya contempladas dentro de la Ley 142 de 1994. En este caso, se habló de las tarifas predatorias, pero haciendo las siguientes precisiones:

- Se entiende que la tarifa es predatoria, cuando se cobra por debajo del costo medio variable de corto plazo.
- Se le impone una obligación a los operadores, para que calculen el costo medio variable de corto plazo.
- Se introduce el elemento subjetivo que es el que debe primar en una práctica predatoria, consistente en que la aplicación de esas tarifas tenga la intención o el efecto de eliminar a los competidores del mercado, o impedir que ingresen nuevos competidores al mismo.

### 3.2.2. *Cobro por instalaciones esenciales. Prueba de la imputación*

El tema del cobro por instalaciones esenciales y la aplicación de la prueba de imputación, es una de las grandes novedades que trae la Resolución 087 de 1997, frente a la Resolución 036.

Como se verá más adelante, el artículo 3.7 de la Resolución 087 de 1997 de la CRT, consagra la obligación de arrendamiento de instalaciones esenciales, con el objeto de garantizar mejor el cumplimiento de la

obligación de otorgar interconexión y acceso a los bienes empleados para prestación de los servicios.

La prueba de imputación se encuentra definida en el artículo 1353 de la Resolución y forma parte de los compromisos adquiridos por Colombia ante la OMC. El mencionado artículo de la Resolución dice lo siguiente:

*“1.0.1. Prueba de imputación.* Operación que sirve para comprobar la obligación que tienen los operadores de TPBC de que la tarifa impuesta por la utilización de una instalación esencial, sea igual a la tarifa que se imputaría a sí mismo el proveedor por el uso de la instalación”.

La prueba de imputación consiste en que el operador que es dueño o tiene bajo su poder las instalaciones esenciales, no puede cobrarle a otro operador por el uso de las mismas, más de lo que se cobra a sí mismo por tal concepto.

Es una idea similar a lo que en economía se conoce como transacciones implícitas: por el hecho de que el agricultor consuma las zanahorias que él mismo ha cultivado, no quiere decir que no le hayan costado nada; por el contrario, lo cierto es que al consumir las zanahorias se ha producido una operación de contenido económico, ya que el agricultor tuvo que utilizar su tierra, su tiempo, sus semillas, etc. El hecho que no haya pagado dinero no quiere decir que no le hayan costado.

El operador que tiene bajo su poder las instalaciones esenciales, causa un costo cada vez que las utiliza, incurre una transacción implícita. Lo que la norma le está indicando a ese operador, es que no puede cobrarle al otro operador que le está pidiendo el uso de sus instalaciones esenciales, más de lo que se cobra a sí mismo por el mismo uso.

Lo anterior tiene sentido, porque si se permitiera un cobro mayor, el operador propietario de las instalaciones esenciales podría impedir que sus competidores ofrecieran un precio mejor al usuario por la prestación del servicio final para el cual se requiere el uso de la instalación esencial, (debe tenerse en cuenta que está prohibido ofrecer tarifas que no cubran los costos).

En ausencia de esta norma, el operador dueño de la instalación esencial tendría la tentación de cobrar cifras muy elevadas por el uso de dicha instalación, de tal manera que sus competidores nunca pudieran bajar las tarifas lo suficiente para competir. Mientras tanto, el mencionado operador, podría sostener que para él el uso de la instalación

esencial no tiene costo alguno, debido a que es de su propiedad y se encuentra totalmente depreciada y amortizada.

Frente a esta potencial situación de desequilibrio, máxime en mercados que eran controlados en forma monopolística, el derecho de la competencia, indica que para efectos competitivos el bien no se encuentra depreciado, ya que la infraestructura siempre debe ser repuesta, lo cual tiene un costo que el dueño tiene que aplicarle a su propia operación.

La resolución no entra en el detalle de establecer la forma en que se deben realizar estos cálculos, tarea que queda en manos de la CRT, la cual entrará a definir en cada caso si se está violando la prueba de la imputación o no.

La prueba de imputación es un principio que se está utilizando en muchas legislaciones del mundo hoy en día, es una novedad en nuestro régimen jurídico y en mi opinión, resulta de la mayor importancia para mantener las condiciones de libre competencia, sobre todo cuando hay operadores establecidos que son los propietarios de la mayor parte de la infraestructura.

### 3.3. NORMAS SOBRE COMPETENCIA RELACIONADAS CON OPERADORES Y PROVEEDORES

Estas normas se encuentran contenidas en el capítulo 3º del título de Libre competencia. No sorprende que éste sea el capítulo más denso del título, en un ambiente jurídico que permite la integración vertical.

#### 3.3.1. Prohibición a los acuerdos anticompetitivos

El artículo 3.6. contiene una prohibición general a la realización de acuerdos que afecten la libre competencia, sirvan para fijar tarifas, o para establecer tarifas por encima de los niveles que se presentarían en condiciones de libre competencia.

Existe una disposición similar a esta en el artículo 34.3. de la Ley 142 de 1994 que prohíbe:

“Los acuerdos con otras empresas para repartirse cuotas o clases de servicios, o para establecer tarifas, creando restricciones de oferta o elevando las tarifas por encima de lo que ocurriría en condiciones de competencia”.

Adicionalmente, el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, se refiere a “las prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, y a mantener o determinar precios inequitativos”. Por su parte, el numeral 1° del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, se refiere a los acuerdos de fijación directa o indirecta de precios, sin importar que se fijen arriba o abajo del precio en condiciones de competencia.

Por último, el artículo 34.4. de la Ley 142 de 1994, se refiere a los acuerdos para lograr la colusión en licitaciones públicas.

### 3.3.2. *Arrendamiento y acceso a instalaciones esenciales*

La obligación de arrendar y dar acceso a instalaciones esenciales hace parte de los compromisos adquiridos por Colombia ante la OMC. Adicionalmente y como lo había anotado atrás, esta obligación es indispensable para garantizar el ambiente de libre competencia en telecomunicaciones, que solamente se logra mediante el cumplimiento de la obligación de otorgar interconexión y acceso a los bienes empleados para la prestación de los servicios, en especial las instalaciones esenciales.

De acuerdo con el artículo 3.7. de la resolución, la posibilidad de utilizar las instalaciones esenciales se otorgará en forma oportuna, a tarifas basadas en los costos de un operador eficiente en el mercado colombiano en el momento en el que se está prestando la instalación esencial.

“Asimismo, las tarifas que se cobren por el uso de dichas instalaciones serán transparentes, razonables, no discriminatorias, y estarán suficientemente desagregadas, de tal manera que el operador no deba pagar por componentes o instalaciones de la red que no necesite para el suministro del servicio”.

Lo anterior quiere decir que no se permiten las cláusulas atadas (en inglés *tying*) en el arrendamiento de instalaciones esenciales, con el objeto de evitar los abusos por parte de los propietarios de la infraestructura.

De conformidad con el párrafo del artículo 3.7. de la resolución, se consideran instalaciones esenciales, entre otras las siguientes facilidades:

- “La conmutación de todo operador de TPBCL, TPBCLE y TMR, incluyendo la conmutación tándem, troncales entre conmutadores y los elementos verticales tales como la identificación de llamadas (“*Caller ID*”) y la remisión de llamadas (“*Call Forwarding*”).
- Los sistemas de señalización y bases de datos que se requieran para la interconexión de redes.
- Los servicios de directorio telefónico y de información por operadora.
- Los sistemas de apoyo operacional, para facilitar la instalación, provisión y mantenimiento de la red.
- La información necesaria para realizar los procesos de facturación en un medio magnético idóneo.
- Las obras civiles, torres y generadores de energía”.

### 3.3.3. *Tratamiento discriminatorio a otros operadores de TPBC*

El artículo 3.8. de la resolución se refiere en primer lugar a la prohibición de discriminar contra otros operadores, y adicionalmente a la prohibición de favorecerse a sí mismo, para lo cual se utiliza el criterio del “beneficiario real”, lo cual quiere decir que el operador no puede favorecerse a sí mismo, a sus matrices, a sus filiales, a las subordinadas de las matrices y a las empresas en las cuales sea socio.

Se prohíbe también el tratamiento diferencial no justificado, en los términos del artículo 34 de la Ley 142 de 1994. Se considera que hay un tratamiento discriminatorio, cuando hay una preferencia injustificada en uso de instalaciones esenciales, o cuando se aplican diferencias que no responden a un costo en la prestación del servicio.

### 3.3.4. *Uso indebido de información de competidores*

Se considera que hay uso indebido de información de competidores, cuando un operador que provee a otras instalaciones esenciales utiliza la

información a que tuvo acceso por tal motivo, con el fin de obtener una ventaja competitiva.

Lo anterior, sin perjuicio de otros tipos de infracción que se pueden presentar en el manejo de información, tales como la *violación de secretos* que es una conducta de competencia desleal prohibida por la Ley 256 de 1996, y el *uso indebido de información privilegiada* que es un delito tipificado en el llamado “Estatuto anticorrupción” e incluido en el Código Penal.

Lo anterior no quiere decir que los operadores de servicios de TPBC no puedan realizar investigaciones y estudios que les permitan disponer de información sobre sus competidores, siempre que esa información sea obtenida por medios lícitos.

### 3.3.5. *Creación de una división para la prestación de servicios a otros operadores de TPBC*

Con el objeto de garantizar la transparencia en la utilización de instalaciones esenciales por parte de los operadores que poseen dicha infraestructura, el artículo 3.10. de la resolución obliga a los operadores de TPBC a crear una división administrativa que tenga suficiente autonomía y que procure la prestación de las instalaciones esenciales a otros operadores en condiciones de transparencia, objetividad, equidad e igualdad.

### 3.3.6. *Autorización para la administración común*

El artículo 3.11 de la resolución establece una excepción al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para el sector real de la economía en los artículos 5, 6 y 7 de la Ley 155 de 1959 y en el Código de Comercio.

En efecto, por regla general, debería ser imposible para los directores y/o administradores de un operador de TPBC, servirle a otro, ya que con ello se violaría el deber fiduciario de lealtad al que están sometidos los administradores de las sociedades, además de las normas específicas ya mencionadas y el régimen de los conflictos de interés que introdujo al Código de Comercio, la Ley 222 de 1995.

A este respecto el artículo mencionado de la Resolución 087 establece que pueden tener una administración común aquellos operadores que



presten servicios en distintos mercados, aunque la CRT mantiene la capacidad de revisar los casos de administración común y de prohibir o de pedir que se retire algún director, cuando a su juicio porque se presente un conflicto de interés. Asimismo, los operadores de TPBC, tienen la obligación de informarle a la CRT que se van a utilizar administradores comunes.

### *3.3.7. Ocultamiento de información*

En cumplimiento de los compromisos asumidos por Colombia ante la OMC, el artículo 3.12 de la resolución le impone a los operadores de TPBC, la obligación de poner a disposición de los otros operadores la información sobre las instalaciones esenciales y la otra información comercial que sea relevante y que sea necesaria para la prestación de los servicios.

### *3.3.8. Control de fusiones e integraciones*

El artículo 3.13., al estilo del artículo 4° de la Ley 155 de 1959, en concordancia con el artículo 51 del decreto 2153 de 1992, le impone a los operadores de TPBC, la obligación de informarle a la CRT de todas las operaciones que vayan a realizar con el objeto de fusionarse, consolidarse, integrarse o tomar el control de otros operadores de TPBC, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión, integración o toma de control. La CRT podrá objetar dichas operaciones cuando resulten restrictivas de la competencia.

Aunque esta función no aparece asignada de manera específica a la CRT en la Ley 142 de 1994, se considera que cabe dentro de las facultades generales que a dicha entidad se le otorgan con el objeto de promover la competencia.

### *3.3.9. Portabilidad numérica*

El artículo 3.14 de la resolución le impone a los operadores de TPBC la obligación de ofrecer portabilidad numérica cuando ello sea posible y en todo caso antes del 31 de diciembre de 1999.

La portabilidad numérica se encuentra definida en el artículo 1.3.46., como:

“...el servicio mediante el cual un usuario de TPBC puede mantener el mismo número o identificación telefónica aun cuando cambie de operador o de domicilio”.

Este servicio incluye los casos de los números 800, o sea cuando el receptor de la llamada es el que la paga; y de los, números 900, que se utiliza cuando quien llama acepta pagar una tarifa especial, como sucede en los casos consultas a los astrólogos, etc.

También dice el artículo 3.14., que se podrá crear una entidad independiente para coordinar lo referente a la portabilidad numérica: no es una obligación, sino una posibilidad que ofrece la regulación.

### *3.3.10. Derecho a instalar teléfonos públicos*

De acuerdo con el artículo 3.15. de la resolución, todos los operadores de TPBC tienen derecho a instalar teléfonos públicos, respetando las normas sobre uso del espacio público.

Cuando el operador que instale el teléfono público no sea un operador de TPBCLD, se debe respetar el servicio del multiacceso, con el fin de preservar la libre competencia en la prestación de dicho servicio. Pero con el fin de promover la instalación de teléfonos públicos, no existe obligación de ofrecer multiacceso cuando quien instala el teléfono es un operador de TPBCL, TPBCLE o TMR.

## 3.4. NORMAS DE COMPETENCIA RELACIONADAS CON LOS USUARIOS

Durante la redacción de la Resolución 087 de 1997, se discutió si el capítulo de las normas de competencia relacionadas con los usuarios debía incluirse más bien en el Título VII relacionado con la protección de los usuarios. Sin embargo, de haberse aplicado ese criterio de manera uniforme a toda la Resolución, se habría eliminado el título de la competencia, puesto que las prácticas tarifarias se habrían llevado al título de las tarifas, otras normas al título de interconexión, etc.

Por lo anterior, se tomo la decisión de mantener la unidad del título de Competencia y llevar a el todos los asuntos relacionados con la materia.

### *3.4.1. Restricciones al empaquetamiento de servicios*

Al interior del grupo de redacción de la Resolución 087, había personas que se oponían a que se permitiera el empaquetamiento de servicios. Finalmente se logró un acuerdo para permitir la competencia a través del empaquetamiento, pero con ciertas restricciones, que consisten en que sólo se puede ofrecer empaquetamiento de servicios cuando hay libre competencia, o sea, cuando hay por lo menos otro operador que puede ofrecer el mismo servicio. Adicionalmente se le imponen al operador que está empaquetando las siguientes obligaciones:

“3.0.1. Prestar los servicios de TPBC que se empaquetan en forma desagregada a cualquier usuario que así lo solicite;

3.0.2. Cuando los operadores ofrezcan la opción de adquirir servicios empaquetados, ello constará en el contrato de condiciones uniformes que se ofrezca a los usuarios;

3.0.3. Prestar los servicios de TPBC que se empaquetan en forma desagregada a cualquier operador de TPBC, el cual podrá comercializar cualquier componente de dicho paquete;

3.0.4. Respetar el principio de multiacceso del servicio de TPBCLD;

3.0.5. Ser consistente con la prueba de imputación definida en la regulación”.

### *3.4.2. Separación en cargos de facturación*

El artículo 3.17 de la resolución, impone a los operadores de TPBC, la obligación de separar los cargos de facturación, en los servicios de TPBC. Esta medida tiene un claro objetivo de protección al usuario de posibles abusos en la facturación.

### *3.4.3. Equipos terminales*

El artículo 3.18. le otorga a los usuarios el derecho a escoger libremente los equipos terminales. Esta es una norma muy conocida que fue introducida en la Ley 37 de 1993 sobre TMC, por medio de la cual se le prohíbe a los operadores realizar ventas atadas o abusar de su posición de dominio en la venta de terminales.

Los equipos solamente tienen que estar homologados por el Ministerio de Comunicaciones. De resto ningún operador puede imponerle a un usuario que tiene que comprar un determinado equipo, o que se lo tiene que comprar a un determinado comercializador de equipos.

## 3.5. OTRAS DISPOSICIONES

### *3.5.1. Información para el inicio de investigaciones*

El artículo 3.19. impone a la CRT la obligación de informarle a las autoridades administrativas, sobre las conductas de los funcionarios públicos que con su acción u omisión restrinjan la libre competencia o favorezcan la formación o permanencia de monopolios de hecho.

## EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL RÉGIMEN GENERAL DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS

### 1. INTRODUCCIÓN

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

En la mayor parte de estos países se presentó una primera expresión normativa del derecho de la competencia en los años cincuenta y sesenta, como una reacción a la normatividad sobre la materia en el Tratado de Roma y en los Estados Unidos de América.

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

Fue solamente hasta el final de los años ochenta y durante la década de los noventa, que nuestros países hicieron una nueva aproximación al derecho de la competencia, dictando normas y estableciendo o reestructurando sus autoridades de la competencia, como una consecuencia lógica de la apertura económica y el proceso gradual pero continuo de internacionalización de la economía<sup>1</sup>.

---

1 Así, hemos visto en Colombia la reestructuración de la Superintendencia de Industria y Comercio, en Venezuela la formación de PROCOMPETENCIA, el INDECOPI en Perú, la nueva Ley de Competencia en Panamá, Argentina, Chile, etc.

En Colombia esta nueva etapa comenzó con la expedición del decreto 2153 de 1992, por medio del cual se reestructuró la Superintendencia de Industria y Comercio en adelante (SIC), se dictaron nuevas normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas y se crearon tres nuevas dependencias dentro de la SIC: la Superintendencia Delegada para la Promoción de la Competencia, la División de Promoción de la Competencia y el Consejo Asesor del superintendente en materias de competencia.

Según el artículo 4º del decreto 1050 de 1968, las superintendencias son organismos adscritos a un ministerio que, dentro de los límites de la autonomía administrativa, financiera y presupuestal que la ley les señala, ejercen algunas funciones que pertenecen al presidente de la República como suprema autoridad administrativa, y las que la ley de creación o reorganización les confiere.

La Superintendencia de Industria y Comercio cumple una función de alta policía administrativa, cuyo objetivo general es la protección del orden público económico<sup>2</sup>. Por esta razón, en las investigaciones de carácter administrativo que adelanta la SIC, se traba una relación jurídico procesal entre la autoridad y el investigado solamente; el denunciante no es parte dentro de la investigación.

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

---

2 Los objetivos específicos de la actuación de la SIC, se encuentran descritos en el artículo 2º del decreto 2153 de 1992, el cual establece que las actuaciones de la SIC se realizan para:

“alcanzar, en particular, las no finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional, que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios, que las empresas puedan participar libremente en los mercados, y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios”.

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

En relación con el aspecto teleológico del derecho de la competencia, puede consultarse mi artículo, “El derecho de la competencia en Colombia” *Revista de Derecho Económico* número 9. 1989. Ediciones Librería El Profesional, página 53 y sigs.

Las sanciones que impone la SIC consisten en la prohibición de realizar las conductas anticompetitivas y la imposición de multas en favor del tesoro nacional. En ningún momento la SIC declara o determina la existencia de perjuicios, ni mucho menos condena al infractor al resarcimiento de los mismos en favor del perjudicado. Todas estas características distinguen el régimen de las prácticas restrictivas de la competencia del de la competencia desleal, en el cual se traba un litigio judicial, dentro del que demandante y demandado son partes en un proceso abreviado que puede concluir en una condena de perjuicios, pero no me detendré sobre este punto, que será expuesto en detalle por el doctor Gabriel Ibarra<sup>3</sup>.

Aunque la consolidación de esta nueva etapa en la aplicación del derecho de la competencia a la cual me referí atrás, ha sido bastante lenta en Colombia, la SIC ya ha resuelto alrededor de cuarenta casos, en los cuales ha sentado algunas doctrinas importantes, que sin lugar a

---

3 En relación con las diferencias que existen entre el régimen de la competencia desleal y el de las prácticas restrictivas de la competencia, puede verse mi artículo "Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado", Pontificia Universidad Javeriana. *Seminarios* 5. 2ª edición. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia —CEDEC—, págs. 23 y 24.

El Consejo de Estado se ha pronunciado en cuanto a las diferencias entre las prácticas restrictivas de la competencia y la competencia desleal, por medio del concepto del 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 aquélla, 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*". (Cursivas fuera de texto).

dudas van formando el cuerpo doctrinario de la entidad y la política estatal de la libre competencia en Colombia<sup>4</sup>.

Hasta el momento la SIC, como sucede en muchas partes del mundo, ha adoptado una metodología persuasiva, por medio de la cual ha logrado que los investigados modifiquen sus conductas y ofrezcan garantías, sin necesidad de imponer para el efecto sanciones. Sin embargo, esta metodología está empezando a cambiar: aunque la SIC no ha impuesto todavía sanciones, en los últimos meses se ha negado varias veces a aceptar las garantías ofrecidas por los investigados, lo cual indica claramente un viraje hacia la aplicación de sanciones<sup>5</sup>.

4 Aunque no comparto muchas de las posiciones que ha adoptado la SIC en la resolución de sus casos, considero importante que se avance de manera decidida y rápida en la decisión de éstos y en la expresión de las posiciones y doctrinas de la competencia. Algunas de las más importantes se encuentran contenidas en la decisión de PAVCO, la de ICOLLANTAS, la de los celulares, la de FERROVÍAS, las de los médicos, la de FONANDE, las de los fabricantes de automóviles, etc.

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

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

Este caso fue decidido por la SIC mediante Resolución N° 0843 de 1994, por medio de la cual se aceptaron las garantías propuestas por los investigados.

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

Las garantías que la Superintendencia consideró suficientes para dar por terminada la investigación, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, consistieron de manera principal en la modificación de algunas cláusulas del contrato de distribución y en la promesa de modificar su conducta de tal manera que se respetaran las normas que se consideraron violadas al abrir la investigación.

2. Caso de la TELEFONÍA MÓVIL CELULAR. La Superintendencia abrió investigación contra CELUMOVIL S.A. y COMCEL S.A., por realizar acuerdos de fijación de precios y abuso de la posición dominante por aplicación de condiciones discriminatorias a situaciones equivalentes.

Este caso fue decidido por la SIC mediante Resolución N° 1736 de 1995, por medio de la cual se aceptaron las garantías propuestas por los investigados.

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

Las garantías que la Superintendencia consideró suficientes para dar por terminada la investigación, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, consistieron en comprometerse a eliminar cualquier tipo de discriminación frente a los usuarios y abstenerse de fijar precios.

En efecto, en el considerando sexto de la Resolución 1736 de 1995, se establece:



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

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

---

“Que las sociedades se comprometen a eliminar cualquier presunto tipo de discriminación tarifaria para con los usuarios del servicio de telefonía móvil celular en la zona oriental del país en los términos expresados en el considerando cuarto de la presente resolución”.

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

3. *Caso de los fabricantes de automóviles.* La Superintendencia abrió investigación contra la CCA, la General Motors, SOFASA S.A., y las redes de concesionarios de las empresas mencionadas, acusándolas de fijación vertical de precios y la imposición de cláusulas atadas.

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

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

Las garantías que la Superintendencia consideró suficientes para dar por terminada la investigación, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, consistieron en la modificación de algunas cláusulas del contrato de concesión y en la promesa de modificar su conducta de tal manera que se respetaran las normas que se consideraron violadas al abrir la investigación.

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

Este caso fue decidido por la SIC mediante Resolución N° 523 de 1997, por medio de la cual se aceptaron las garantías propuestas por los investigados.

- Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del día 24 de mayo de 1989, en la cual frente a una consulta del ministro de Desarrollo, el Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Jaime Paredes Tamayo, dio su opinión sobre el régimen jurídico aplicable a las prácticas restrictivas de la competencia y a las prácticas de competencia desleal.
- Sentencia del Consejo de Estado del día 20 de febrero de 1997, por la cual el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, se abstuvo de declarar la nulidad del acto administrativo por medio del cual la SIC decidió no abrir investigación por la presunta violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en la celebración del “Convenio marco para la absorción y el suministro de la producción nacional del aceite de palma africana”.

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

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

El presente documento constituye un esfuerzo preliminar de aproximación académica al complejo tema del control jurisdiccional de los

---

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

Las garantías que la Superintendencia consideró suficientes para dar por terminada la investigación, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, fue la modificación de algunas cláusulas del contrato.

En efecto, el presidente de la Empresa Colombiana de Vías Férreas —FERROVÍAS— ofreció como garantía:

“la renegociación de las cláusulas litigiosas por parte de FERROVÍAS y la Drummond y presentó un proyecto cuyo contenido prevee modificar y suprimir los apartes de las cláusulas 3ª, numeral 3.19 y 8ª, numeral 8.10 objeto de investigación, para lo cual requieren un plazo hasta el 23 de mayo de 1997”.

procedimientos administrativos que debe adelantar la SIC en desarrollo de su actividad de promoción de la competencia y control de las prácticas comerciales restrictivas. Aborda por lo tanto el tema del control jurisdiccional de lo que he llamado el *régimen general de la libre competencia*<sup>6</sup> (contenido en La Ley 155 de 1959, el decreto 2153 de 1992, la Ley 256 de 1996 y normas complementarias<sup>7</sup>), pero no se refiere a los regímenes especiales de libre competencia, tales como el de los servicios públicos domiciliarios, puertos y sistema financiero y asegurador, los cuales se encuentran contenidos en normas y sometidos a autoridades diferentes a las del *régimen general*<sup>8</sup>.

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

---

6 Al respecto puede consultarse mi artículo "El régimen general de la libre competencia. Características principales", presentado dentro del marco del II Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial organizado por La Cámara de Comercio de Santa Fe de Bogotá, la SIC y diversas entidades y universidades incluyendo el CEDEC.

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

8 En relación con la problemática de la proliferación normativa y de la multiplicidad de autoridades para la aplicación de las políticas de competencia, puede consultarse mi artículo "Presente y futuro del derecho de la competencia en Colombia". *Revista de Derecho* N° 3. Universidad del Norte. Barranquilla, 1994, págs. 80 y 81.

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

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

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

- Control judicial de las actuaciones administrativas, el cual se surte ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
- Acciones de nulidad de los actos restrictivos de la libre competencia y/o de indemnización de los perjuicios ocasionados por tales actos, las cuales se surten ante la jurisdicción ordinaria.
- Solicitud de insistencia ante los tribunales administrativos, en caso de discrepancias relacionadas con el carácter de reservado de los expedientes que adelanta la SIC.
- Acción de tutela, en aquellos casos en los cuales las violaciones del derecho de la competencia comportan además la violación de derechos fundamentales protegidos en la Constitución Política. Esta acción se ejerce ante los jueces<sup>9</sup>.
- Acción de Cumplimiento, principalmente para aquellos casos en los cuales la autoridad de la competencia se niegue a darle cumplimien-

---

<sup>9</sup> La Sala de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñóz, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la acción de tutela en relación con el tema del derecho de la competencia, mediante sentencia T-375 de 1997, donde dejó claro que el derecho de la competencia es un derecho económico, que no es un derecho fundamental y que por lo tanto no es tutelable. No obstante lo anterior, encontró dicha corporación, que si bien el derecho de competencia no es considerado como derecho fundamental, en el evento de que a través de la violación de aquél se llegue a vulnerar un derecho constitucional fundamental, la acción de tutela será procedente. Así, en el caso referido, un trabajador independiente que gestionaba una microempresa dedicada a la fabricación de velas, la cual constituía su única fuente de sustento, solicitó y obtuvo la protección de la Corte, con el objeto de que su fábrica no fuera destruida como consecuencia de un acto deliberado de un particular vendedor de parafina, quien pretendía acallar un legítimo reclamo que había hecho el empresario sobre las condiciones justas que debían presidir las relaciones comerciales que ofrecía al público aquel particular, consistentes en la discrepancia entre lo vendido realmente y el peso en el material estipulado, apelando el vendedor a una abstención de trato sólo discernible como injusta retaliación, retaliación que en tal oportunidad se manifestó en la abstención de venderle la parafina. En esta oportunidad la Corte consideró que la negativa unilateral a contratar constituía un acto de abuso de la posición dominante en el mercado que se traducía en una flagrante violación de los derechos constitucionales a la igualdad y al trabajo, los cuales finalmente tuteló, como consecuencia de lo cual el vendedor se vio obligado a reanudar la venta de la parafina.

to a la ley. Para el caso de la SIC, este tipo de acciones se interponen ante la jurisdicción contencioso administrativa.

## 2. CONTROL DE LAS ACTUACIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO ANTE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

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

### 2.1. OBJETIVO DEL CONTROL JURISDICCIONAL

El objetivo del control jurisdiccional está definido por la misma *codificación contencioso administrativa*. En efecto, el artículo 12 del decreto 2304 de 1989, que subrogó el artículo 82 del CCA, establece que:

“la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida por la Constitución para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas”.

### 2.2. COMPETENCIA

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

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

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

### 2.3. PROCEDENCIA

Uno de los requisitos que exige nuestro derecho administrativo para que contra un acto administrativo se pueda ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es el agotamiento de la vía gubernativa (artículo 135 del CCA)<sup>10</sup>.

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

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

Sin embargo, cuando los particulares decidan interponer el recurso de reposición frente a las decisiones de la SIC, deberán tener en cuenta que en la demanda no pueden presentarse hechos nuevos no alegados en la vía gubernativa, aunque sí puedan presentarse nuevos argumentos de derecho en el debate jurisdiccional. Así lo ha manifestado el Consejo de

---

10 Sánchez, Carlos Ariel. *Teoría general del acto administrativo*, pág. 348.

Estado, Sección Cuarta, en sentencia de junio 20 de 1986. De igual forma, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo dijo en sentencia de Sala Plena del día 6 de agosto de 1990, con ponencia de la magistrada María Clara de Castro, que debe existir identidad entre las pretensiones de la demanda y las propuestas en la vía gubernativa.

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

## 2.4. TRÁMITE

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

- Los impedimentos y recusaciones son los mismos y se tramitan en igual forma que los señalados en el artículo 142 del CPC.
- Las nulidades son las que consagra el artículo 152 del CPC y se proponen y deciden como lo previene dicha codificación
- El régimen probatorio del CPC, para lo cual se entienden dentro de dicho término los diferentes medio de prueba (en cuanto resulten compatibles con el CCA), su admisibilidad, la forma de practicarlas y los criterios de valoración, se aplican en el contencioso administrativo, como lo establece el artículo 168 CCA.
- El procedimiento señalado para las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho es el ordinario.
- Las cuestiones accesorias —incidentes— que se presenten dentro del proceso, se decidirán según lo dispone el artículo 167 del CPC siempre que el CCA así lo autorice.
- Las personas que demanden la simple nulidad o la nulidad y el restablecimiento del derecho de los actos administrativos proferidos

por la SIC, deberán tener en cuenta en todo caso, que en el procedimiento administrativo no existen las excepciones previas, cuyo objeto es sanear el procedimiento.

- En los términos del artículo 164 del CCA, “Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión”. En el procedimiento administrativo todas las excepciones son de fondo, es decir, que todas deben referirse al fondo del asunto y no a los aspectos formales del mismo. El evitar las nulidades dependerá del juez, quien deberá disponer las medidas de saneamiento pertinentes<sup>11</sup>.
- El demandante puede solicitar la suspensión provicional del acto administrativo, siempre y cuando dicha solicitud cumpla con los requisitos establecidos por el artículo 150 del CCA. que son los siguientes:
  1. “Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.
  2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.
  3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor”.
- De acuerdo con lo establecido por el Consejo de Estado en sentencia del 11 de octubre de 1996 de la Sección Cuarta, para obtener la suspensión provicional de los actos administrativos demandados la infracción de las disposiciones invocadas como fundamento de la suspensión debe ser manifiesta, es decir, “que salte a la vista y se pueda percibir a través de la comparación sencilla de la norma acusada y la norma superior de derecho que se alega como desconocida”.

---

<sup>11</sup> Echeverry Marulanda, Maximiliano. *Comentarios al Código Contencioso Administrativo*, Medellín, 1984, pág. 139.



- La sentencia que establezca dentro de la condena el pago de una suma de dinero, deberá ajustar el monto de dicha suma tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor (artículo 178 del CCA). Las cantidades líquidas reconocidas en sentencias que condenen a la nación devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término.
- La sentencia que declara la nulidad de un acto tiene efectos retroactivos. En caso de que el acto anulado hubiera alcanzado a producir efectos “corresponderá al juez dar directivas a la administración sobre la forma de restablecer la situación anterior a la norma anulada”<sup>12</sup>.

## 2.5. ACCIONES ADMINISTRATIVAS APLICABLES.

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

### 2.5.1. Acción de nulidad

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

De acuerdo con el artículo 14 del decreto 2304 de 1989, que subrogó el artículo 84 del CCA, la acción de nulidad procede en los siguientes casos:

- a. Cuando los actos administrativos infringen las normas en que deberían fundarse. Esta violación del acto administrativo, respecto de una norma de carácter superior, ha sido clasificada por la doctrina así:<sup>13</sup>

---

12 Rodríguez, Libardo. *Derecho administrativo general y colombiano*, Temis, 1984, pág. 206.

13 Younes Moreno, Diego *Curso de derecho administrativo*, pág. 168.

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

pretermitidas deben ser sustanciales, en otros términos, deben realmente obedecer a alguna garantía, y no ser meramente accidentales.

d. En caso de falsa motivación, bien sea por ausencia de motivos previstos en la ley para que el acto se pueda expedir, por inexistencia de los motivos invocados, o por no tener suficiente trascendencia como para que se produzca el acto, puede obtenerse la anulación. La falsa motivación se distingue de la equivocada interpretación de la ley, puesto que aquélla se origina en las circunstancias fácticas que preceden o provocan las decisiones administrativas, mientras que la equivocada interpretación de la ley hace referencia al error en la determinación del sentido, propósito y alcance de la misma.

e. Es anulable el acto emitido con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo expidió. Esta causal se presenta cuando la administración utiliza una facultad otorgada por la ley, persiguiendo un fin distinto de aquél que se pretendía. Es decir, cuando no busca el bien común o el servicio público, sino la satisfacción de un interés particular propio o de un tercero. Puede ocurrir entonces cuando se satisface primordialmente un propósito privado o político, o cuando el fin es el de perjudicar a un tercero o el de favorecer intereses generales diversos de los que inspiraron al legislador.

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

La acción de nulidad procede no solo contra los actos de carácter general, sino también de contra los de carácter particular que señale la ley, contra los cuales podrá recurrir cualquier tercero<sup>14</sup>. Cuando el demandante de un acto de contenido patrimonial pretenda el restablecimiento de un derecho subjetivo, la acción apropiada es la de nulidad y restablecimiento del derecho.

---

14 Véase sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 18 de abril de 1996 expediente 9899, magistrado ponente Carlos Betancur Jaramillo.

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

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

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

En el evento que se declare la nulidad del acto, las cosas se retrotraerán al estado en que se encontraban a la expedición del mismo. Eventualmente y dependiendo de las causas por las cuales se haya declarado la nulidad, la SIC podrá repetir la investigación, saneando los vicios señalados por el juez. En relación con esto el artículo 175 del CCA establece que

“La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada *erga omnes*. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada *erga omnes* pero sólo en relación con la *causa petendi* juzgada”.

### 2.5.2. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

De conformidad con el artículo 85 del CCA, subrogado por el artículo 15 del decreto 2304 de 1989,

“toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá pedir que se le repare el daño”.

Esta acción puede presentarse por cualquiera de las causales señaladas para la acción de nulidad, pero exige para prosperar, que la persona

que la ejerce se crea lesionada en un derecho suyo, amparado por una norma jurídica.

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

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

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

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

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

En este caso el Consejo de Estado decidió que el acto administrativo demandado no era nulo, entre otras razones porque la investigación adelantada de manera razonable por la SIC concluyó que este tipo de acuerdos constituían una forma de intervención del Estado en la economía tendiente a estabilizar un sector básico de la economía nacional y estaban amparados por el parágrafo del artículo 1° de la Ley 155 de 1959, en concordancia con el artículo 1° del decreto 1302 de 1964.

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

- De acuerdo con el artículo 170 del CCA, subrogado por el artículo 34 del decreto 2304 de 1989,

“Para restablecer el derecho particular, los organismos de lo contencioso administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en lugar de las acusadas, y modificar o reformar éstas”.

- Según el inciso 2º del artículo 175 del CCA, la sentencia “proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor”.
- De conformidad con lo anterior, cuando el juez administrativo encuentre por ejemplo que una decisión de la SIC es nula, podrá proceder a sustituirla por una diferente. En este caso, el juez entra por ministerio de la ley a ejercer las funciones de autoridad de la competencia y podrá clasificar nuevamente una conducta anticompetitiva, modificar las multas y las órdenes que se hayan impartido al cerrar la investigación, etc.
- Naturalmente que no podrá el juez imponer conductas o multas a quien no haya estado vinculado al proceso, pero podría ordenar que se adelantara otra investigación sobre personas o actos diferentes a los analizados en el proceso, cuando ello tienda al restablecimiento del derecho.
- Como la decisión de la SIC no versa sobre la protección de los derechos patrimoniales de los perjudicados por los actos anticompetitivos, la sentencia del juez administrativo tampoco podrá recaer sobre dicha materia, la cual deberá ser debatida por los interesados ante la jurisdicción civil.
- Sin embargo, el restablecimiento del derecho sí puede referirse a la expedición de órdenes a los investigados, relacionadas con la realización de conductas por acción u omisión, de tal manera que se preserve el derecho de la competencia.

### 3. ACTUACIONES DE LOS PARTICULARES ANTE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA O CIVIL

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

#### 3.1. CLASE DE ACCIONES

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

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

#### 3.2. NULIDAD DE LOS ACTOS ANTICOMPETITIVOS

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

Por su parte, el artículo 46 del decreto 2153 de 1992 establece que:

“en los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito”.

La declaratoria de nulidad de los actos jurídicos contrarios a la libre competencia corresponde al juez civil, el cual la declarará cuando se encuentre acreditado dentro del expediente por parte de la SIC y/o del

juez administrativo según sea el caso, que los actos jurídicos acusados violan las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

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

### 3.3. PREJUDICIALIDAD

De acuerdo con el inciso 1° del numeral 2° del artículo 170 del CPC, un proceso podrá ser suspendido

“cuando la sentencia que deba dictarse en un proceso, dependa de lo que deba decidirse en otro proceso civil que verse sobre cuestión que no sea procedente resolver en el primero, o de un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente de resultado de un proceso contencioso administrativo, salvo lo dispuesto en los Códigos Civiles y de Comercio y en cualquier otra ley”.

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

Al respecto anota el tratadista Hernán Fabio López Blanco, que:

“cuando la determinación que se debe tomar en un proceso civil depende de otra ya sea de carácter administrativo, penal, civil o aun laboral, nos encontramos frente a las cuestiones prejudiciales, en virtud de las cuales la decisión que ha de dictarse en un proceso queda en suspenso mientras en el otro se resuelve el punto que tiene directa incidencia sobre el fallo que se debe proferir, o en otros términos, cuando el pronunciamiento judicial previo en proceso diverso resulta condicionante del sentido de la determinación que deba tomar el juez civil”<sup>15</sup>.

---

15 López, Hernán Fabio *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, Editorial ABC, Bogotá, tomo I, pág. 759.



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

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

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

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

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

Si es del caso, esta acción de derecho común puede ser introducida simultáneamente con una formulación de demanda del Consejo, o después de una decisión tomada por éste sobre los mismos hechos<sup>16</sup>.

---

16 Boutard, Marie Chantal. "Las jurisdicciones de derecho común y la jurisdicción arbitral de la competencia" en la publicación *Derecho de la competencia*. Superintendencia de Industria y Comercio y Biblioteca Millennium, pág. 296.

# ANOTACIONES SOBRE EL DERECHO ANTIMONOPOLÍSTICO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA<sup>1</sup>

## 1. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN NORMATIVA

Es indudable que el derecho antimonopolístico, tal como lo conocemos hoy en día, surgió y tomó cuerpo en los Estados Unidos de Norteamérica. Algunos doctrinantes, como el inglés *Sir Edward Coke*, afirman que hay evidencias de que los monopolios estaban prohibidos desde el derecho romano, luego implícitamente en la Carta Magna y en ciertas leyes del rey Eduardo III. Sin embargo, por el estado de evolución incipiente de la ciencia económica, no se puede decir que estas normas expedidas en forma ocasional y desvertebrada conformaran un cuerpo legislativo o doctrinario con entidad propia.

En los Estados Unidos, en la época entre la guerra civil y el año de 1890, el surgimiento de los acuerdos económicos (*Corporate Trusts*) y carteles de precios (*Pooling Arrangements*) que operaban en todo el país y que permitían a los empresarios hacer acuerdos para fijar artificialmente los precios y dividirse los mercados, terminaron por producir un gran descontento del público debido a la impotencia de los gobiernos estatales que no tenían elementos jurídicos aptos para controlarlos<sup>2</sup>.

- 
- 1 Ponencia presentada dentro del seminario titulado "*Hacia un nuevo régimen de promoción de la competencia*", celebrado entre los días 7 y 8 de septiembre de 1992 en la Cámara de Comercio de Santa Fe de Bogotá, organizado por el Ministerio de Desarrollo Económico, el Departamento Nacional de Planeación, la Superintendencia de Industria y Comercio y la Cámara de Comercio de Bogotá.
  - 2 El mecanismo del *Trust*, concebido como un medio para agrupar y controlar las empresas a lo largo y ancho de la federación americana, fue utilizado por la Standard Oil en 1882 para controlar el mercado del petróleo. En 1884 se organizó un *Trust* para el manejo del aceite de

Aunque posteriormente los *Trusts* fueron sustituidos por compañías matrices o *Holding* para efectos de establecer y controlar los mercados, la denominación genérica de *Trusts* se le continuó dando comúnmente a cualquier grupo de empresas o aglomeración de tipo económico que lograra monopolizar una actividad económica. Esta es la razón histórica por la cual los juristas norteamericanos continuaron denominando a esta disciplina *Antitrust Law*, nombre que se puede traducir al español como "derecho antimonopolístico"<sup>3</sup>.

Como consecuencia de los problemas atrás descritos, el Congreso de los Estados Unidos decidió aprobar en 1890 el proyecto de ley contra los monopolios que fuera presentado en 1888 por el senador John Sherman de Ohio<sup>4</sup>. La Ley Sherman (*Sherman Act*) que es aún la ley fundamental del derecho antimonopolístico (*Antitrust Law*) en los Estados Unidos, fue creada con el objeto de destruir aquellas combinaciones tendientes a restringir la competencia. Para ello la Ley Sherman prohíbe los acuerdos tendientes a restringir el comercio y todos los actos tendientes a obtener un monopolio sobre cualquier parte del mercado<sup>5</sup>.

La Ley Sherman, así como los demás estatutos antimonopolísticos aprobados por el Congreso de los Estados Unidos, establece reglas generales que han sido desarrolladas por las cortes federales durante algo más de un siglo, creando una compleja estructura de líneas jurisprudenciales que ofrecen respuesta a los casos específicos<sup>6</sup>. La experiencia norteamericana, como es bien sabido, ha servido de base y

algodón; y en 1887 se crearon *Trusts* que dominaban los mercados del azúcar, del whisky, la carne, las confecciones, el gas, etc. A este respecto puede consultarse a Lawrence M. Friedman, Lawrence M. *A History of American Law*, Tuchstone, 1985, pág. 463 y sigs.

- 3 En la actualidad existe una innegable tendencia mundial a denominar esta disciplina de un modo positivo: Así, en Inglaterra se habla de *Competition Law* o derecho de la competencia, y en gran parte de los países de habla hispana con legislaciones modernas sobre el tema se ha seguido este ejemplo.
- 4 Es importante señalar que la Ley Sherman, cuya importancia se justifica por cuanto se trata de una ley federal, fue precedida por leyes antimonopolísticas aprobadas por los Congresos de los estados de Michigan, Kansas y Nebraska en el año de 1889, *Op. cit.*, Lawrence M. Friedman, pág. 464.
- 5 E. Thomas Sullivan & Herbert Hovenkamp. *Antitrust Law Policy and Procedure* The Michie Company, 1984, pág. 16 y sigs. Citado por Alfonso Miranda Londoño en "El derecho de la competencia en Colombia" *Revista de Derecho Económico* N° 9, 1989, pág. 69.
- 6 En relación con la evolución histórica del derecho antimonopolístico en los Estados Unidos, puede consultarse la investigación titulada "Los objetivos del derecho antimonopolístico: planteamientos para un debate", de Luis Guillermo Vélez Cabrera. Esta investigación, que fue dirigida por quien escribe, fue publicada en forma resumida, en la *Revista de Derecho Privado* de la Universidad de Los Andes, N° 10 de 1992, pág. 123.

ejemplo a la mayoría de los demás países y a la Comunidad Económica Europea<sup>7</sup>.

El contenido sustantivo general de los diversos estatutos que regulan la materia en los Estados Unidos puede resumirse de la siguiente manera<sup>8</sup>:

- *Ley Sherman de 1890 §1*. Prohíbe en forma general toda clase de acuerdos que tiendan a restringir la competencia entre los diversos Estados o con naciones extranjeras. Las personas que violen esta disposición serán responsables de “felonía”<sup>9</sup>. Este es el postulado general del derecho antimonopolístico norteamericano, y constituye sin lugar a dudas la génesis de este tipo de derecho a nivel mundial<sup>10</sup>.
- *Ley Sherman de 1890 §2*. Prohíbe tanto la monopolización como el intento de monopolizar cualquier parte del comercio interestatal o internacional. Las personas que violen esta disposición serán responsables de “felonía”.
- *Ley Clayton de 1914 §2*. Esta sección, que trataba sobre la discriminación de precios, fue derogada por la Ley Robinson-Patman en 1936. La disposición sobre precios discriminatorios será explicada más abajo.

---

7 Como es natural, las legislaciones más modernas en esta materia, le han introducido modificaciones sustanciales a la estructura básica de la Ley Sherman. Así, se observa como los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma establecen una prohibición de tipo general y a renglón seguido presentan una lista no taxativa de conductas que caen dentro de la prohibición general. Este esquema ha sido adoptado por la actual legislación colombiana, la reciente ley española y la Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena.

8 Aunque existen otras leyes antimonopolísticas tales como el *Webb-Pomerene Act*, el *Capper-Volstead Act*, el *Miller-Tydings Act*, el *McGuire Act*, el *Consumer Goods Pricing Act*, el *Antitrust Civil Process Act*, el *Federal Trade Comissions Improvements Act* de 1975 y otro de 1980, el *Soft Drink Interbrand Competition Act*, el *Antitrust Procedural Improvements Act*, el *Antitrust Procedures and Penalties Act (Tunney Act)*, el *Export Trading Company Act*, el *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*, y el *Uniform State Antitrust Act*. Todos estos estatutos pueden ser consultados en Callmann, Rudolf y Altman, Louis. *The law of Unfair Competition, Trademarks and Monopolies* 1984, Wilmette Illinois, Appendix 5 pág. 1 y sigs.

9 El término felonía (en Inglés *Felony*) es utilizado en los Estados Unidos para definir un crimen de una naturaleza más grave o sería que las llamadas contravenciones menores (en inglés *Misdemeanor*).

10 Son similares a este artículo, por vía de ejemplo, el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y la parte general del artículo 85 del Tratado de Roma.

- *Ley Clayton de 1914 §3.* Prohíbe ofrecer descuentos o tratos preferenciales a los consumidores, otorgando dichos privilegios bajo la condición de que no se usen, adquieran o consuman los productos de la competencia.
- *Ley Clayton de 1914 §7.* Prohíbe las fusiones y adquisiciones entre empresas competidoras, cuando tales fusiones o adquisiciones tengan el efecto de restringir la competencia o de formar un monopolio. Como un complemento de esta sección de la Ley Clayton, el Congreso de los Estados Unidos aprobó en 1976 la Ley de Mejoramiento Antimonopolístico Hart-Scott-Rodino<sup>11</sup>, la cual le agregó una sección 7A a la Ley Clayton. El sentido de la norma es el de establecer un período de espera (15 ó 30 días según el caso) y el requisito del registro de una completa información sobre la fusión o adquisición, ante la Comisión Federal de Comercio. Se encuentran sometidas a estos requisitos las personas o empresas que posean un patrimonio de determinado tamaño, en forma similar a la establecida por el artículo 4 de la Ley 155 de 1959 en Colombia<sup>12</sup>.
- *Ley Clayton de 1914 §8.* Establece un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los miembros de las juntas directivas de las empresas del sector real de la economía.
- *Ley de la Comisión Federal de Comercio*<sup>13</sup> *de 1914 §5.:* Prohíbe las prácticas de competencia desleal en el comercio.
- *Ley Robinson-Patman de 1936 §13.:* Deroga la §2. de la Ley Clayton y prohíbe discriminar en el precio entre diferentes compradores de bienes similares en grado y calidad, cuando el efecto de dicha discriminación sea el de reducir la competencia o el de formar un monopolio.

---

11 Hart-Scott-Rodino *Antitrust Improvements Act* 1976.

12 Para un completo análisis de la Ley Hart-Scott Rodino, puede consultarse a Guilson, Ronald J. *The Law and Finance of Corporate Aquisitions*. The Foundation Press, Inc. 1986, pág. 1079 y sigs.

13 *Federal Trade Comission Act*.1914.

## 2. ORIENTACIÓN FILOSÓFICO-POLÍTICA DE LAS LEYES ANTIMONOPOLÍSTICAS

Es importante resaltar que el bien jurídico protegido<sup>14</sup> por las leyes antimonopolísticas en los Estados Unidos, ha variado fundamentalmente desde la expedición de la Ley Sherman hasta nuestros días. Como se verá en este acápite, el sistema que utiliza la Corte Suprema de Justicia para analizar los casos de antitrust, ha evolucionado sustancialmente, incorporando cada vez más la ciencia económica a la interpretación de la ley y de los hechos, y fluctuando al vaivén de las distintas teorías y orientaciones filosóficas aplicadas por la Corte de turno.

### 2.1. CRITERIO SOCIOPOLÍTICO

Durante la primera época de la aplicación de las leyes antimonopolísticas se utilizó un criterio eminentemente sociopolítico o populista, que tendía a condenar a las grandes empresas con el objeto de proteger a las

---

14 Miranda Londoño, Alfonso. "El derecho de la competencia en Colombia" *Revista de Derecho Económico* N° 9. 1989. Págs. 55 y 56. El tema del bien jurídico protegido fue tratado en forma general en dicha publicación en los siguientes términos:

"...históricamente la creación y aplicación del Derecho de la Competencia ha seguido los lineamientos de diversas corrientes sociales, económicas, políticas, jurídicas y filosóficas. En efecto, desde un ángulo sociológico-político (o no económico), las leyes antimonopolísticas se han aplicado con la finalidad exclusiva de controlar el poder de los grandes conglomerados industriales en favor de los pequeños empresarios, aunque esto signifique una reducción en la eficiencia del mercado y más altos costos para los consumidores. Bajo este supuesto, la competencia se protege dispersando el poder económico entre muchos competidores con igual poder económico, con el objeto de dejar libre la entrada al respectivo mercado y que ninguno pueda ejercer presiones indebidas sobre el mismo, ya que la excesiva concentración del poder económico puede producir presiones políticas antidemocráticas. Por otro lado, desde un punto de vista puramente económico, las leyes antimonopolísticas han sido concebidas con el objeto de lograr la máxima eficiencia de la producción, sin importar las desigualdades sociopolíticas que ese objetivo pueda crear entre las grandes y las pequeñas empresas. Esta teoría, pretende proteger a la competencia en sí misma y no a los competidores, porque (según consideran importantes tratadistas como el juez Bork), entre más eficiente sea el mercado, mayor bienestar obtendrá el consumidor".

"Como hemos visto en las dos corrientes contradictorias que acabamos de exponer, uno de los problemas principales en el derecho antimonopolístico es el de la definición del significado y objetivos de la competencia, ya que la primera corriente considera que las leyes antimonopolísticas deben proteger la competencia entendida como la igualdad de los competidores en el mercado, mientras que la segunda, dice que las leyes antimonopolísticas deben proteger la competencia representada por el conjunto de condiciones que garantizan la eficiencia del mercado y que producen un mayor bienestar del consumidor".

pequeñas, sin consideración por las condiciones de eficiencia del mercado ni por el bienestar de los consumidores. El espíritu de esta época se resume en el famoso anatema pronunciado en 1945 por el juez Learned Hand del Segundo Circuito Federal, con ocasión del caso de *UNITED STATES V. ALUMINUM CO. OF AMERICA (ALCOA)*<sup>15</sup>, y según el cual “... existe la creencia de que los grandes conglomerados industriales son inherentemente indeseables, independientemente de sus resultados económicos”.

## 2.2. CRITERIO ESTRUCTURALISTA

Al alcanzar la primera mitad del presente siglo, se hizo evidente que las consideraciones económicas tenían una gran importancia dentro del análisis antimonopolístico. Fue así como desde 1960, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos comenzó a utilizar el análisis estructuralista para la decisión de los casos. La premisa básica sobre la cual se funda el Estructuralismo como sistema de análisis económico, supone que la estructura de una industria, entendiéndose por tal el número tamaño y distribución de las empresas que la conforman, determina su comportamiento; y el comportamiento de las empresas a su turno determina los resultados que obtiene la industria en su conjunto en términos de producción, precios y calidad.

Por ejemplo, en el caso de *UNITED STATES V. CONTAINER CORPORATION OF AMERICA*<sup>16</sup> la Corte consideró que el hecho de compartir información sobre precios con los competidores no tenía un efecto anticompetitivo en mercados poco concentrados, pero en cambio, en aquellos mercados con una estructura oligopólica, se generaban efectos nefastos sobre la competencia como consecuencia del conocimiento de los precios de las demás firmas participantes en el mercado.

Aunque la Corte en este caso no encontró pruebas de que los competidores estuvieran fijando precios, condenó como antimonopolística la práctica de compartir información, bajo la presunción de

---

15 *Op. cit.*, Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert, pág. 420, puede verse el texto del caso 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945).

16 *Op. cit.*, Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert, pág. 168, puede verse el texto del caso 393 US 333 (1969).

que en un mercado altamente concentrado dicha práctica necesariamente tenía que producir efectos anticompetitivos.

De conformidad con el análisis estructuralista de la Corte, la ciencia económica no siempre puede predecir los efectos de aquellas conductas que se desvían de las líneas de comportamiento predeterminadas por la teoría económica. La respuesta de la Corte a este problema, fue la creación de la regla *per se* que se estudiará más adelante, en virtud de la cual el juzgador presume de derecho la ilegalidad de ciertas prácticas, sin entrar a estudiar sus causas o efectos.

### 2.3. CRITERIO DE LA EFICIENCIA

Este es el criterio defendido por la llamada Escuela de Chicago, encabezada por el Premio Nóbel de Economía, profesor Milton Friedman. De conformidad con los postulados de la Escuela de Chicago, que difiere sustancialmente de lo expuesto en los puntos anteriores, el libre juego de la oferta y la demanda, determinará el nivel de precios al cual la comunidad recibe el máximo beneficio.

Bajo este supuesto, las empresas más eficientes podrán reducir su estructura de costos y ofrecer un menor precio por sus productos, acaparando una mayor porción del mercado. La comunidad maximizará sus beneficios aún permitiendo mercados altamente concentrados, siempre que en el participen empresas eficientes que ofrezcan productos de una mejor calidad a precios más bajos.

La misión de las leyes antimonopolísticas bajo este esquema, es la de controlar, impedir y castigar las prácticas restrictivas de la competencia, para efectos de garantizar la igualdad de oportunidades dentro de los mercados. Los monopolios solamente serán condenados cuando se demuestre que crean ineficiencias al restringir la producción con el objeto de elevar los precios, en detrimento de los consumidores y de la economía en general<sup>17</sup>. Al aplicar esta teoría las cortes considerarán que

---

17 Naturalmente que no todos los exponentes de la Escuela de Chicago opinan igual: de conformidad con el juez Bork, si las firmas que detentan una posición dominante en el mercado restringen su producción con el objeto de generar un incremento de precios por encima de los niveles de competencia, es porque sus eficiencias son mayores que las de sus competidores potenciales. De lo contrario, dichos competidores expandirían su participación en el mercado estimulados por el incremento de precios obtenido por la firma dominante. De esta manera, la distribución del mercado entre las empresas rivales se regula



si la conducta *sub judice* tiene como consecuencia la reducción de precios (sin reducción de calidad) en beneficio de los consumidores, la conducta debe ser declarada legal<sup>18</sup>. Este tipo de análisis ha sido acogido en forma más frecuente durante los gobiernos conservadores de los últimos doce años. Uno de los más acérrimos defensores de la teoría de la eficiencia durante los últimos veinte años ha sido el juez Robert Bork<sup>19</sup>, quien fuera nominado a la Corte Suprema de los Estados Unidos por el presidente, pero rechazado por el Congreso debido a sus posiciones en extremo conservadoras.

#### 2.4. CRITERIO DE PLANEACIÓN ESTRATÉGICA

Esta última teoría, de carácter ecléctico, asimila los aspectos más relevantes de la escuela estructuralista y la escuela de la eficiencia. Según el criterio de planeación estratégica, la escuela estructuralista le presta muy poca atención a las virtudes competitivas de la eficiencia tecnológica, mientras que la escuela de la eficiencia ignora los peligros que conlleva la excesiva concentración de los mercados.

Bajo el sistema de análisis de la planeación estratégica, la Corte intenta balancear los conflictos de intereses que surgen de una práctica comercial, con el objeto de determinar su efecto neto sobre la competencia. En el caso de *In re E.I. DuPont*<sup>20</sup>, la Comisión concluyó que era esencial al analizar el caso, sopesar las virtudes y defectos competitivos de la conducta de una de una firma con dominio sobre el mercado, aún en un mercado monopolístico.

---

automáticamente, logrando que el tamaño de las empresas y la estructura del mercado se adecúen a las necesidades de los consumidores. Véase Bork, Robert. *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*, Basic Books, 1978, pág. 178.

- 18 En el caso de *TELEX CORPORATION v. IBM CORPORATION*, la Corte de Apelaciones rechazó la acusación de que la IBM, aplicaba precios predatorios, diciendo que durante el período en cuestión las partes en el litigio así como los demás competidores lanzaron al mercado productos más avanzados, con mejor calidad y a mejores precios. *Op. cit.*, Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert, pág. 58.
- 19 Texto obligado en el estudio del *antitrust* americano, es el libro del profesor Bork, titulado *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Basic Books, 1978.
- 20 *Op. cit.*, Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert, pág. 58 96 FTC 650 (1980).

### 3. PROCEDIMIENTO

En los Estados Unidos la aplicación de las leyes antimonopolísticas depende de la actividad de tres sujetos diferentes: la División Antimonopolística del Departamento de Justicia (*Antitrust Division of the Department of Justice*), la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission*) y los particulares afectados.

#### 3.1. DEPARTAMENTO DE JUSTICIA

La División Antimonopolística del Departamento de Justicia, tiene a su cargo, junto con los fiscales de los Estados Unidos, la responsabilidad de velar por la aplicación de las leyes antimonopolísticas a nivel federal.

En ejercicio de dicha responsabilidad, los funcionarios mencionados pueden iniciar acciones civiles y criminales ante las cortes federales. Las acciones criminales en los casos de antitrust solamente pueden ser iniciadas, por los funcionarios del Departamento de Justicia en los casos de violación a las secciones 1, 2 y 3 de la Ley Sherman; sección 3 de la Ley Robinson-Patman; sección 14 de la Ley Clayton; y sección 12 de la Ley de la Comisión Federal de Comercio. El Departamento de Justicia puede iniciar también acciones civiles por violación a las secciones 1,2 y 3 de la Ley Sherman.

Las secciones 2,3,7 y 8 de la Ley Clayton, reformadas por la Ley Robinson-Patman, solamente establecen la posibilidad de iniciar acciones civiles, por parte del Departamento de Justicia o de la Comisión Federal de Comercio.

#### 3.2. COMISIÓN FEDERAL DE COMERCIO

La Comisión Federal de Comercio comparte con el Departamento de Justicia, la facultad para iniciar acciones civiles bajo la Ley Clayton. Asimismo, es la principal encargada de la aplicación de la sección 5 de la Ley de la Comisión Federal de Comercio, que prohíbe las prácticas de competencia desleal en el comercio.

La comisión divide sus actividades entre la aplicación de las leyes antimonopolísticas y el manejo de la política de protección al consumi-

dor. Además de las facultades que la ley le asigna para iniciar procesos ante las cortes federales, la comisión tiene competencia para expedir reglamentos generales o específicos para las empresas o industrias.

La Comisión está compuesta por cinco comisionados nombrados directamente por el presidente de los Estados Unidos, y ejerce sus funciones a través de “órdenes de cese y desistimiento”<sup>21</sup>, que son aplicadas por las cortes por medio de multas y medidas preventivas. Una vez iniciada una investigación, los acusados ejercen su derecho de defensa a través de procedimientos administrativos. La decisión final a que llegue la comisión puede ser apelada ante la Corte Federal de Apelaciones.

### 3.3. DEMANDAS DE PARTICULARES

Cualquier persona natural o jurídica que haya sufrido perjuicios materiales sobre sus bienes o negocios, como consecuencia de una conducta que viole las leyes antimonopolísticas, puede iniciar una demanda con el objeto de recuperar sus perjuicios por triplicado<sup>22</sup>, además de las costas del proceso y los honorarios de abogado.

Si el demandante logra demostrar que hubo una violación a las leyes antimonopolísticas, que sufrió daños, y que existe una relación directa entre los daños y la conducta que generó la violación, el demandado será condenado al pago de los perjuicios por triplicado, las costas y los honorarios de abogado, sin que dichas condenas puedan ser rebajadas.

## 4. SISTEMAS DE ANÁLISIS

Vale la pena aclarar, siguiendo la valiosa precisión enunciada por el juez Stevens en el caso de *NATIONAL SOCIETY OF PROFESSIONAL ENGINEERS v. US* (1978), que existen dos sistemas complementarios de análisis,

---

21 En inglés *cese and desist orders*.

22 Estos son los famosos daños triplicados (en inglés *treble damages*) consagrados en el *antitrust* americano por la §4 de la Ley Clayton, y a través de los cuales se pretende disuadir a los potenciales violadores de la ley, incentivar la iniciación de procesos y la protección de la competencia por parte de los particulares, y proveer los recursos necesarios para indemnizar a los perjudicados.

que las cortes pueden aplicar a los casos de violación de las leyes antimonopolísticas en los Estados Unidos: La regla *per se* y la *regla de la razón*. En el presente capítulo solamente se explicarán los sistemas mencionados en forma general, ya que la aplicación de cada uno a los casos concretos varía según el tipo de práctica que se analice.

#### 4.1. REGLA *PER SE*

Este sistema se utiliza para analizar todos aquellos acuerdos y prácticas cuya naturaleza y efecto resultan tan evidentemente anticompetitivos, que no se necesita realizar un elaborado estudio de la industria respectiva para concluir que son ilegales, motivo por el cual se considera que son ilegales *per se*.

La regla *per se* es el tipo de análisis más estricto bajo el cual una corte le puede juzgar la conducta de una empresa o persona en los Estados Unidos, y equivale entre nosotros a la aplicación de una “presunción de derecho” de que una conducta determinada es ilegal. Por esta razón la jurisprudencia norteamericana ha ido señalando en forma taxativa los casos en los cuales se aplica este tipo de análisis, y el debate jurídico en los casos dudosos se reduce a definir si la regla *per se* se aplica o no se aplica al caso *sub judice*. Una vez que la corte ha determinado que la regla *per se* es aplicable al caso, la única defensa válida consiste en demostrar que el acusado no incurrió en la práctica o conducta que se le imputa.

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

Tampoco aceptará la Corte disculpas que tiendan a justificar la práctica restrictiva con el argumento de que la competencia en este mercado específico es perjudicial para la economía. En ningún caso una defensa que pretenda descalificar el proceso de competencia comercial logrará excluir a un acusado de la aplicación de la regla *per se*<sup>23</sup>.

---

23 En el caso de NATIONAL SOCIETY OF PROFESSIONAL ENGINEERS V. UNITED STATES, 435 US 679 (1978), la Corte condenó a la Sociedad Nacional de Ingenieros por establecer un reglamento

La razón para aplicar un tipo de análisis tan estricto, fue explicada en 1982 por el juez Stevens, en el caso de ARIZONA V. MARICOPA COUNTY MEDICAL SOCIETY<sup>24</sup> al decir que

“Una vez que la experiencia con un tipo particular de práctica restrictiva ha facultado a la Corte para predecir con confianza que la *regla de la razón* lo condenará, la Corte podrá aplicar una presunción concluyente de que la práctica restrictiva en cuestión es irracional”<sup>25</sup>.

En este caso la Corte Suprema de Justicia le aplicó la regla *per se* un acuerdo de fijación de precios máximos establecidos por la Asociación Médica del condado de Maricopa, a pesar de que el acuerdo en sí mismo tenía por objeto la reducción de precios para los consumidores.

#### 4.2. REGLA DE LA RAZÓN

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

Al aplicarle la *regla de la razón* a una situación determinada, se deben analizar tres aspectos esenciales: la naturaleza, el propósito y el efecto de la restricción a la libre competencia<sup>26</sup>.

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

---

que prohibía a sus afiliados hacer ofertas competitivas para obtener contratos. La defensa de la asociación se basó en que la libertad absoluta para competir en cuanto al precio llevaría a los ingenieros a hacer recortes presupuestales indebidos o inseguros para el público, con el objeto de presentar la propuesta más económica y obtener el contrato, en detrimento de la calidad de las construcciones y del bienestar de los consumidores. La Corte conceptuó que bajo la *regla de la razón* no se podían aprobar defensas basadas en la suposición de que la competencia en sí misma considerada era irracional.

24 *Op. cit.*, Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert, pág. 196, puede verse el texto del caso 457 US 332 (1982).

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

26 STANDARD OIL CO. V. UNITED STATES, 221 US 1 (1911).

De otra parte, las leyes antimonopolísticas castigan aquellas conductas que son realizadas con el simple propósito o la intención de generar un efecto anticompetitivo. El señalamiento del “propósito” o la intención, como elementos esenciales de una violación al derecho antimonopolístico, marcan el inicio de lo que se ha llamado entre nosotros la aplicación *ex ante* de las normas sobre protección de la competencia. Se considera que una norma tiene carácter *ex ante*, cuando actúa en forma preventiva, con base en la simple intención de su infractor y sin necesidad de esperar a que se desencadenen los perjuicios que produciría la práctica restrictiva<sup>27</sup>.

En cuanto al efecto de las prácticas restrictivas, vale la pena señalar que bajo la *regla de la razón*, es posible establecer defensas que tiendan a demostrar que los efectos de la conducta que se le imputa al acusado no son anticompetitivos, o que la conducta beneficia a los consumidores. Una defensa válida puede consistir por ejemplo, en demostrar que como resultado de las prácticas acusadas se presenta una mayor producción y más bajos precios, o que a través de las prácticas acusadas se tiende a maximizar la satisfacción del consumidor<sup>28</sup>.

Otro aspecto que se analiza al aplicar la *regla de la razón*, es el del poder de mercado, o posición dominante en el mercado como se ha llamado al concepto entre nosotros. Para efectos de determinar si una empresa tiene posición dominante en un determinado mercado, es necesario hacer un estudio sobre la estructura y la concentración de dicho mercado<sup>29</sup>. Las cortes tienden a presumir por regla general, que cuando no existe una posición dominante en el mercado, la intención de una empresa al reducir su producción o realizar otra conducta equivalente, no puede ser la de aumentar los precios.

Una de las prácticas a la que se le ha aplicado la *regla de la razón* en forma general, ha sido la de compartir información con los competidores. Aunque se considera generalmente que al suministrarle informa-

---

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

28 Sobre este punto puede verse el punto 5.2.5. de este documento, en lo relacionado con la decisión de la NCAA v. BOARD OF REGENTS OF THE UNIV. OF OKLAHOMA.

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

ción al mercado la competencia se hace más transparente y los consumidores tienen mejores elementos de juicio para decidir se ha descubierto que en determinadas circunstancias el intercambio de información entre competidores puede servir como medio de colusión, y especialmente como mecanismo para la formación y el mantenimiento de carteles.

En relación con este tipo de práctica, la Corte aprobó en 1925 un programa de intercambio de información sobre precios, en el caso de *MAPLE FLOORING MANUFACTURERS ASSOCIATION v. U.S.*<sup>30</sup>, debido a que se compartían únicamente los datos referentes a las transacciones antiguas, en lugar de los precios corrientes, y porque no se divulgaban las listas de clientes. Sin embargo en los casos de *SUGAR INSTITUTE INC v. US*, (1936) y *US v. CONTAINER CORPORATION OF AMERICA* (1969), la Corte condenó las prácticas tendientes a suministrarle información a los competidores, en mercados altamente concentrados.

## 5. RESTRICCIONES HORIZONTALES A LA LIBRE COMPETENCIA

Las prácticas restrictivas de la competencia de tipo horizontal son aquellas ejercidas por dos o más personas (por regla general productores o distribuidores de un producto) en forma concertada, y dirigidas contra sus directos competidores, es decir contra aquellas personas dedicadas a la misma actividad productora o distribuidora, en el mismo nivel del proceso productivo. Se considera que interfieren con la libre competencia todas aquellas prácticas cuyo propósito o efecto es disminuir la oferta de los productos o alterar la estructura de los precios.

Las restricciones horizontales a la libre competencia caen bajo el imperio de la §1 de la Ley Sherman, que considera ilegal todo contrato, combinación o conspiración tendiente a restringir el comercio.

### 5.1. INTERPRETACIONES INICIALES

A los pocos años de la expedición de la Ley Sherman se hizo evidente que era imposible aplicarla en forma estricta en todos los casos, debido a que la generalidad de sus postulados la llevaría a abarcar un número

---

30 *Op. cit.*, Hovencamp, Herbert, pág. 119, 268 US 563 (1925).

inmenso de acuerdos o conductas que no eran nocivos para la competencia.

Como consecuencia de lo anterior se inició el proceso dialéctico de interpretación judicial de los postulados generales establecidos en la norma a través de la decisión de los casos individuales, dentro de la más pura tradición del derecho anglosajón. Este proceso continuo de interpretación judicial le dio al derecho antimonopolístico norteamericano desde sus inicios, una gran vitalidad y capacidad para absorber los modernos planteamientos de la ciencia económica, permitiéndole sofisticar progresivamente sus mecanismos de análisis y ajustar sus elementos teleológicos.

El resultado de este proceso ha sido el de restringir la cobertura de la Ley Sherman en ciertos casos, al considerar que algunos contratos o combinaciones que podrían ser subsumidos por la §1 de la Ley Sherman, no son ilegales, como se explica a continuación.

### 5.1.1. Las restricciones accesorias no son ilegales

No fue sino hasta el año de 1898, con la decisión del caso de ADDYSTON PIPE & STEEL CO. v. UNITED STATES, cuando se estructuró la llamada "Doctrina de las restricciones accesorias"<sup>31</sup>.

En esta sentencia el juez Taft, basándose en la evolución del derecho consuetudinario, determinó que las restricciones accesorias o parciales al comercio son legales cuando resultan razonablemente necesarias para el propósito principal del contrato, o cuando la restricción resulta razonable comparada con el beneficio que obtiene el público general.

Naturalmente esta doctrina solamente se puede aplicar a las restricciones realmente accesorias, ya que las restricciones principales o de carácter general al comercio, deberán ser declaradas ilegales *per se*<sup>32</sup>.

31 Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert. *Antitrust Law Policy and Procedure*, The Michie Company, 1984, pág. 30.

32 Con el caso de Addyston Pipe se comenzó a desarrollar el sistema de análisis conocido como la regla de la razón (en Inglés *rule of reason*), cuyas reglas generales se determinaron en el caso de STANDARD OIL v. UNITED STATES.



### 5.1.2. Las restricciones razonables no son ilegales

La llamada *regla de la razón* se desarrolló en forma completa con la expedición en 1911 de la decisión de STANDARD OIL CO. v. UNITED STATES.

El caso de la STANDARD OIL presenta el típico escenario para el cual se diseñó la Ley Sherman. Treinta y siete compañías petroleras habían sido adquiridas a través de fusiones y otros mecanismos, y eran controladas por medio de una compañía matriz. El *trust* de la Standard Oil fue acusado de incurrir en conductas predatorias y de cometer abusos anticompetitivos, en directa violación de las § 1 y 2 de la Ley Sherman. Demostradas estas prácticas dentro del proceso la Corte condenó a la entidad demandada y ordenó la disolución del *trust*<sup>33</sup>.

Al decidir este caso el juez White sentó los parámetros para la aplicación de la *regla de la razón*, concluyendo que solamente se consideran ilegales aquellas restricciones al comercio, directas o accesorias, que sean irracionales.

## 5.2. CASOS EN LOS QUE SE APLICA LA REGLA DE LA RAZÓN

La Corte Suprema de Justicia ha ido definiendo a través de una cadena muy importante de decisiones, los casos en los cuales se aplica la *regla de la razón*, y por lo tanto se exceptúa la regla *per se*. Tales casos son los siguientes:

### 5.2.1. La restricción es accesorio

Como se explicó en el punto 5.1.1., cuando se trata de restricciones de tipo accesorio a la competencia, la Corte entrará a investigar sobre aspectos adicionales tales como el propósito de la restricción, si la restricción resulta razonable comparada con el beneficio que le genera al público en general; si la práctica perjudica notablemente a la competencia, etc.

---

33 *Op. cit.*, Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert, pág. 33. Puede verse el texto del caso 221 US 1 (1911).

### 5.2.2. *La restricción tiene por objeto regular la competencia*

Cuando una práctica restrictiva que no consiste en la fijación de precios tiene por objeto regular un mercado determinado, la Corte declarará su legalidad, previa investigación sobre el propósito de la práctica y sus potenciales efectos.

En 1918, el juez Brandeis estructuró este tipo de defensa al decidir el caso de CHICAGO BOARD OF TRADE V. US<sup>34</sup>. En este caso, la Bolsa de Futuros de Chicago, pionera en el mundo en la transacción de granos, estableció una regla según la cual las mercancías se negociaban libremente siguiendo el libre juego de la oferta y la demanda entre las 9:30 a.m. y la 1:15 p.m. hora en la cual se cerraba el mercado. Entre la hora de cierre y la de apertura de la bolsa al día siguiente, solamente se podía negociar granos al precio de cierre.

La acusación por fijación de precios formulada por el gobierno fue desestimada por el juez Brandeis, quien conceptuó que las restricciones establecidas por la Bolsa de Futuros de Chicago tendían únicamente a organizar el mercado y a promover la competencia, además de beneficiar a los consumidores<sup>35</sup>.

### 5.2.3. *La práctica no es bien conocida*

De conformidad con el enunciado de la regla *per se*, formulado en 1982 por el juez Stevens, en el caso de ARIZONA V. MARICOPA COUNTY MEDICAL SOCIETY, para que a una determinada conducta se le pueda aplicar legalmente la regla *per se*, es necesario por definición que la práctica sea lo suficientemente conocida. En caso contrario se aplicará la *regla de la razón*.

---

34 Hovencamp, Herbert. *Economics and Federal Antitrust Law*, West Publishing Co., 1985. Se puede observar un análisis de la decisión, a partir de la pág. 121 246 US 242 (1918).

35 La Corte añadió que al regular la competencia, la Bolsa de Chicago había creado un nuevo mercado, más justo, en el cual se transaban los productos con absoluta libertad durante la mañana, y que la fijación o determinación de precios que se imponía desde las horas de la tarde hasta el día siguiente, se producía en circunstancias tales que ningún competidor podía aprovecharse de los demás.

#### 5.2.4. *La práctica promueve un nuevo producto*

En consonancia con lo explicado en los numerales anteriores, la Corte no le aplicó la regla *per se* a algunas prácticas que tendían a conseguir la consolidación de los productos existentes en un producto totalmente nuevo para el mercado, teniendo en cuenta que dichas prácticas no pretendían excluir en forma indebida a los productos anteriores.

En el caso de *BROADCAST MUSIC INC. v. COLUMBIA BROADCASTING SYSTEM*<sup>36</sup>, la Corte dijo que al crear las llamadas “Licencias de sábana”<sup>37</sup>, BMI había modificado sustancialmente el mercado de los derechos de autor, ya que anteriormente el producto en venta era el derecho a utilizar una sola canción, y con las licencias de sábana el producto que se vendía era el derecho a tocar todas las canciones registradas en la asociación.

Aunque la licencia de sábana constituía un mecanismo de discriminación y fijación de precios, y tendía al establecimiento de un monopolio, la Corte rehusó aplicar la regla *per se* debido a que el producto inventado por BMI generaba una eficiencia extraordinaria para el mercado, en beneficio de los consumidores.

#### 5.2.5. *La práctica es esencial para la existencia del producto*

En 1984 la Corte Suprema de Justicia decidió el caso de *NATIONAL COLLEGIATE ATHLETIC ASSOCIATION (NCAA) v. BOARD OF REGENTS OF THE UNIV. OF OKLAHOMA*<sup>38</sup>. Aunque en este caso la Corte condenó un acuerdo entre las universidades pertenecientes a la NCAA para restringir el

---

36 *Op. cit.* Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert, pág. 185. Puede verse el texto del caso 441 US 1 (1979).

37 Las licencias de sábana (en Inglés *blanket licenses*) consistían en la venta de los derechos sobre las canciones de los miles de autores asociados a la Broadcast Music Inc. Al comprar las licencias de sábana, las emisoras de música o estaciones de televisión adquirían el derecho a tocar todas las canciones de todos los autores pertenecientes a la asociación, con lo que las partes ahorran incalculables cantidades de tiempo y dinero que se hubieran necesitado para realizar acuerdos individuales canción por canción. Los compradores de la licencia pagaban a BMI una tarifa dependiendo del monto de sus utilidades al explotar las canciones comercialmente, y los autores ganaban sus regalías dependiendo del número de veces que se tocaran sus canciones.

38 *Op. cit.* Hovenkamp, Herbert, pág. 134.

número de veces que cada partido de fútbol podía ser televisado, también conceptuó que esta conducta debía ser considerada bajo la *regla de la razón*, debido a que la NCAA es una industria especial que funciona a través de una red de afiliados, y en la cual las restricciones horizontales a la competencia son esenciales para lograr que los partidos de fútbol sean accesibles para todo el público.

### 5.2.6. *La práctica tiene que ver con el ejercicio de una profesión liberal*

La Corte ha considerado que las conductas relacionadas con el ejercicio de las profesiones liberales deben ser examinadas bajo la *regla de la razón*.

En el caso de *GOLDFARB v. VIRGINIA STATE BAR*<sup>39</sup>, se enjuició al Colegio de Abogados de Virginia por establecer una tarifa mínima para los honorarios de abogados. Aunque la Corte, con ponencia del juez Burger condenó al Colegio de Abogados, consideró que en aquellos eventos en que las organizaciones profesionales actuaban con una motivación de servicio público o en beneficio de la comunidad, se debía analizar su conducta bajo la *regla de la razón*.

## 5.3. PRÁCTICAS A LAS QUE SE LES APLICA LA REGLA *PER SE*

### 5.3.1. *Fijación de precios*

La fijación de precios (en inglés *price fixing*) entre competidores es la más típica violación a las leyes antimonopolísticas. Asimismo, es una de las más perseguidas por el dañino efecto que produce sobre la competencia y el perjuicio que le causa a los consumidores.

En el caso de *SOCONY VACUUM OIL CO. v. UNITED STATES*<sup>40</sup> el juez Douglas señaló en forma contundente que:

---

39 *Op. cit.* Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert, pág. 148. Puede verse el texto del caso 421 US 773 (1975).

40 *Op. cit.* Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert, pág. 148. Puede verse el texto del caso 310 US 150 (1940).

“Todo acuerdo entre competidores que tienda a alterar la estructura de precios del mercado, constituye una actividad ilegal” ... “Bajo la Ley Sherman, un acuerdo formado con el propósito y para el efecto de incrementar, reducir, fijar o estabilizar el precio de un bien en el comercio interestatal o internacional, es ilegal *per se*”.

En esta decisión se sentaron asimismo otros principios fundamentales en relación con la aplicación de la regla *per se* y con la interpretación misma de la Ley Sherman. En efecto, el juez Douglas reiteró el criterio según el cual una vez se aplica la regla *per se*, no es posible utilizar defensas tales como la falta de poder de mercado. Adicionalmente, en la nota de pie de página N° 59 refrendó el criterio de aplicación *ex ante*<sup>41</sup> de las leyes antimonopolísticas, al decir que la Ley Sherman castiga los acuerdos que tengan *el propósito*, o *el efecto* de restringir la competencia. Aquellos acuerdos que se celebren con la intención de restringir la competencia pero no sean exitosos, caen bajo la teoría de la conspiración, y deben ser castigados.

La fijación concertada de precios, tanto vertical como horizontal, ha sido considerada ilegal en forma consistente por la Corte. Los principales casos de fijación de precios han sido los siguientes: Fijación horizontal de precios máximos, en *ARIZONA V. MARICOPA COUNTY MEDICAL SOCIETY*; fijación horizontal de precios mínimos, en *GOLDFARV V. VIRGINIA STATE BAR*; fijación vertical de precios máximos, en *ALBRECHT V. HERALD CO.*; fijación vertical de precios mínimos, en *DR. MILES MEDICAL CO. V. JOHN D. PARK & SONS CO.*

### 5.3.2. *Repartición horizontal de mercados*

La Corte Suprema de Justicia ha castigado firmemente aquellos acuerdos horizontales por medio de los cuales los competidores se dividen los mercados en zonas geográficas, con el objeto de evitar que algunos se aprovechen gratuita e injustamente de los esfuerzos de mercadeo de otros<sup>42</sup>.

---

41 Véase 4.2. *supra*.

42 Esta preocupación es señalada por los doctrinantes y cortes norteamericanos, refiriéndose a ella simplemente como el *free rider problem* consistente como ya se dijo en el aprovechamiento gratuito de los esfuerzos de otro competidor.

En el caso de *TOPCO ASSOCIATES INC. v. US*<sup>43</sup>, la Corte condenó un acuerdo firmado entre unas 25 pequeñas cadenas de supermercados, por el cual se dividía el mercado en zonas geográficas para la distribución de ciertos productos que eran comprados en forma masiva por la asociación de supermercados. El ejemplo más claro era el de los productos distinguidos con la marca "Topco", que había adquirido gran acogida entre los consumidores. De conformidad con el acuerdo, cada cadena de supermercados podía distribuir los productos Topco dentro de su respectiva zona geográfica, con lo cual ninguna de las otras cadenas se aprovechaba en forma gratuita de la publicidad que se le hiciera al producto y por el contrario, todas tenían el incentivo de publicitar el producto en su propia zona, como consecuencia de lo cual el producto (de propiedad de todas ellas) competía en forma más agresiva contra las marcas de los grandes supermercados.

Algunos tratadistas como Robert Posner, afirman que en la decisión de *CONTINENTAL T.V. INC. v. GTE SYLVANIA*<sup>44</sup> la Corte modificó la jurisprudencia sentada en Topco, al decir que la división de mercados podría llegar a ser legal aunque disminuyera la competencia entre distribuidores de una misma marca de producto (*Intrabrand Competition*), siempre que contribuyera a promover la competencia entre distintas marcas de productos (*Interbrand Competition*)<sup>45</sup>.

### 5.3.3. Negativa concertada a contratar con competidores

Por regla general una empresa actuando aisladamente puede contratar o negarse a contratar con quien quiera, sin que ello pueda constituir una violación a las leyes antimonopolísticas. A pesar de lo anterior, la Corte ha considerado que cuando varios competidores acuerdan no contratar con una empresa o persona, excluyéndola del mercado con el objeto de obtener una mayor participación en el mismo o con el efecto de reducir la competencia, dicha práctica será considerada ilegal *per se*.

43 *Op. cit.* Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert, pág. 247. Puede verse el texto del caso 405 US 596 (1972).

44 *Op. cit.* Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert, pág. 315. Puede verse el texto del caso 433 US 36 (1977).

45 Posner, Robert. "The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: *Per Se Illegality*" *University of Chicago Law Review.* (1981).

En el caso de *KLOR'S INC. v. BRODWAY-HALE STORES INC.*<sup>46</sup>, la Corte dijo que la negativa concertada a contratar podía ser considerada ilegal *per se* bajo la §1 de la Ley Sherman. Otros casos relacionados con este tipo de restricción a la libre competencia son *EASTERN STATES RETAIL LUMBER DEALERS' ASSOCIATION v. U.S.* (1914), *APPALACHIAN COALS INC. v. U.S.* (1933), *FASHION ORIGINATORS' GUILD OF AMERICA v. FTC* (1941), *BERKEY PHOTO INC. v. EASTMAN KODAK CO.* (1980), etc.

#### 5.4. CONTRATO, COMBINACIÓN O CONSPIRACIÓN

Para que pueda existir una violación a la §1 de la Ley Sherman se requiere que existan dos sujetos entre los cuales se haya celebrado un contrato o un acuerdo, al contrario de lo que ocurre con las violaciones a la §2, ya que las infracciones por monopolización o intento de monopolización pueden ser cometidas en forma unilateral. La necesidad de demostrar la existencia de un contrato, acuerdo o conspiración, genera una enorme dificultad porque con mucha frecuencia quienes realizan estas prácticas llegan a altos grados de sofisticación para ocultar sus maniobras.

Como se había expresado antes, las restricciones horizontales a la libre competencia se hacen a través de contratos, combinaciones y acuerdos entre competidores. A través de los años la Corte ha ido definiendo el alcance de estas palabras utilizadas por la Ley Sherman. De esta manera se puede decir que la violación a la §1 de la Ley Sherman se produce en el momento en que los competidores llegan a un acuerdo que tenga por objeto o como efecto la restricción de la competencia.

Así pues, aunque la §1 de la Ley Sherman constituye el típico caso de una norma de aplicación *ex ante*, debido a que castiga la sola conspiración para restringir la competencia con independencia del éxito que tenga, lo cierto es que debe existir por lo menos un contrato, conspiración o acuerdo para que la norma se considere violada. El intento de conspiración no constituye una violación a la §1 de la Ley Sherman.

---

46 *Op. cit.* Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert, pág. 262. Puede verse el texto del caso 359 US 207 (1959).

Por otro lado, los acuerdos no tienen que ser formales ni explícitos, pueden ser verbales e inclusive tácitos (no hablados, secretos). En el caso de *INTERSTATE CIRCUIT V. UNITED STATES*<sup>47</sup> la Corte dijo que los acuerdos anticompetitivos podían ser inferidos en cada caso a través de la presentación de evidencia circunstancial.

La demostración de los acuerdos tácitos es siempre difícil: tradicionalmente se trata de probar que la conducta de los acusados no se puede explicar racionalmente, si no es por la existencia de un acuerdo secreto para actuar de tal manera.

En este mismo sentido la Corte ha determinado que la existencia de un acuerdo puede ser inferida cuando el comportamiento de los competidores considerado en forma independiente no es racional. Lo anterior se demuestra cuando existe unanimidad de acción (por ejemplo al establecer precios) o cuando los competidores se apartan radicalmente de su estrategia anterior de mercadeo.

Por el contrario, cuando el comportamiento de los competidores individualmente considerados es racional, la Corte no inferirá la existencia de un acuerdo por el mero hecho de que se presenten situaciones de simple paralelismo. En el caso de *THEATRE ENTERPRISES INC. V. PARAMOUNT FILM DISTRIBUTING CORP.*<sup>48</sup>, la Corte absolvió a los acusados que siguieron la misma política de otorgar el derecho de premier a teatros en las grandes ciudades, debido a que cada uno de los competidores hubiera tenido un interés individual en actuar de esa forma, aunque los demás no lo hubieran hecho.

## 6. RESTRICCIONES VERTICALES A LA LIBRE COMPETENCIA

Las prácticas restrictivas de la competencia de tipo vertical son aquéllas ejercidas por una o más personas en forma unilateral o concertada, y dirigidas contra empresas o personas que se encuentran en un nivel diferente del proceso productivo. Se trata de prácticas o acuerdos entre un productor y un distribuidor, o entre un vendedor mayorista y otro detallista, o en general entre dos empresas que operan en secuencia en una cadena de producción y distribución de un bien.

47 *Op. cit.* Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert, pág. 205. Puede verse el texto del caso 306 US 208 (1939).

48 *Op. cit.* Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert, pág. 211. Puede verse el texto del caso 346 US 537 (1954).



Las restricciones verticales a la libre competencia caen bajo el imperio de la §1 de la Ley Sherman, que considera ilegal todo contrato, combinación o conspiración tendiente a restringir el comercio; y bajo la §3 de la Ley Clayton, que prohíbe la celebración de contratos que otorguen descuentos o tratos preferenciales, con la condición de que no se usen, consuman o adquieran los productos de la competencia.

### 6.1. RESTRICCIONES A LA DISTRIBUCIÓN DE UNA MISMA MARCA

Como se verá a lo largo de este capítulo, la Corte ha sido menos estricta al calificar las prácticas restrictivas de tipo vertical, debido a que dichas prácticas con mayor frecuencia generan algún tipo de eficiencia o ventajas para los consumidores.

Así, mientras que las restricciones horizontales a la distribución de una misma marca son consideradas ilegales *per se*, las restricciones verticales de tipo unilateral son consideradas legales como se verá más adelante. Las restricciones verticales de tipo concertado se analizan bajo la *regla de la razón* cuando no se refieren a precios, y son consideradas ilegales *per se* cuando se refieren a precios.

#### 6.1.1. Acuerdos para fijar precios al consumidor

Los acuerdos para la fijación de precios a los consumidores (en inglés *Retail Price Maintenance*) han sido considerados ilegales *per se* por la Corte. En el caso de *DR. MILES MEDICAL CO. v. JOHN PARK & SONS CO.*<sup>49</sup>, la Corte dijo que un contrato celebrado entre un fabricante y el distribuidor de su producto, que le exigía a éste último vender a un precio determinado, era inaplicable por cuanto resultaba violatorio de la Ley Sherman. La Corte prohibió la práctica por cuanto presumió que los únicos distribuidores que podrían obtener beneficios a los precios establecidos por el acuerdo eran algunos "preferidos". La ilegalidad *per se* de los acuerdos sobre fijación de precios al consumidor fue mantenida por la Corte en 1984, con la decisión de *MONSANTO CO. v. SPRAY RITE SERVICE CORPORATION*.

<sup>49</sup> *Op. cit.* Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert, pág. 287. Puede verse el texto del caso 220 US 373 (1911).

### 6.1.2. Negativa unilateral a contratar

La negativa unilateral a contratar (en inglés *Unilateral Refusal to Deal*), ha sido, como ya se advirtió, tradicionalmente considerada legal por la Corte. En el caso de *COLGATE & CO. v. US*<sup>50</sup> la Corte estableció la principal excepción a la jurisprudencia del caso de *Dr. Miles*, al permitirle al productor (Colgate) rehusarse a venderle su producto (*Unilateral Refusal to Deal*) a aquellos distribuidores que no lo vendieran al precio que Colgate había fijado con anticipación en forma unilateral (*Retail Price Maintenance*). La razón por la cual la Corte Suprema de los Estados Unidos permitió esta restricción consistió en que no se había dado un pacto o acuerdo y por lo tanto no se había violado la Ley Sherman<sup>51</sup>.

### 6.1.3. Restricciones territoriales y de consumidores

Las restricciones sobre el mercado geográfico y los consumidores han sido analizadas por la Corte bajo la *regla de la razón*, desde la expedición de la decisión de Sylvania en 1977. En estos casos como ya se indicó, la Corte entra a sopesar los efectos negativos que la práctica produce en cuanto a disminución de la competencia dentro de la misma marca, contra los efectos positivos que produce en relación con el incremento de competencia entre marcas diferentes.

En el caso de *CONTINENTAL T.V. INC. v. GTE SYLVANIA*<sup>52</sup>, la Corte se negó a declarar ilegal el esquema de distribución de Sylvania, aunque restringía la competencia entre sus distribuidores. Sylvania era una pequeña fábrica de televisiones con una participación de 2% en el mercado, que decidió disminuir la competencia entre sus distribuidores con el fin de que pudieran competir más agresivamente contra otras

---

50 *Op. cit.* Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert, pág. 301. Puede verse el texto del caso 250 US 300 (1919).

51 El principio contenido en el caso Colgate ha sido implantado entre nosotros, aunque en forma restringida, en el art. 9º de la Ley 155 de 1959, el cual establece que:

“Cuando las empresas industriales fijen precios de venta al público, ni la misma empresa, directamente, o por medio de filiales, o distribuidores, 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”.

52 *Op. cit.*, Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert, pág. 315. Puede verse el texto del caso 433 US 36 (1977). Véase 5.3.2. *supra*

marcas. Para el efecto, Sylvania operaba con una pequeña red de distribuidores cuidadosamente seleccionados, entre los cuales dividió el mercado en regiones geográficas. La participación de Sylvania en el mercado global se incrementó hasta el 5% con posterioridad a la implantación de este sistema.

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

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

## 6.2. RESTRICCIONES A LA DISTRIBUCIÓN DE UNA MARCA DIFERENTE

### 6.2.1. *Contratos de exclusión*

De conformidad con la §3 de la Ley Clayton, son ilegales aquellos contratos en los cuales el comprador de un bien se compromete a no adquirir o utilizar los bienes producidos por los competidores del vendedor. La razón por la cual muchos productores o vendedores se pueden ver tentados a la realización de este tipo de contratos, tiene que ver con el manejo de lo que se ha denominado el "*free rider problem*"<sup>53</sup>.

En la decisión de TAMPA ELECTRIC CO. v. NASHVILLE COAL CO.<sup>54</sup> la Corte, con ponencia del juez Clark, dijo que para determinar el potencial poder de exclusión de un determinado contrato es necesario ponderar su efecto probable en el mercado respectivo, teniendo en consideración el poder de mercado de cada una de las partes en conflicto, la porción de negocios afectados por la práctica en comparación con el

---

53 El "*free rider problem*" se encuentra explicado en el punto 5.3.2. *supra*.

54 *Op. cit.*, Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert, pág. 351. Puede verse el texto del caso 365 US 320 (1961).

total de negocios del mercado y el potencial efecto del contrato de exclusión sobre la competencia actual o futura. En este caso, la Corte consideró legal un contrato que obligaba a Tampa a comprarle al demandado todo el carbón necesario para su generador eléctrico durante un período de 20 años, debido a que la práctica no llegaba a afectar el 15% del mercado relevante del carbón.

### 6.2.2. Acuerdos de compras adicionales

Los acuerdos según los cuales el comprador de un producto se ve obligado a comprar otro (en inglés *Tying Arrangements*) pueden ser violatorios de la §1 de la Ley Sherman o la §3 de la Ley Clayton. La ilegalidad opera cuando un vendedor con poder de mercado ejerce una presión indebida sobre el comprador, el cual se ve obligado a adquirir un producto adicional que es sustancialmente diferente y no guarda relación con el que realmente deseaba adquirir, produciéndose un efecto netamente anticompetitivo sobre el comercio interestatal.

En el caso de *JEFFERSON PARISH HOSPITAL v. HYDE*<sup>55</sup>, la Corte se negó a condenar un contrato de exclusividad según el cual todo paciente del hospital que se sometiera a una operación debía contratar los anestesiólogos señalados por éste. Al decidir el caso el juez Stevens dijo que para condenar un contrato de “*tying*” bajo la *regla de la razón*, se requiere que se cumplan tres condiciones: que exista poder de mercado en relación con el producto principal, que exista una clara amenaza de poder de mercado en el producto adicional, y que los dos productos sean claramente diferenciables. Además debe probarse que la práctica produce un efecto anticompetitivo en el mercado del bien adicional. En vista de que el hospital no presentaba un poder de mercado sustancial en relación con los servicios principales de cirugía, la Corte se negó a declarar ilegal la práctica.

El tema de los “*tie-ins*” o “*tying arrangements*” tiene innumerables ramificaciones tanto bajo la *regla de la razón*, como bajo la *regla per se*. Este escrito se limita a enunciar el problema en forma general.

---

55 *Op. cit.*, Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert, pág. 821. Puede verse el texto del caso. — US — (1984).

### 6.3. MANUALES SOBRE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE TIPO VERTICAL

El Departamento de Justicia de los Estados Unidos ha expedido en varias ocasiones unos manuales en los cuales expresa su opinión sobre la interpretación de la ley y de las líneas jurisprudenciales en materia de restricciones verticales a la libre competencia.

A través de estos manuales o guías generales, el Departamento de Justicia ejerce una influencia decisiva sobre las prácticas comerciales imperantes en cada momento. Los empresarios pueden de esta manera conocer en forma anticipada la opinión de su potencial demandante en casos de antitrust, con lo que se logra un efecto pedagógico y disuasivo a la vez. Se considera que la función pedagógica del Departamento de Justicia es valiosa debido a la complejidad que reviste la interpretación de las leyes antimonopolísticas, la cual no está al alcance de todos los empresarios.

## 7. MONOPOLIOS

Como el objetivo de este estudio no es el análisis de los aspectos económicos del monopolio, basta con describir en forma general el fenómeno diciendo que:

“El monopolista es un productor que tiene tanta participación en el mercado, que al reducir su nivel de producción puede conseguir un aumento sustancial e inmediato del nivel de precios”<sup>56</sup>.

Es bien sabido que el monopolio tiene el potencial para desperdiciar los recursos escasos de la economía, razón por la cual se considera que su aspecto más negativo y perjudicial radica en la imposición de precios monopolísticos a los consumidores. Los precios monopolísticos perjudican a los consumidores por cuanto los obligan a sacrificar el consumo de otros bienes y servicios para obtener el bien objeto del monopolio, el cual en condiciones de competencia sería vendido a precios sustancialmente inferiores<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> *Op. cit.*, Miranda Londoño Alfonso, pág. 66.

<sup>57</sup> Las ventajas de la competencia frente al monopolio pueden verse en *op. cit.*, Miranda Londoño, Alfonso, pág. 60 y sigs.

El monopolio no se considera actualmente como ilegal en sí mismo, razón por la cual la principal preocupación del derecho antimonopolístico moderno no consiste en evitar la formación de monopolios ni en destruir los existentes, ya que existen mercados en los cuales el monopolio se da en forma espontánea o natural<sup>58</sup>. Una empresa no será condenada por el solo hecho de detentar un monopolio, mientras que no incurra en prácticas restrictivas de la libre competencia. En el caso de *EASTMAN KODAK CO. v. US*<sup>59</sup>, 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 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.*<sup>60</sup>, 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 firma que adquiere un monopolio en forma ilegal, se mantiene en violación de la Ley Sherman aunque no ejerza su poder; pero una firma que adquiere poder monopolístico en forma legal, tiene derecho a ejercer su actividad económica y obtener rendimientos monopolísticos, siempre que no realice prácticas restrictivas.

---

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.

59 *Op. cit.*, Hovenkamp, Herbert, pág. 153. El caso es de 1954.

60 *Op. cit.*, Sullivan, E. Thomas, Hovenkamp, Herbert, pág. 467. Puede verse el texto del caso. 603 US 444 (1980).

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.

### 7.1. POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO

La posición dominante en un mercado se configura cuando una firma tiene un poder de mercado significativo, que se traduce en la posibilidad de reducir la producción con el objeto de incrementar los precios del producto y así obtener ingresos extraordinarios, que de ninguna manera se lograrían en un mercado más participativo.

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 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 de 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 un firma en el mismo, es necesario determinar el mercado relevante de cada producto en un momento determinado<sup>61</sup>.

Para efectos de determinar el nivel de participación de una empresa en el mercado relevante, la Corte usualmente individualiza el producto,

---

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

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.

## 7.2. ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO

Como se dijo atrás, ninguna empresa será castigada por detentar y ejercer un monopolio sobre un producto (incluyendo el cobro de precios monopolísticos), a menos que realice prácticas restrictivas de la competencia. Debe agregarse que en la época actual, la Corte no condenará aquellas conductas que tiendan a crear eficiencias. El incremento de la participación de una empresa en un mercado determinado, debido a su capacidad o habilidad superior, no será castigado por la Corte.

Solamente se consideran ilegales aquellas prácticas restrictivas que tienden a excluir a los competidores de un mercado, o perjudican a los consumidores. Los ejemplos más importantes de dichas prácticas se explican a continuación.

### 7.2.1. Toma de control

La toma de control de empresas a través de fusiones o adquisiciones puede constituirse en una violación a las §1 y 2 de la Ley Sherman, y a la §7 de la Ley Clayton, que específicamente prohíbe las fusiones y adquisiciones de las empresas competidoras, cuando tales fusiones o adquisiciones tengan el efecto de restringir la competencia o formar un monopolio.

En los casos de *BROWN SHOE CO. vs. US*<sup>62</sup> y *US vs. VON'S GROCERY CO.*<sup>63</sup> la Corte Suprema de los Estados Unidos condenó las fusiones, tomas de control y consolidaciones económicas en general, alegando que existiría una tendencia hacia la concentración de las industrias en el evento de que la Corte aprobara dichas operaciones.

62 370 US 294 (1962).

63 384 US 270 (1966).



### 7.2.2. *Incremento de capacidad instalada o producto*

De conformidad con la jurisprudencia sentada por el juez Hand en el ya citado caso de ALUMINUM COMPANY OF AMERICA v. US, 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<sup>64</sup>. En este caso 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.

### 7.2.3. *Precios discriminatorios*

Los precios discriminatorios tienden a excluir a los competidores del mercado y violan la §2 de la Ley Clayton, modificada como ya se explicó, por la §13 de la Ley Robinson-Patman.

### 7.2.4. *Integración vertical*

La integración vertical de una empresa con posición dominante en el mercado puede llegar a ser una práctica restrictiva de la competencia cuando es utilizada como medio para discriminar en los precios o hacer más difícil el ingreso de nuevas empresas al mercado.

### 7.2.5. *Negativa a contratar o a cooperar*

La negativa a contratar o a cooperar con otra empresa debe estar debidamente justificada por una razón comercial válida; de lo contrario

---

64 *Op. cit.*, Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert, pág. 499. Puede verse el texto del caso. 96 FTC 65 (1980).

podría llegar a considerarse como una práctica restrictiva de la libre competencia.

En el caso de *ASPEN HIGHLAND SKIING CORP. v. ASPEN SKIING CO.*<sup>65</sup> el demandado fue encontrado culpable 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.

### 7.2.6. *Infracción de propiedad industrial*

La Corte ha considerado que la acumulación de patentes, en sí misma, no constituye una violación de las leyes antimonopolísticas. Lo mismo ha dicho de la no utilización de patentes. Sin embargo, es posible que si una empresa con posición dominante en un mercado decide acumular las patentes relacionadas con una determinada actividad económica, y además no las utiliza, esta actitud podría llegar a considerarse como una práctica restrictiva de la competencia. No existe una doctrina clara en este sentido.

Naturalmente que si se obtiene un monopolio a través de patente utilizando fraude o cualquier otro medio ilegal, tal conducta será considerada como violatoria de la §2 de la Ley Sherman, independientemente de la aplicación de otras normas<sup>66</sup>.

### 7.2.7. *Abuso del derecho de litigar*

La Corte ha establecido que en determinadas circunstancias las demandas frívolas (en inglés *Vexatious Litigation*) iniciadas por una empresa con posición dominante en el mercado, con el objeto de perjudicar a un competidor actual o potencial y detener su progreso tecnológico o comercial constituyen prácticas restrictivas de la competencia.

---

65 *Op. cit.*, Hovenkamp, Herbert, pág. 150. El caso es de 1984.

66 Véase *WALKER PROCESS EQUIPMENT INC. v. FOOD MACHINERY & CHEMICAL CORP.* 382 U.S. 172 (1965) Citado en *op. cit.*, Hovenkamp, Herbert, pág. 156.

### 7.3. INTENTO DE MONOPOLIZAR

Para que exista una violación a la Ley Sherman no es necesario que una empresa tenga éxito en constituir o ejercer un monopolio en forma ilegal; ya que el intento de monopolizar un mercado constituye una ofensa independiente a las leyes antimonopolísticas bajo la §2 de la Ley Sherman. La forma en que se encuentra redactada esta sección confirma lo que se ha dicho aquí sobre el carácter *ex ante* del derecho antimonopolístico norteamericano<sup>67</sup>.

#### 7.3.1. Intención

Para que una demanda sobre intento de monopolización tenga éxito, el demandante debe demostrar que el demandado tiene la inconfundible intención de controlar los precios o destruir la competencia en un mercado determinado, que el demandado ha incurrido en prácticas predatorias o anticompetitivas con el objeto de obtener su propósito ilegal, y que además tiene peligrosas posibilidades de éxito.

#### 7.3.2. Precios predatorios

La utilización de precios predatorios consiste en el esfuerzo por obtener o conservar una posición de dominio en el mercado reduciendo los precios por debajo de los que presentan los competidores que se aspira a excluir del mercado, con la intención de elevar los precios a niveles superiores de los que se tendría en situación de competencia, una vez se haya alcanzado la posición de dominio en el mercado.

Para que la Corte 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*<sup>68</sup>, la Corte utilizó el examen “Areeda Turner”, con el objeto de determinar si una reducción

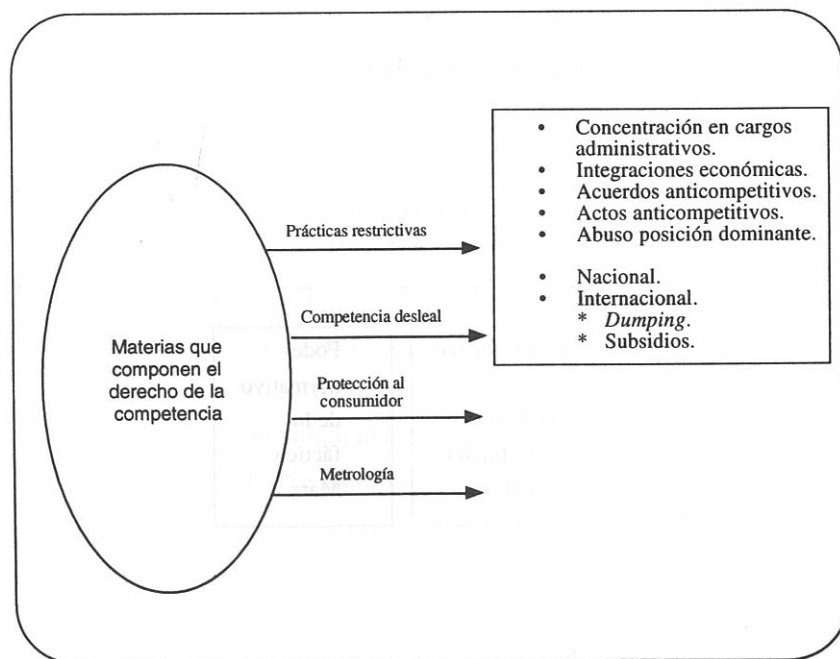
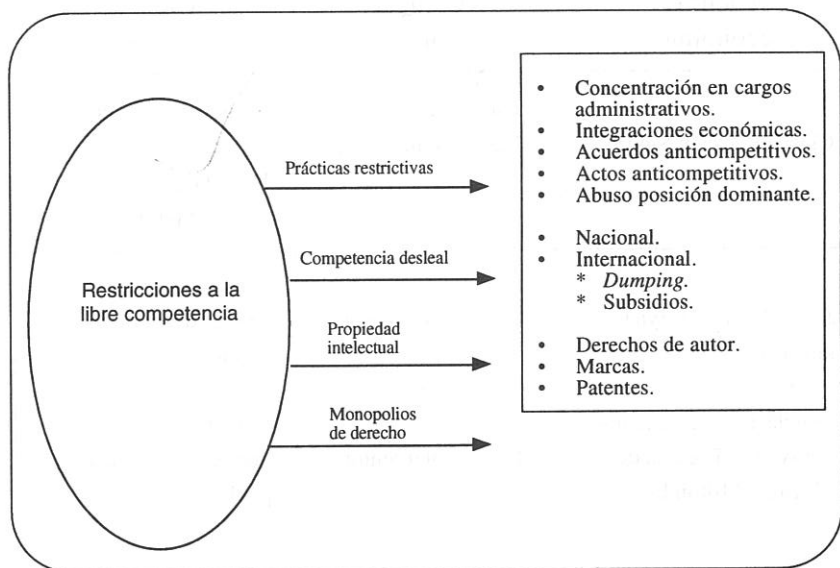
67 Véase lo dicho en los puntos 4.2., 5.3.1. y 5.4. *supra*.

68 *Op. cit.*, Hovenkamp, Herbert, pág. 183. 459 US 825 (1982).

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 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.

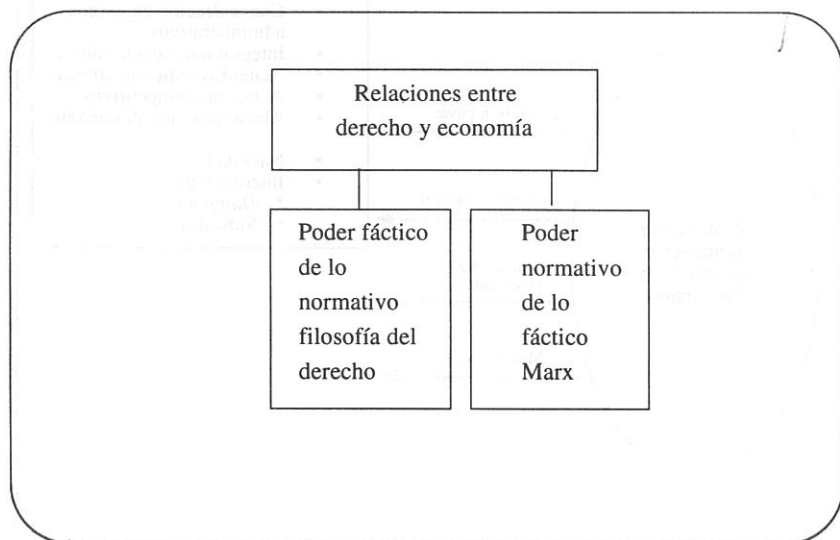
## I. INTRODUCCIÓN



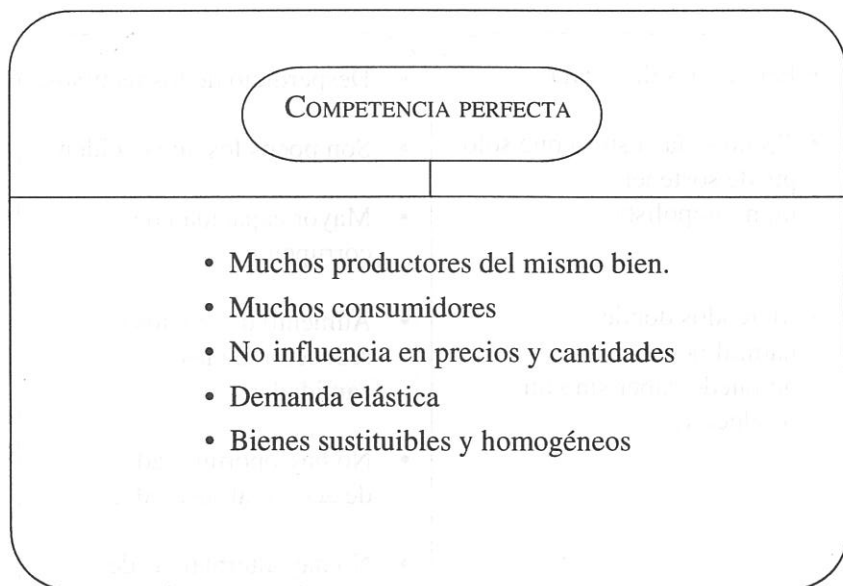
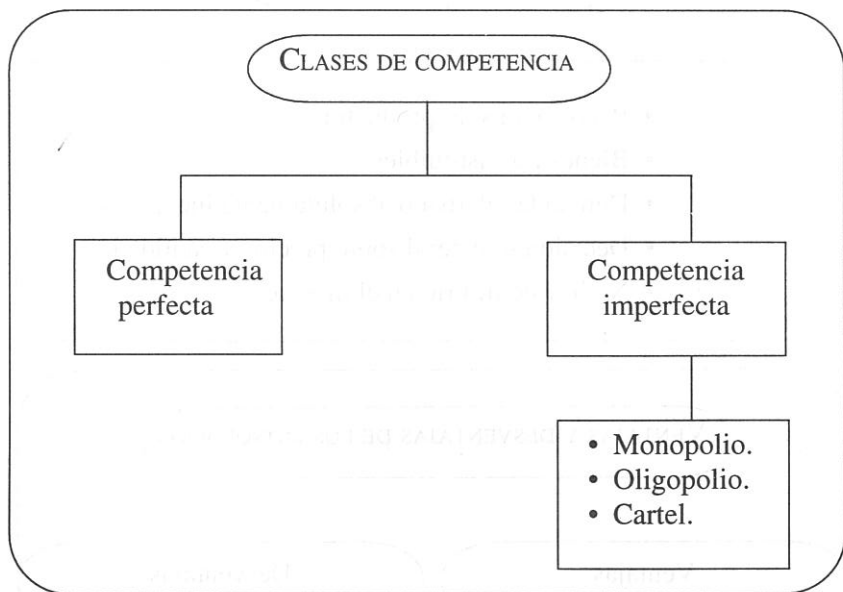
## EVOLUCIÓN DE LAS IDEAS ECONÓMICAS POLÍTICAS-JUÍRDICAS

Ciencia económica	Ciencia política	Ciencia jurídica
Clásicos: Adam Smith	Estado gendarme Laissez Faire	Escuela clásica del servicio público. Derecho público = Servicio público.
John Maynard Keynes keynesianos	Estado interventor	Crisis de la noción. Clásica del servicio público.
Neoclásicos - Neocuantitativistas. Escuela de Chicago. Milton Friedman	Estado interventor	Derecho público diferente de servicio público.

## DELIMITACIÓN DEL TEMA



## II. CONCEPTOS ECONÓMICOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA



## COMPETENCIA IMPERFECTA

- Pocos o un solo productor
- Bienes no sustituibles
- Demanda relativa o absolutamente inelástica
- Decisión unilateral sobre precios y cantidades
- No hay equilibrio en el mercado

## VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LOS MONOPOLIOS

## Ventajas

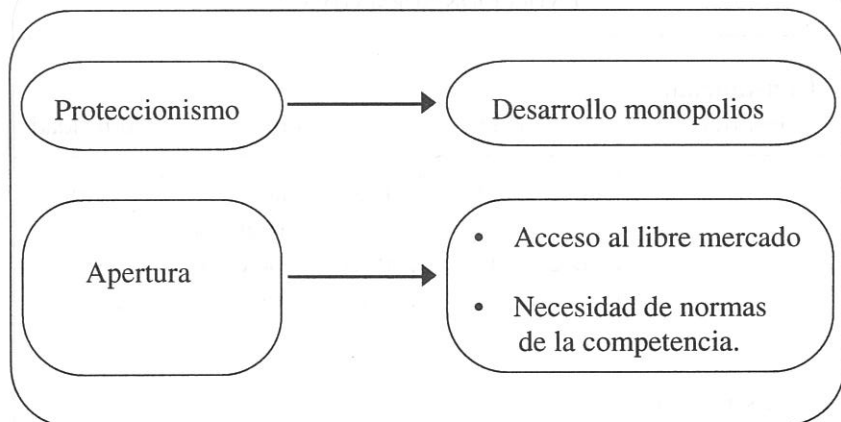
- Economías de escala.
- Tecnología costosa que sólo puede sostener un monopolista.
- Mercados donde naturalmente no puede haber sino un productor.

## Desventajas

- Desperdicio de los recursos.
- Son pocos los que deciden.
- Mayor capacidad de corrupción.
- Aumento de precios y reducción de las cantidades.
- No hay oportunidad de acceso al mercado.
- No hay alternativas de consumo.



## DERECHO DE COMPETENCIA Y APERTURA ECONÓMICA



## III. EVOLUCIÓN NORMATIVA

## EVOLUCIÓN N° 1

Constitución Política	Norma	Tema	Autoridad
Antes de la C.P. de 1991	• Ley 155/59	Prohibiciones generales.	SIC
	• Dec. 1302/64	• Reglamentó la Ley 155. • Excepciones de bloque.	SIC
	• Dec. 410/71	Código de Comercio.	
	• Dec. 3466/82	Protección al consumidor.	SIC
	• Ley 45/90	Reforma financiera.	SB
	• Dec. 1900/90	Ref. Sector comunicaciones.	Mincomunicaciones
	• Ley 1/91	Ley de puertos.	SNP

## EVOLUCIÓN NORMATIVA 2

Constitución Política	Norma	Tema	Autoridad
Después de la C.P. de 1991  Art. 75, 78, 333 y 336 C.P.	• Dec. 2122/91	Reestructura	CRT
	• Dec. 2153/92	Mincomunicaciones. Prácticas restrictivas en el sector real..	SIC
	• Ley 37/93	Telefonía móvil celular.	SIC
	• Ley 100/93	Reforma Sistema de Seguridad Social.	SIC
	• Dec. 663/93	Estat. Org. Sistema Financiero.	SB
	• Dec. 1663/93	Reglamenta la Ley 100.	SIC
	• Ley 142/94	Régimen de servicios públicos domiciliarios. Ley de Energía	SSPD CRT C REG. CRAP
	• Ley 143/94	Eléctrica.	SIC
	• Ley 222/95	Reforma al Código de Comercio.	SSPP
	• Ley 256/96	Ley de Competencia Desleal	Juez Comercial o Civil del Circuito

#### IV. DIFERENCIAS ENTRE COMPETENCIA DESLEAL Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

Aspectos diferenciadores	Competencia desleal	Prácticas restrictivas de la competencia
Bien jurídico protegido	Participantes en el mercado	Consumidores y competidores (interés general)
Autoridad	Juez del Comercio o Civil del Circuito	Superintendencia de Industria y Comercio u otra autoridad antimonopolística
Procedimiento	Judicial	Administrativo
Legitimación activa en la causa	Amenazado, afectado, Procurador General, Asociaciones o corporaciones Profesionales o de consumidores	Cualquier persona y aún de oficio
Medidas	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Detener la práctica</li> <li>• Indemnizar perjuicios</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Detener la práctica</li> <li>• Imponer multas</li> </ul>

#### V. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

- Prohibición a la concentración de cargos administrativos.
- Control de fusiones e integraciones.
- Acuerdos anticompetitivos.
- Actos anticompetitivos.
- Abuso de la posición dominante.

### ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS

- Fijación de precios.
- Discriminación.
- Repartición de mercados.
- Asignación de cuotas.
- Limitación de materias primas.
- Limitación desarrollos técnicos.
- Ventas atadas.
- Acuerdos de no producir.
- Colusión en licitaciones públicas.

### ACTOS ANTICOMPETITIVOS

- Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.
- Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios.
- 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.

ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

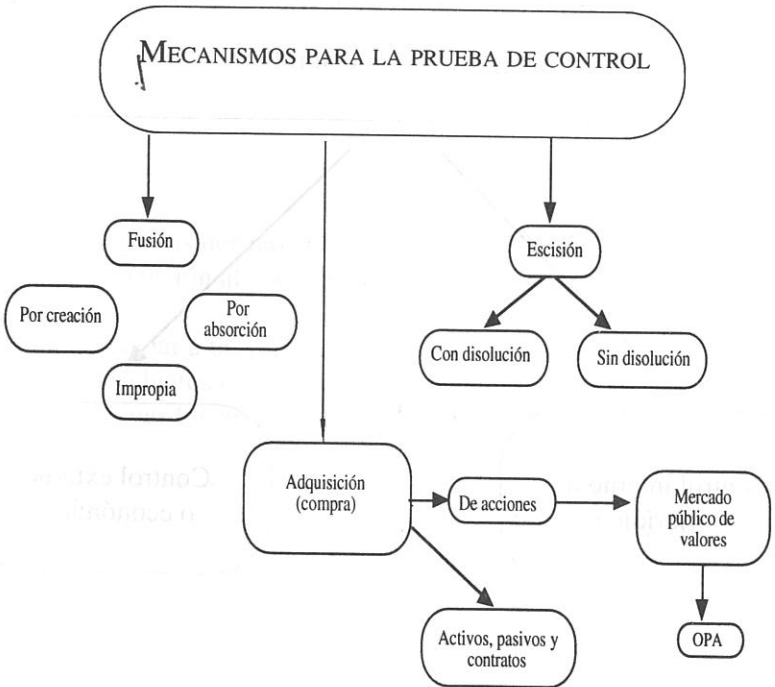
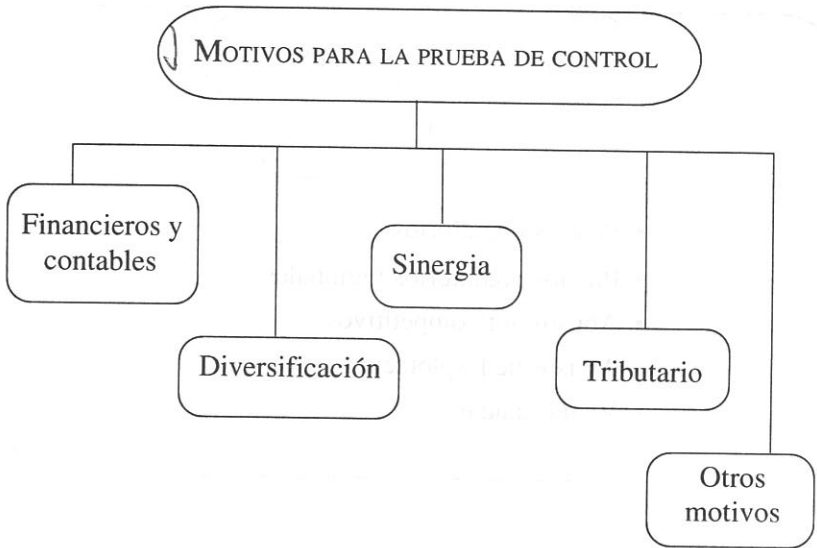
- Precios predatorios.
- Precios predatorios regionales.
- Abusos anticompetitivos.
- Abusos de Explotación.
- Ventas atadas.

VI. TOMAS DE CONTROL

Clases de control

Control interno o  
jurídico

Control externo  
o económico



TÁCTICAS DEFENSIVAS DE LA TOMA DE CONTROL

Tácticas Antecedentes

Tácticas Concomitantes

Estatutarias  
(*Shark Repellent  
Amendments*)

Contractuales

- Paracaídas dorados.
- Acuerdos con sindicatos.
- Acuerdos con acreedores.
- Joyas de la corona.

- Mayorías extraordinarias para votación..
- Junta directiva escalonada.
- Píldora de veneno.
- Derecho de preferencia.

- Caballero blanco.
- Demandas antimonopolísticas.
- Propaganda.
- Tierra arrasada.
- Soborno verde.
- Defensa *Pac-Man*.

## VII. COMPETENCIA DESLEAL

## CATEGORÍAS DE LA COMPETENCIA DESLEAL

- Cláusula general.
- Confusión.
- Actos de descrédito.
- Actos de desorganización al competidor.
- Actos de desviación de la competencia.
- Actos para desorganizar el mercado.
- Empleados.
- Imitaciones y falsificaciones.
- Cláusula de exclusividad.

## ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

Conducta	C.de Com.	Ley 256/96
• Confusión con competidor, establecimiento o productos o servicios.	Art. 75 - 1	Art. 10
• Denigratorios o de descrédito de un competidor, su establecimiento o sus productos o servicios.	Art. 75 - 2	Art. 12
• Desorganización del competidor u obtención de secretos.	Art. 75 - 3	Art. 9
• Desviación de clientela.	Art. 75 - 4	Art. 8
• Desorganización general del mercado.	Art. 75 - 5	
• Sustraer empleados de confianza y técnicos.	Art. 75 - 6	Art. 16
• Utilización de denominación de origen falsa o engañosa	Art. 75 - 7	Art. 11, 14 15 - 2



## VIII. EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL RÉGIMEN GENERAL DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS

### 1. INTRODUCCIÓN

Política de competencia

Años cincuenta y sesenta  
influencia del Tratado de Roma y la legislación de Estados Unidos de América

Años ochenta y noventa:  
apertura económica  
desarrollo en América Latina

### COLOMBIA

SIC

1a. Etapa: persuasión

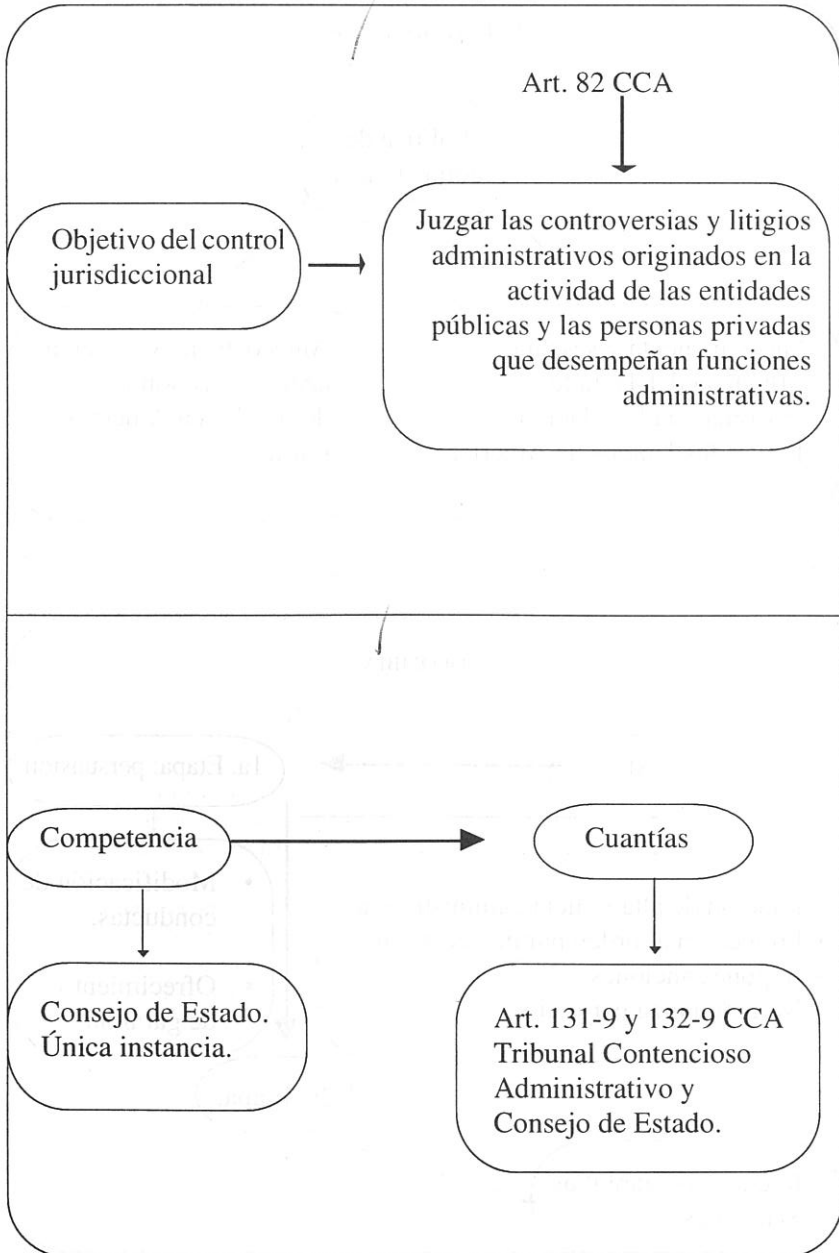
- Función de alta policía administrativa.
- Protección al orden público económico.
- Impone sanciones.
- No indemniza perjuicios.

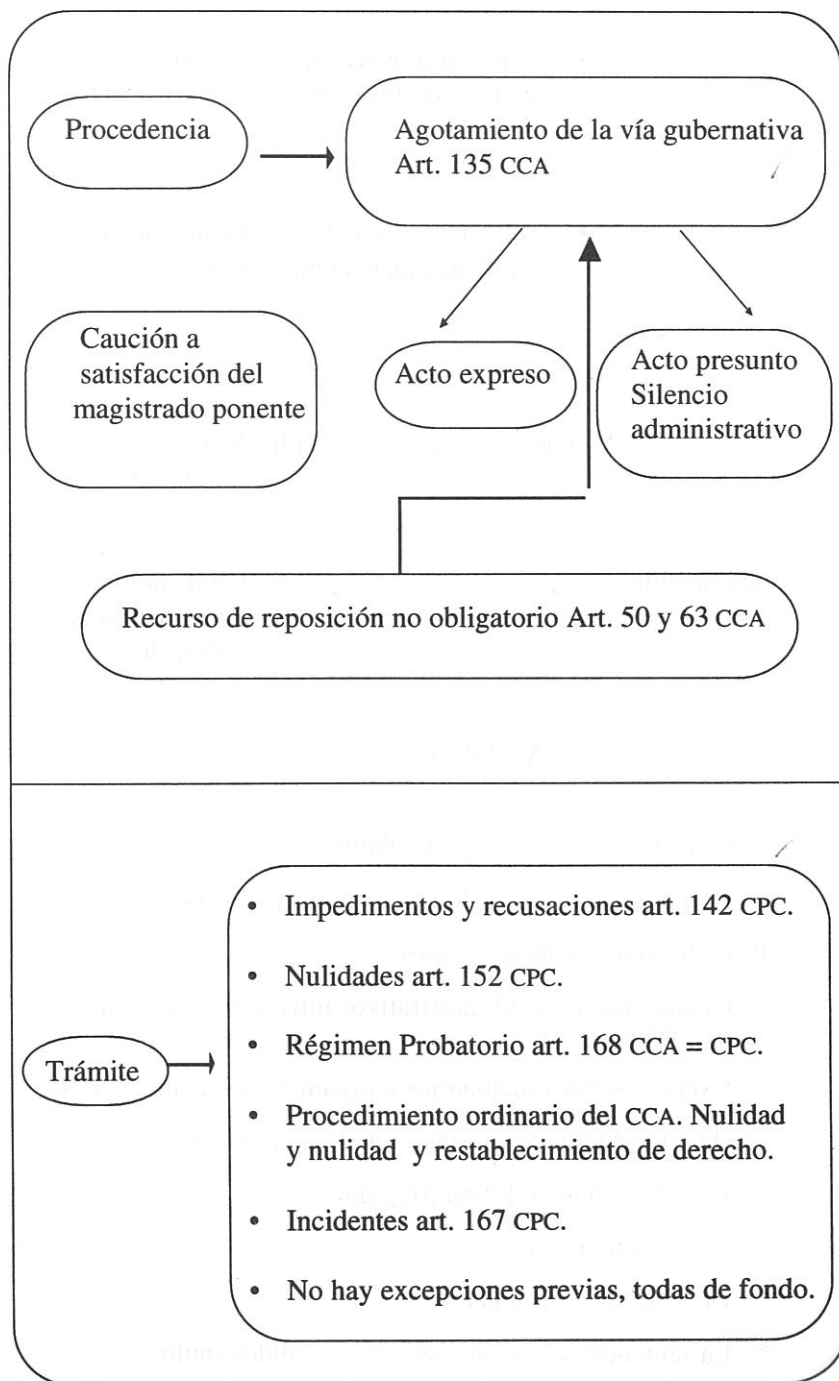
- Modificación de conductas.
- Ofrecimiento de garantías.

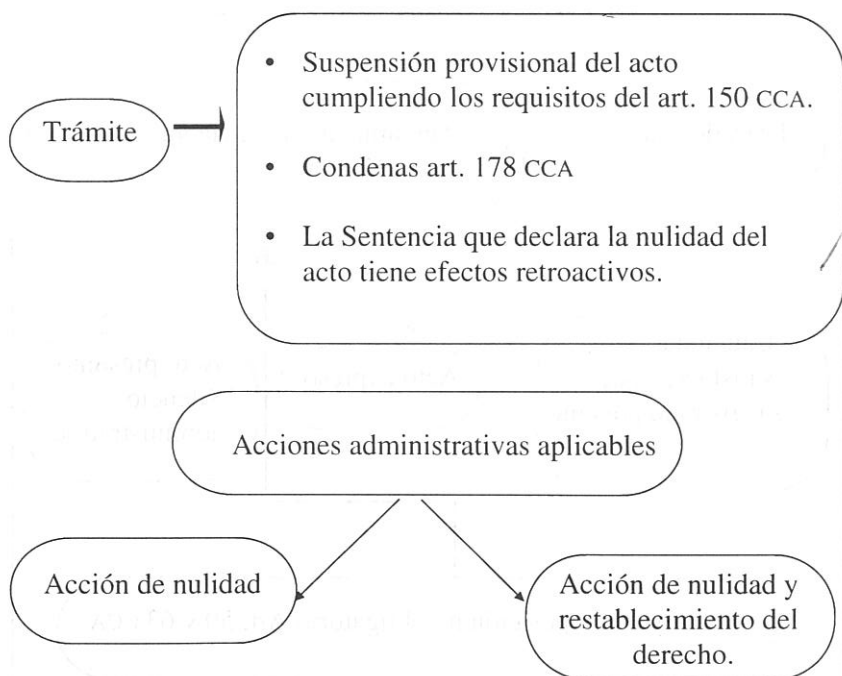
2a. Etapa:

- Rechazo de garantías.
- Sanciones.

2. CONTROL DE LAS ACTUACIONES DE LA SUPERINTENDENCIA  
DE INDUSTRIA Y COMERCIO ANTE LA JURISDICCIÓN  
DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO







### ACCIÓN DE NULIDAD

- Contra actos generales y particulares.
- Cualquier persona en cualquier tiempo. Art. 84 CCA.
- Procede en los siguientes casos:
  - \* Cuando los actos administrativos infringen las normas en que debían basarse.
  - \* Expedidos por funcionarios u organismos incompetentes.
  - \* (Incompetencia territorial, cronológica o material).
  - \* Acto expedido en forma irregular.
  - \* Falsa motivación.
  - \* Desviación de atribuciones.
  - \* La sentencia sólo dice si el acto es válido o nulo.

### ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- Cualquier persona lesionada en un derecho amparado en una norma legal. Art. 85 CCA.
- Procede por cualquiera de las causales previstas para la acción de nulidad.
- La persona debe creerse lesionada en un derecho suyo.
- Caduca en 4 meses desde la publicación del acto. Si el demandante es una entidad pública caduca en 2 años. Los actos presuntos caducan en 4 meses contados desde el silencio administrativo.
- En la sentencia el juez puede sustituir el acto anulado.

Responsabilidad civil  
contractual



Acciones

Responsabilidad civil  
extracontractual



Responsabilidad por abuso del  
derecho de competir

Cuando la SIC o el contencioso se hayan pronunciado no procede al juez civil pronunciarse sobre el carácter anticompetitivo de los actos.

### Nulidad de actos anticompetitivos



Art. 19 Ley 155/59: “Los acuerdos, convenios u operaciones prohibidos por esta ley, son absolutamente nulos por objeto ilícito”.

Art. 46 Dec. 2153/92: “En los términos de la Ley 155 de 1959 y el presente decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito”.

La declara el juez civil y/o administrativo

### Prejudicialidad



Art. 170 Inc. 1 Num. 2 CPC y art. 171 CPC



Existencia de un proceso contencioso administrativo sobre nulidad de los actos de la SIC.

## IX. DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LAS TELECOMUNICACIONES

- Constitución Política
  - \* Art. 333
  - \* Art. 75
  - \* Art. 365
  
- Servicios públicos no domiciliarios de telecomunicaciones
  - \* Ley 72 de 1989
  - \* D. 1900 de 1990
  - \* Ley 155 de 1959
  - \* D. 2153 de 1992
  - \* Ley 256 de 1996

### SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE TELECOMUNICACIONES

- Derecho de la competencia en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios
  - \* Ley 142 de 1994
  - \* Res. 087 de 1997 (CRT)

**ARTÍCULO 34 PROHIBICIÓN GENERAL**

- Cobro de tarifas que no cubren gastos de operación.
- Prestación de servicios adicionales gratis o a precios inferiores al costo.
- Acuerdos de tarifas o cuotas.
- Colusión en licitaciones u ofertas.
- Competencia desleal.
- Abuso de la posición dominante frente a otros participantes en el mercado.

**ARTÍCULO 98. PRÁCTICAS TARIFARIAS RESTRICTIVAS**

- Apalancamiento
- Tarifas predatorias
- Tarifas discriminatorias



ARTÍCULO 14 N° 13 POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO

- De la empresa en relación con sus usuarios.
- De la empresa en relación con el mercado de sus servicios.

ARTÍCULO 133. ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO

- Por imposición de obligaciones adicionales.
- Por imposición de condiciones desiguales.

DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA RESOLUCIÓN 087  
DE 1997 DE LA CRT

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

- Contenido y objeto del régimen de competencia.
- Ámbito de aplicación del régimen de competencia.
- Libertad de competencia y prohibición general de incurrir en prácticas restrictivas de la libre competencia y abusar de la posición dominante en el mercado.
- Evaluación de las condiciones de competencia.

## CAPÍTULO II. NORMAS SOBRE COMPETENCIA RELACIONADAS CON TARIFAS

- Prácticas tarifarias restrictivas de la libre competencia
  - \* Tarifas predatorias
  - \* Cobro por instalaciones esenciales.
  - \* Prueba de la imputación

## CAPÍTULO III. NORMAS SOBRE COMPETENCIA RELACIONADAS CON OPERADORES Y PROVEEDORES

- Prohibición a los acuerdos anticompetitivos.
- Arrendamiento y acceso a instalaciones esenciales.
- Tratamiento discriminatorio a otros operadores de TPBC.
  - \* Tratamiento preferencial a sí mismo
  - \* Tratamiento diferencial no justificado
- Uso indebido de información de competidores
- Creación de división para prestar servicios a otros operadores de TPBC
- Autorización para administración común
- Ocultamiento de información
- Control de fusiones e integraciones
- Portabilidad numérica
- Derecho a instalar teléfonos públicos

#### CAPÍTULO IV. NORMAS SOBRE COMPETENCIA RELACIONADAS CON LOS USUARIOS

- Restricciones al empaquetamiento de servicios.
- Separación de cargos en la facturación de servicios de TPBC.
- Equipos terminales.

#### CAPÍTULO V. OTRAS DISPOSICIONES

Información para el inicio de investigaciones

#### X. LIBRE COMPETENCIA EN LOS SERVICIOS DE SALUD

Decreto 1663 de 1994

## ÁMBITO DE APLICACIÓN

Mercado de servicios de salud /

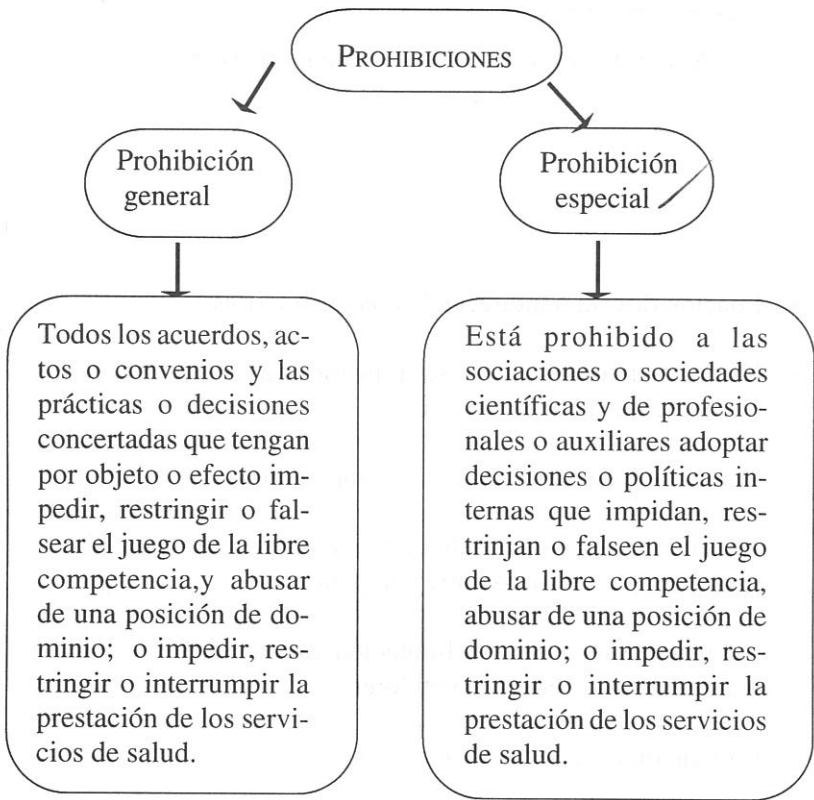
Incluye insumos y equipos /

## GARANTÍA DE LIBRE Y LEAL COMPETENCIA

- EPS.
- IPS.
- Profesionales del sector.
- Asociaciones científicas o de profesionales o auxiliares.
- Todas las personas naturales o jurídicas que participen en el sector.

## FINALIDADES

- Mejorar eficiencia en prestación de servicios.
- Garantía en efectividad de la libre escogencia.
- Participación de personas naturales o jurídicas que ofrezcan administración y prestación de servicios.
- Garantía en variedad de precios y calidad de bienes y servicios.



Autoridad competente → SIC.

### PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA

- Acuerdos contrarios a la libre competencia.
- Actos contrarios a la libre competencia.
- Abuso de la posición dominante.

## ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA

- Fijación directa o indirecta de precios o tarifas.
- Determinar condiciones discriminatorias de venta o comercialización de insumos.
- Repartición de mercados entre competidores.
- Asignación de cuotas de distribución o venta de bienes o prestación de servicios entre competidores.
- Asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento entre competidores.
- Limitación de desarrollos técnicos.
- Subordinar la distribución, venta o prestación de servicios a obligaciones adicionales.
- Los realizados entre competidores para afectar la prestación de un servicio.
- Los realizados entre competidores para crear barreras de entrada de nuevos participantes en el mercado.
- Abstenerse de dar a los usuarios o al sistema información no reservada, así como ocultarla o falsearla.
- Colusión en las licitaciones o concursos.

**ACTOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA**

- Infringir reglas sobre publicidad.
- Influenciar al competidor para incrementar o no bajar precios.
- Discriminación o negativa a prestar servicio a una persona.
- Condiciones discriminatorias para venta o comercialización de insumos o servicios.
- No proveer información oportuna y suficiente a usuarios o al sistema, ocultarla o falsearla.

**POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO**

La posición dominante en el mercado de los servicios de salud consiste en la posibilidad que tiene una empresa o persona de determinar, directa o indirectamente, las condiciones en su respectivo mercado.

**ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE**

- Disminución de precios o tarifas por debajo de los costos para eliminar competidores o prevenir la entrada de nuevos.
- Aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes.
- Subordinar la prestación de un servicio a la aceptación de obligaciones adicionales.
- Distribución o venta de bienes o prestación de servicios a un afiliado en condiciones diferentes a las de otro para disminuir o eliminar la competencia.
- Distribución o venta de bienes o prestación de servicios en alguna parte del territorio a precios diferentes a los que se ofrece en otro para eliminar la competencia.

**COMPETENCIA DESLEAL EN EL MERCADO  
DE LOS SERVICIOS DE SALUD**

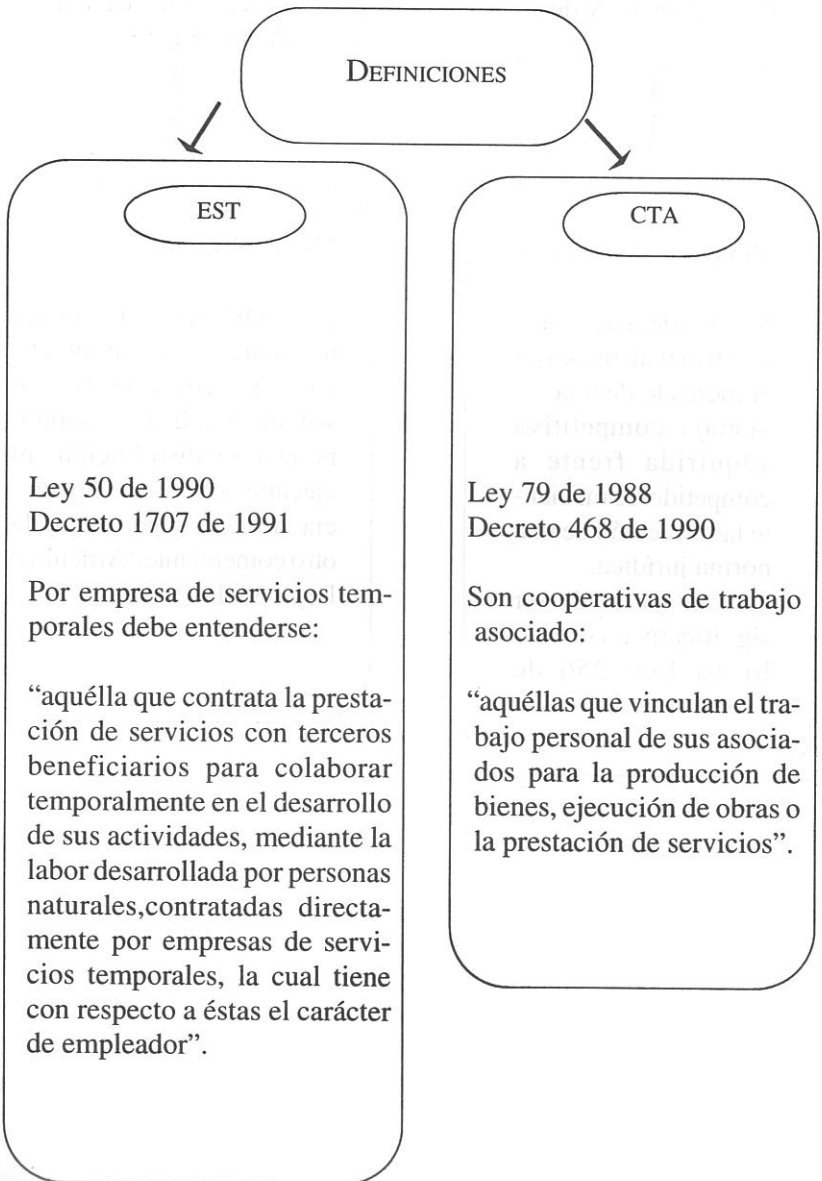
Serán aplicables a las actividades de las entidades promotoras de salud, los promotores de éstas, las instituciones prestadoras de servicios de salud, los profesionales del sector de la salud, las asociaciones científicas o de profesionales o auxiliares de dicho sector y a las de todas las personas naturales o jurídicas que en él participen, las normas sobre competencia desleal contenidas en el Código de Comercio.

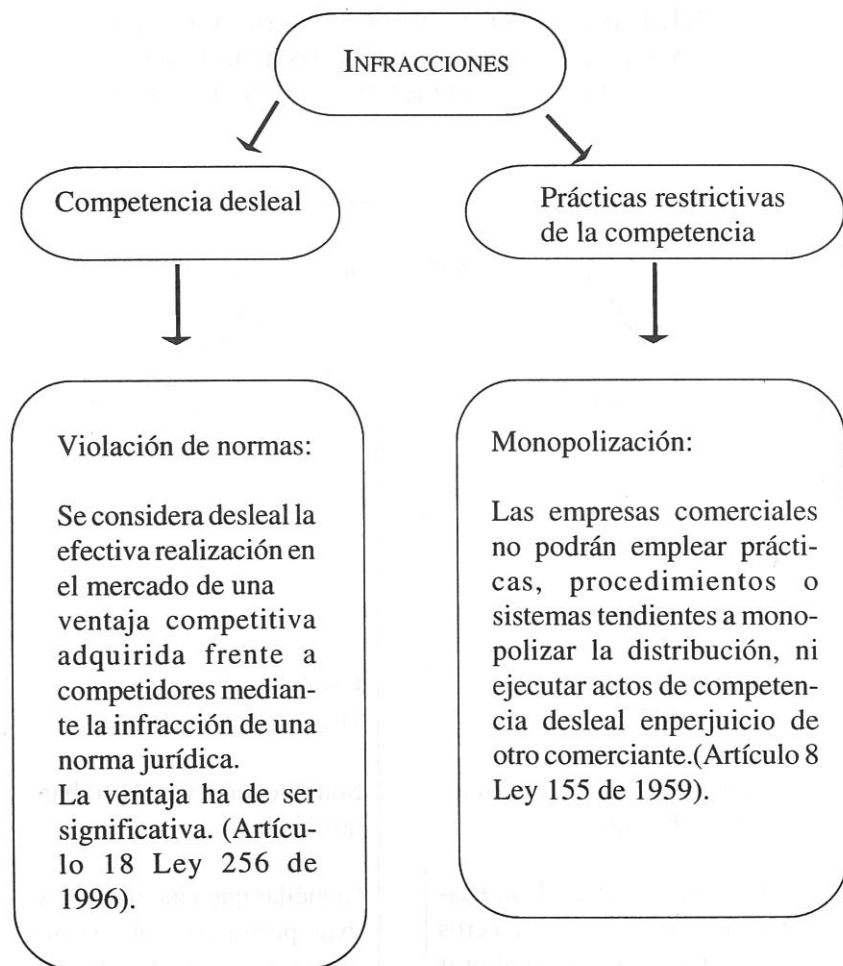
**PROHIBICIÓN A LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL**

Se prohíben los actos de competencia desleal en el mercado de los servicios de salud. Se considera que constituye competencia desleal en el mercado de los servicios de salud, todo acto o hecho contrario a la buena fe comercial y al normal desenvolvimiento de las actividades propias de dicho mercado.



## XI. LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO Y LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES A LA LUZ DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA





de la Competencia CEDEC, segunda edición, Pontificia Universidad Javeriana, 1996 y se reproduce en esta publicación.

- "Presente y futuro del derecho de la competencia en Colombia", *Revista de Derecho* N° 3, Universidad del Norte, Barranquilla, 1994.
- "El derecho de la competencia en el sector de las comunicaciones". *Revista del Instituto Brasileiro de Estudos de Relaciones de Competencia y de Consumo*, —IBRAC—, São Paulo, Brasil, 1997. Dicho documento fue reproducido en la *Colección Seminarios N° 8* Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC II, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.
- "Las cooperativas de trabajo asociado y las empresas de servicios temporales, a la luz del derecho de la competencia". II Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1997. Dicho documento se reproduce en esta publicación.
- "Los acuerdos anticompetitivos de repartición de mercados". II Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1997. Dicho documento se reproduce en esta publicación.
- "El régimen general de la libre competencia. Características principales". II Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1997. Dicho documento fue reproducido en la revista *Con Texto* N° 2, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998 y se reproduce en esta publicación.
- "El derecho de la competencia en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios", II Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1997. Dicho documento se reproduce en esta publicación.
- "El régimen especial de la competencia para los servicios de telefonía pública básica conmutada (TPBC)". Ponencia en el "Curso sobre la nueva regulación en Colombia", Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, Cartagena de Indias, 1997. Dicho documento se publica aquí por primera vez.
- "El control jurisdiccional del régimen general de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas", seminario internacional "Aplicación de la política de competencia", Superintendencia de Industria y Comercio, Cartagena de Indias, 1998. Dicho documento se publica aquí por primera vez.



ISBN 958-683-077-2



9 789586 830775

**E**l 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.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
Facultad de Ciencias Jurídicas