

C
I
E
N
C
I
A
S

Ju
di



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

SEMINARIOS 12

ri

CEDEC IV

Centro de Estudios
de Derecho
de la Competencia
Compilación
documentos sobre derecho
de la competencia

cas

COLECCIÓN SEMINARIOS N° 12

Centro de Estudios de Derecho de la Competencia

CEDEC IV



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
Facultad de Ciencias Jurídicas
2000

Pontificia Universidad Javeriana
Facultad de Ciencias Jurídicas

Centro de Estudios de Derecho de la Competencia

CEDEC IV

Colección Seminarios N° 12

Jorge Molina

Gabriel Ibarra Pardo

Alfonso Miranda Londoño

Marco Antonio Velilla Moreno

Juan José Botero Villa

Director del CEDEC

Alfonso Miranda Londoño

amirandal@cable.net.co

1ª edición 2000

ISBN obra: 958-9176-32-1

ISBN volumen: 958-683-324-0

Decano

LUIS FERNANDO ALVAREZ LONDOÑO, S.J.

Autoedición, fotomecánica e impresión

Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas –JAVEGRAF-

Teléfono: 320 83 20 ext.: 5421 - 5202

Bogotá, D.C., Colombia

© Derechos reservados



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

SEMINARIOS 12

C I E N C I A S

Ju

ri

di

cas

CEDEC IV

Centro de Estudios
de Derecho

de la Competencia

Compilación

documentos sobre derecho

de la competencia

ÍNDICE

| | |
|--|-----|
| PRÓLOGO | 7 |
| SECCIÓN I. ARTÍCULOS DE AUTORES EXTRANJEROS | |
| Las cláusulas abusivas | 15 |
| JORGE MOLINA | |
| SECCIÓN II. ARTÍCULOS DE AUTORES NACIONALES | |
| La práctica de fijación unilateral de precios y su aplicación en Colombia | 55 |
| GABRIEL IBARRA PARDO y ALFONSO MIRANDA LONDOÑO | |
| El derecho de la competencia y el sector público | 77 |
| MARCO ANTONIO VELILLA MORENO | |
| La escisión: una alternativa en la política de competencia | 107 |
| JUAN JOSÉ BOTERO VILLA | |
| SECCIÓN III. ALGUNOS ARTÍCULOS PREPARADOS PARA LA PRENSA Y REVISTAS POR ALFONSO MIRANDA LONDOÑO | |
| Los objetivos del derecho de la competencia | 121 |
| <i>Application of Competition Law in Colombia</i> | 125 |
| La política de la competencia en el presente gobierno | 131 |
| El régimen de competencia en el proyecto de ley de telecomunicaciones | 133 |
| <i>International Long Distance Telephony Using Internet Protocol Ruled Illegal</i> | 135 |
| <i>New Superintendency of Industry and Commerce</i> | 137 |
| <i>Key decisions raise authority's profile</i> | 139 |

SECCIÓN IV. DOCTRINA DE LA SUPERINTENDENCIA
DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Resolución N° 17464 de 1999.

| | |
|---|-----|
| Caso del cemento | 143 |
| Todos contra todos. Operadores de larga distancia | 217 |

SECCIÓN V. EJERCICIOS ACADÉMICOS

| | |
|--|-----|
| Caso del servicio <i>TELEBIP</i> | 221 |
|--|-----|

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO

PRÓLOGO

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

Desde el año de 1998 el CEDEC ha realizado una gran cantidad de actividades, a través de las cuales se ha consolidado el actual grupo de trabajo, que permanentemente realiza investigaciones y discusiones sobre diversos temas relacionados con el derecho de la competencia. Las principales actividades del CEDEC durante los años de 1998, 1999 y lo que va corrido del año 2000 han sido las siguientes:

I. PROGRAMAS DE POSGRADO

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

- Derecho comercial - Pontificia Universidad Javeriana. Módulo dictado por ALFONSO MIRANDA LONDOÑO (director), MARÍA CLARA LOZANO, JORGE JAECKEL y GABRIEL IBARRA (1999-2000).
- Derecho comercial – Universidad de los Andes. Módulo dictado por ALFONSO MIRANDA LONDOÑO (director), SANTIAGO CONCHA, y MARÍA CLARA LOZANO (1999-2000).

- Derecho de las comunicaciones - Pontificia Universidad Javeriana. Módulo dictado por ALFONSO MIRANDA LONDOÑO (director), y MARÍA CLARA LOZANO, (1998-2000).
- Derecho telecomunicaciones - Universidad Externado de Colombia. Módulo dictado por ALFONSO MIRANDA LONDOÑO (director), y MARÍA CLARA LOZANO (1999-2000).
- Derecho telecomunicaciones - Universidad de los Andes. Módulo dictado por ALFONSO MIRANDA LONDOÑO (director), y MARÍA CLARA LOZANO, (1999-2000).
- Propiedad intelectual - Universidad Externado de Colombia. Módulo dictado por ALFONSO MIRANDA LONDOÑO (1999-2000).

II. SEMINARIOS, DIPLOMADOS Y RONDAS DE TRABAJO

- Seminario: “El nuevo entorno de las telecomunicaciones para la sociedad del siglo XXI”, que se realizó en Santa Fe de Bogotá, en el Centro de Convenciones y Exposiciones Gonzalo Jiménez de Quesada, durante el mes de agosto de 1999 y en el cual participó ALFONSO MIRANDA LONDOÑO con una conferencia sobre el régimen de competencia en el proyecto de ley de telecomunicaciones.
- Diplomado de “Supervisión y control”, que se realizó en la Universidad Externado de Colombia en el mes de agosto de 1999 en el cual participó ALFONSO MIRANDA LONDOÑO.
- Diplomado en “Derecho de la competencia, que se realizó en la Universidad Externado de Colombia, en el cual participaron GABRIEL IBARRA PARDO, JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR y ALFONSO MIRANDA LONDOÑO.
- Conferencia en la Universidad Nacional de Colombia sobre “Régimen de interconexión en el proyecto de ley de telecomunicaciones.

- Reunión anual de la Sección de Antitrust del American Bar Association 1999. Participaron: GABRIEL IBARRA PARDO y ALFONSO MIRANDA LONDOÑO.
- Reunión anual de la Sección de Antitrust del American Bar Association 2000. Participaron: MARÍA CLARA LOZANO, GABRIEL IBARRA PARDO y ALFONSO MIRANDA LONDOÑO.

III. TERTULIAS

Durante el año de 1999 y lo corrido del 2000, se han realizado sesiones del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Los expositores de estas reuniones fueron: EMILIO JOSÉ ARCHILA, en dos oportunidades; GABRIEL IBARRA PARDO, ALFONSO MIRANDA LONDOÑO y JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR, en las restantes. Las reuniones se efectuaron en la Pontificia Universidad Javeriana y los temas de las sesiones fueron los siguientes:

- Aplicación de las normas de competencia desleal, por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, por EMILIO JOSÉ ARCHILA, febrero de 1999.
- Fijación unilateral de precios, por GABRIEL IBARRA PARDO, y ALFONSO MIRANDA LONDOÑO, agosto de 1999.
- Libre competencia y decretos de reestructuración, por EMILIO JOSÉ ARCHILA, septiembre de 1999.
- Exposición de la resolución N° 17464 de 1999. Superintendencia de Industria y Comercio, por medio de la cual se cierra la investigación en contra del Instituto Colombiano de Productos de Cemento y algunas fábricas productoras de cemento gris y se aceptan garantías, por JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR, noviembre de 1999.
- Competencia desleal. Enfoque y procedimiento, por JORGE JAECKEL K., febrero de 2000.

- Derecho de la competencia y entidades públicas, MARCO VELILLA, mayo y junio de 2000.

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

A partir del segundo semestre de 1997, algunos alumnos de tercero y cuarto año de derecho de la Pontificia Universidad Javeriana colaboran en diferentes actividades relacionadas con el CEDEC, cuyo resultado representa un muy importante aporte para el centro de estudios.

Estas son algunas de las actividades realizadas por los alumnos:

- Compilación de resoluciones expedidas por las superintendencias y las comisiones de regulación, además de sentencias de altas cortes en lo tocante con el derecho de la competencia.
- Compilación de normas sobre derecho de la competencia.
- Búsqueda de información acerca del derecho de la competencia.
- Introducir la información obtenida en la página *web* de la universidad.

V. LA PRESENTE PUBLICACIÓN

La publicación que hoy presentamos tiene una gran importancia para el CEDEC, puesto que por vez primera hemos recibido valiosa contribución de autores extranjeros, como JORGE MOLINA, hoy magistrado del Tribunal de Defensa de la Competencia en Panamá.

En este volumen se publica el documento elaborado para el CEDEC por GABRIEL IBARRA PARDO y ALFONSO MIRANDA LONDOÑO, sobre el tema de la fijación unilateral de precios.

Se incluyen también, una serie de breves artículos que han sido preparados por ALFONSO MIRANDA LONDOÑO para distintos periódicos y revistas.

Hemos incluido la Resolución n° 17464 de 1999 de la Superintendencia de Industria y Comercio —SIC—, por medio de la cual dicha entidad decidió cerrar la investigación iniciada en contra del

Instituto Colombiano de Productos de Cemento y algunas fábricas productoras de cemento gris.

Por último el volumen trae un ejercicio académico, utilizado como examen en diversos programas académicos.

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 ideas e iniciativas. Adicionalmente pensamos en dar por terminado el esfuerzo relacionado con la compilación de normas y el resumen de las decisiones sobre la materia.

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO
Director CEDEC
amirandal@cable.net.co

SECCIÓN I

ARTÍCULOS DE AUTORES EXTRANJEROS

LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

JORGE MOLINA

1. CONTRATO Y SOCIEDAD

Bajo este título abordaremos, fundamentalmente, el papel, *rol* o función, que se espera de la institución jurídica conocida como contrato. De igual manera, también nos referiremos a las implicaciones que dicho *rol* importa, por lo que una vez establecida la función de los contratos, dicha construcción sirva de base para desarrollar el tema del *equilibrio contractual*.

Dentro de una sociedad organizada sobre la base de un sistema de gobierno democrático, de corte liberal y con un sistema económico basado en la economía de mercado, los particulares interactúan entre sí sin más limitaciones que las impuestas, fundamentalmente, por la ley¹. Así las cosas, la naturaleza de las relaciones que entre ellos surgen es la de relaciones de coordinación², caracterizadas por la ausencia de la presencia estatal en ellas. Sólo son los particulares, sea de manera individual o colectiva, quienes participan en las mismas.

Como consecuencia natural de este tipo de relaciones tenemos los normales temores, criterios, gustos y preferencias de los involucrados. Es por ello que se requiere un medio que, además de dar certeza a las relaciones y al contenido de las mismas, sirva también de guía del

-
- 1 Utilizamos la expresión ley para hacer referencia a la totalidad del orden jurídico y no sólo al tipo de norma jurídica conocida como ley.
 - 2 BURGOA, IGNACIO, *Las garantías individuales*, México, Editorial Porrúa, S.A., 1992, 19 ed., pág. 167.

comportamiento de las partes inmersas en las distintas relaciones que entre particulares pueden surgir.

Así el ordenamiento jurídico encarga el contrato de cumplir con esta misión; dar certeza a las relaciones entre particulares. Es claro, que el contrato no es el único medio por el cual las personas dan certeza y formalidad a sus relaciones; sin embargo, es el más común y utilizado de los que existen. En últimas, representa la típica forma de elaboración de normas jurídicas entre particulares³.

A pesar de lo hasta ahora dicho en tanto el papel del contrato se refiere, es claro que la connotación de él, en la convivencia social, va mucho más allá. Y la razón de ello es clara, ya que el contrato es el recipiente natural del ejercicio de la libertad de las personas, puesto que sirve precisamente para que éstas puedan jurídicamente obligarse, sin la intervención estatal; lo que se traduce no en limitaciones de la libertad de las personas, sino en el ejercicio de la misma; ya que basada en aquélla, las personas voluntariamente acuerdan limitarse, atarse o, de cualquier otra manera, constituir deberes y derechos a favor de sus congéneres orientados en todo momento al establecimiento, modificación o extinción de relaciones jurídicas⁴.

Son estas razones las que obligan al Estado a tutelar no sólo la libertad de contratar, sino también proteger a la institución del contrato ya que ambas son inseparables.

En consecuencia, pues, tenemos que el contrato representa el medio idóneo que detentan los particulares para llevar a buen fin las relaciones que entre ellos se dan.

2. EQUILIBRIO CONTRACTUAL

2.1. FUNDAMENTO

Como acabamos de ver, es necesario que el Estado proteja la institución del contrato; de no hacerlo, se permitiría que la convivencia entre

3 KELSEN, HANS, *Teoría pura del derecho*, Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 24 ed, 1987, pág. 181.

4 BAUDRIT CARRILLO, DIEGO, *Teoría general del contrato*, San José, Costa Rica. Editorial JURICENTRO, S.A., 1982, pág. 21.

particulares, gracias a la falta de certeza en sus relaciones, no fuera pacífica. Sin duda, de esta manera se atentaría contra la estabilidad y desarrollo de las sociedades.

La convivencia entre particulares, punto de origen de las relaciones a las que el contrato otorga certeza, se basa en el trillado y conocido principio de igualdad de las personas. Es decir, frente a la ley todos son iguales, por lo que no habrá fueros ni privilegios.

Avances en esta materia han propiciado la evolución de este tipo de igualdad, conocida como formal, hacia la concepción de igualdad material; que importa un trato individual, por parte del Estado, a las personas en razón de su condición. Por ello se afirma que la igualdad material consiste en un trato desigual en virtud de las diferencias que fácticamente existen entre las personas.

Mas y a pesar de ello, importante es mencionar que la institución del contrato se erige precisamente sobre la concepción clásica de igualdad, es decir, la formal. De manera que esa igualdad formal debe ser protegida por el ordenamiento jurídico, que en materia contractual ha tomado el nombre de *justicia conmutativa*.

En efecto se entiende por esta última la tutela de la igualdad contractual⁵. Y es que la igualdad de las personas es en todo momento necesaria, mas se hace esencial en materia de contratación, ya que de no ser así, se facilitarían los abusos por parte de los más fuertes en detrimento de los débiles o necesitados. De allí que la igualdad contractual, tenida como un derivado de la igualdad formal, sea imprescindible en el tema contractual.

Otro hecho de necesaria tutela Estatal es lo relativo a la protección de la autonomía de la voluntad. Es claro que es por medio de esta institución que los particulares logran trabar entre ellos cualquier tipo de relación, por lo que se deduce su utilidad como instrumento de la libertad de los individuos para la realización de sus deseos.

“Consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que éstos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos”⁶.

5 CABANELLAS, GUILLERMO, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, SRL, 16 ed., 1981; BOBBIO, NORBERTO, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Ediciones Paidós, 1993, pág. 59.

6 OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO y OSPINA ACOSTA, EDUARDO, *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 4 ed., 1994, pág. 6.

Así las cosas y con base en lo anterior, una vez celebrado el contrato, es claro que no debe existir de manera voluntaria, más desigualdades que aquéllas pactadas o consentidas por las partes dentro del tipo de contrato que se celebre. Y la razón es sencilla; de no ser así los contratos no serían idóneos para regular las relaciones entre particulares.

2.2. NOCIÓN

Con vista en las ideas que recién anotamos, podemos afirmar que la construcción gramatical conocida como *equilibrio contractual*, conceptúa, en principio, la permanencia de la igualdad de las partes de un contrato. En otras palabras, representa la necesaria equivalencia de prestaciones a cargo de cada parte del contrato⁷.

Recordemos que los contratos no son *un juego de suma cero*, es decir, un medio por el cual la ventaja de una de las partes supone siempre, en igual medida, una desventaja para la otra⁸. Por el contrario, se asume que siempre que las personas observen un comportamiento racional al momento de contratar, como producto del contrato, aumenten su utilidad⁹. Lo que deja ver que a nadie lo anima contratar con el simple interés de perjudicarse, sino todo lo contrario, obtener un beneficio.

Ahora bien, considerando el *equilibrio contractual*, en forma absoluta y rígida, como igualdad de prestaciones dentro de una relación contractual, podría resultar peligroso por cuanto de esa manera se restringiría la posibilidad de obtener ventajas producto de la capacidad de negociación, creatividad personal y desempeño general de cada una de las personas, atributos todos que no son iguales de persona en persona, sino que surgen esencialmente de la diferencia natural innata en ellas.

Por ello, sería conveniente considerar al *equilibrio contractual* como la proporción necesaria, que debe existir interpartes, producto de la configuración de una relación contractual. Y es que se hace imprescindible que se guarden las equivalencias de prestaciones entre

7 LARROUMET, CHRISTIAN, *Teoría general del contrato*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1993, vol. 1, pág. 310.

8 SCHAFER, HANS-BERND y OTT, CLAUS, *Manual de análisis económico del derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1986, pág. 258.

9 *Ibidem*.

las partes contratantes ya que de esa manera, se tiende a la prevención de abusos en los contratos. Se evita que se obtengan ventajas o cualquier tipo de provecho, basados en la explotación de la necesidad, ligereza o desconocimiento de una de las partes contratantes¹⁰, lo que en últimas viene a representar un acto

“contrario a la buena fe someter a una de las partes al cumplimiento estricto y desproporcionado, que ya no sería mantener lo pactado, sino desnaturalizar la esencia del contrato como fue concluido”¹¹.

2.3. TIPOLOGÍA DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL

Al configurarse una relación contractual, lo natural es que de ella surjan derechos y obligaciones para las partes que la hayan celebrado. Asimismo, natural resulta también, que los contratos sean producto de actividades con sustento económico. De esta manera, cabe preguntarse si cuando se habla de *equilibrio contractual* nos referimos a la proporción de beneficios económicos que el contrato importa para las partes o, nos referimos a la paridad en la calidad de los derechos y obligaciones que surgen del contrato.

LARROUMET, de manera llana y precisa, aclara el problema al afirmar que la concepción del equilibrio contractual conlleva en sí la existencia de proporciones tanto de orden material o económico, así como de deberes y derechos, en otras palabras, el equilibrio puede ser cuantitativo como cualitativo.

Al primero se le denomina *equilibrio económico del contrato*, mientras que al segundo *equilibrio subjetivo*.

a. *Equilibrio económico*. Iniciemos con el *equilibrio económico o cuantitativo*. Por él se debe tener:

“La relación aproximada entre cargas y ventajas que el contratante ha tomado en consideración como un cálculo al momento de contratar; cuando este balance

10 OSPINA Y OSPINA, *op.cit.*, pág. 291; LARROUMET, CHRISTIAN, *op.cit.*, pág. 314; SCOGNAMIGLIO, RENATO. *Teoría general del contrato*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991, pág. 341.

11 FLAH, LILY y SMAYEVSKY, MIRIAM, *Teoría de la imprevisión*, Buenos Aires, Depalma, 1989, pág. 19.

razonable se rompe puede ser equitativo restablecerlo puesto que él había sido tomado como un elemento determinante del contrato”¹².

Hemos preferido esta definición aportada por la obra de PINO RICCI, dedicada a los contratos estatales, ya que a pesar de ello, nos parece, sin lugar a dudas, que pueda ser aplicada tanto a los contratos estatales como a los celebrados entre particulares. En especial si consideramos que se trata en ambos casos de contratos, diferenciados, entre otras cosas, por la calidad del sujeto que participa —el Estado— y por la finalidad que conllevan —medio necesario para la prestación de los servicios públicos—.

En adición a esto, la definición que de equilibrio económico aporta la obra de PINO RICCI, incluye un elemento de suma importancia en materia de motivación contractual. Se trata de la alusión que la definición en cuestión hace el elemento de la razón.

Y es que precisamente, se asume que las personas actuamos, en todas nuestras facetas, de manera racional, lo que quiere decir que nos inclinamos a preferir aquellas cosas o situaciones que nos aporten beneficios netos, es decir, que éstos superen a los sacrificios que se requieran para su consecución. Por ello, es claro que en materia contractual también se impone la conducta racional de las partes, de donde cada contratante consiente en obligarse mediante este tipo de convención con vista a la obtención de beneficios.

Así las cosas, podríamos afirmar que las partes al comprometerse en un contrato, lo hacen bajo la certeza de obtener una utilidad previamente establecida.

b. Equilibrio cuantitativo o subjetivo. Mediante esta denominación se pretende hacer referencia a la proporcionalidad que deben guardar, en un contrato, los derechos y obligaciones a cargo de las partes. En este caso, no se considera el elemento económico, sino tan solo la calidad de las prestaciones en cabeza de los contratantes: la correspondencia de deberes y derechos.

Recordemos que aquéllos, es decir, los particulares, les está permitido estipular los deberes y derechos que ha bien tengan dentro de un

12 PINORICCI, JORGE, *Régimen de contratación estatal* (compilación), Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pág. 254.

contrato siempre y cuando no desborden el marco dado por la ley; todo ello por virtud de la autonomía de la voluntad de las partes. No obstante esto, es común que por la natural desigualdad que existe entre las personas al momento de contratar, se encuentre una parte en mejores condiciones que la otra se podría afirmar que ésta sería una persona *fuerte* —en cuanto a la celebración del contrato se refiere—. Esta desigualdad puede provenir, entre otras fuentes, de la situación económica, manejo de la información o condición jurídica de las partes.

Estas circunstancias de linaje puramente fáctico, permiten que se den abusos entre los contratantes, que a su vez terminan, en no pocos casos, desvirtuando la naturaleza y finalidad de la institución contractual.

Este desequilibrio es conocido doctrinalmente como *cláusulas abusivas*¹³ y su campo de aplicación se reduce, como veremos, a las relaciones de consumo.

En materia de contratación pública o estatal, este tipo de cláusulas se agrupa dentro de lo que se conoce como cláusulas *exorbitantes*, y se justifican por el ánimo de hacer prevalecer el interés general sobre el particular. Las facultades que mediante este género se concede al Estado en materia de contratación pública, le permiten,

“en un campo en el que prevalece el equilibrio de las relaciones negócias asignado en el derecho común, romperlo a su favor mediante el ejercicio de una verdadera potestad administrativa”¹⁴.

Como se puede apreciar, resulta aceptable que las partes contratantes mantengan una proporcionabilidad respecto de los derechos y obligaciones que mutuamente se atribuyen con motivo de la celebración de un contrato, de lo contrario el instrumento convencional no cumpliría la función a la que está llamado, en últimas se intenta proteger la buena fe negocial¹⁵.

A pesar de lo que hemos dicho en cuanto a las *cláusulas abusivas*, nos parece necesario, a fin de delimitar con precisión el concepto de las mismas, que enmarquemos un tanto más el elemento de abuso, como componente generador del desequilibrio.

13 LARROUMENT, CHRISTIAN, *op.cit.*, pág. 310.

14 PINO RICCI, JORGE, *op.cit.*, pág. 185.

15 VÁSQUEZ FERREYRA, ROBERTO y ROMERA, ÓSCAR, *Protección y defensa del consumidor*, Buenos Aires, Depalma, 1994, pág. 102.

Una interpretación extensiva del concepto de *cláusulas abusivas*, sin duda aportaría graves problemas al tráfico jurídico en tanto la seguridad de los contratos se refiere. Y ello es así, por cuanto es natural que las partes que celebren un contrato, intenten protegerse y proteger sus intereses hasta donde sea posible; es en este campo de acción en donde la voluntad de ellas es determinante.

De otro lado, es imposible que se pretenda regular al detalle, cada tipo de convención ya que éstas serán tantas como las generen las necesidades de los particulares, producto de su convivencia.

Por estas razones, básicamente, es que se hace necesario establecer el núcleo caracterizador del concepto de las *cláusulas abusivas*.

La idea de ruptura del equilibrio cualitativo en un contrato, viene dada en función de la protección de la buena fe, lo que deja ver a simple vista, que dicha desproporción tiene que ser relevante, casi determinante, para la realización de los fines propuestos en el contrato. Por ello, bien dice BERCOVITZ, citado por FARINA, a propósito del comentario que el primero hace de la ley alemana de la protección al consumidor, al sostener que:

“... son ineficaces las cláusulas que producen a una de las partes un perjuicio desproporcionado y contrario a la buena fe, presumiéndose que ese perjuicio existe:

- a. cuando no es posible coordinar las cláusulas con los principios esenciales de la regulación legal de la que difieren, y
- b. cuando se limitan de tal forma los derechos y deberes que derivan de la naturaleza del contrato que se pone en peligro la consecución de la finalidad contractual”¹⁶.

Es éste, en nuestra opinión, el verdadero núcleo caracterizador de las denominadas cláusulas abusivas.

Éstas producen la desnaturalización del vínculo contractual¹⁷, ya que rompen o alteran la natural medida existente entre los dos centros de interés o partes contratantes.

16 FARINA, JUAN, *Defensa del consumidor y del usuario*, Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 285.

17 STIGLITZ, GABRIEL, *Defensa de los consumidores de productos y servicios* (compilación), Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1994, pág. 47.

Con la intención de precisar un poco más el concepto de las *cláusulas abusivas*, y con la ayuda de la obra de STIGLITZ, listamos a continuación los principales elementos que configuran la desnaturalización del vínculo contractual:

1. "por la aplicación de una o más cláusulas predispuestas, se amplíen los derechos del predisponente;
2. O se atribuyan en su favor, la posibilidad de alterar en algún sentido la obligación o la carga comprometida;
3. O por las que se reduzcan o supriman sus cargas u obligaciones;
4. O desde la perspectiva inversa, cuando se amplíen las cargas u obligaciones del adherente;
5. O se supriman o modifiquen en su contra, sus derechos"¹⁸.

"Concretamente se pueden entender por cláusulas abusivas las impuestas unilateralmente por el empresario y que perjudiquen a la otra parte, o determinen una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes, en perjuicio de los consumidores y usuarios"¹⁹.

De mucha importancia resulta la conclusión anterior ya que permite derivar, por confrontación de los postulados anotados con las estipulaciones que en un momento dado se estudien y cuya proporcionalidad se cuestione, aquellas cláusulas que en efecto causen la desproporcionalidad o desequilibrio ilícito, y de esta manera evitar listados taxativos, rígidos y propensos a ser superados por la constante evolución social. En otras palabras, esos principios marcan la regla en materia de cláusulas abusivas.

18 *Ibidem*.

19 FARINA, JUAN, *op.cit.*, pág. 284.

3. DOGMÁTICA DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL

Hasta ahora hemos señalado la vigencia del *equilibrio contractual* dentro de la materia contractual.

De igual manera, se hace necesario establecer si este principio de la contratación, es susceptible de aplicación a todos los contratos o sólo a algunos en particular.

Por está razón, pretendemos en este apartado, dar respuesta a esa duda.

Así y con la intención de mantener el mismo orden que establecimos respecto de los tipos de equilibrios, es que iniciaremos con el *equilibrio económico* para luego dedicarnos a las *cláusulas abusivas*.

3.1. APLICACIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO

Para dilucidar la interrogante planteada al inicio del presente apartado, en cuanto se trata del *equilibrio económico*, es ineludible acudir a los tipos de contratos que la doctrina ha elaborado.

En esta materia es normal conocer un listado cada vez mayor de especímenes contractuales, que son agrupados con base a diversas características con la única finalidad de facilitar el estudio de los mismos.

De allí que las características que inicialmente busquemos para orientar la aplicabilidad del principio en estudio a los contratos en general, es lo relativo a la gratuidad u onerosidad de los contratos, así como lo concerniente a la aleatoriedad de los mismos y el momento de su ejecución.

Esta decisión está guiada por el hecho de que el resto de las clasificaciones genéricas, aportan características que no son relevantes en cuanto a la presencia *per se* de una necesaria proporción económica en el negocio contractual.

a. *Contratos gratuitos y onerosos*

Tradicionalmente la doctrina ha utilizado esta categoría contractual para referirse a la presencia, de manera esencial, de un elemento de tipo económico en los contratos.

Así las cosas, se consideran contratos onerosos aquellos contratos

“en que cada una de las partes contratantes recibe o va a recibir, una ventaja de orden patrimonial, que es la contrapartida de la ventaja o beneficio que percibe o va a percibir la otra parte”²⁰.

Caso contrario son los contratos de tipo gratuito, ya que en ellos prima la liberalidad de una de las partes, de donde basado en ella, ese contratante no recibe ventaja de tipo patrimonial producto del contrato.

No obstante ser clara la distinción recién presentada, es preciso advertir que dicha concepción ha sido en algo superada. La tendencia actual está orientada a esgrimir como motivo de la clasificación ya no el elemento puramente patrimonial, sino la existencia de asignaciones por cumplir a cargo de las partes. Así son onerosos:

“... los que en su contenido, frente a la obligación de una de las partes, la obligación de la otra a una contraprestación representa para ellas, en su estimación, un contravalor o equivalente (...) y a título gratuito cuando en el contenido del negocio falta una contraprestación”²¹.

b. *Contratos aleatorios y conmutativos*

Mediante esta clasificación se pretende aludir al elemento netamente económico del contrato. La voz *aleas*, de origen latino, designa la incertidumbre, el riesgo o la suerte. De allí que bajo el nombre aleatorio se agrupen los contratos en donde los beneficios y cargas que corren por cuenta de las partes del contrato, no estén definidos en el momento de la celebración del mismo, en razón de que están sujetos a la realización de ciertos hechos dependientes de la suerte o el azar²².

Cosa distinta ocurre con los contratos llamados conmutativos. En ellos las cargas y los beneficios que se originan del contrato, se encuentran definidos y determinados, en otras palabras, existe plena certeza al respecto.

20 BAUDRIT CARRILLO, DIEGO, *op.cit.*, pág. 24.

21 CIFUENTES, SANTOS, *Negocio jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1994, pág. 233.

22 OSPINA Y OSPINA, *op.cit.*, pág. 55.

En estos contratos se entiende que las cargas de cada una de las partes, corresponden, en equivalencia a los beneficios que obtendrán de mano de sus cocontratantes²³.

c. *Contratos de ejecución instantánea y de tracto sucesivo*

La importancia de esta clasificación radica en que permite apreciar el momento de la realización de las prestaciones a cargo de las partes contratantes.

En efecto, si las prestaciones que emanen del contrato pueden ser cumplidas en un solo acto, estaremos ante un contrato de ejecución instantánea; caso contrario sería los contratos de tracto sucesivo. En estos últimos las ejecuciones de las prestaciones dimanantes del contrato, deben ser realizadas durante un tiempo más o menos largo²⁴,

En otras palabras, no pueden ser cumplidas a través de un solo acto, sino de varios.

3.2. TÉCNICA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO

Con vista a la selección de contratos que recién hicimos es dable afirmar, siguiendo a LARROUMET, que el *equilibrio económico* o cuantitativo del contrato, sólo puede tenerse como principio fundamental en los contratos inmersos en los tres especímenes que recién se comentaron, precisamente porque en ellos la proporcionalidad económica íncita en el contrato, es esencial al mismo²⁵.

En los contratos onerosos, cada parte posee, en virtud del contrato que celebró, cargas u obligaciones que cumplir así como beneficios que obtener.

Por ello, si el contrato es de tipo gratuito, en la que una sola de las partes es la llamada a recibir beneficios, en principio, hay *per se* un desequilibrio natural, propio de este tipo de contratos.

23 LEAL PÉREZ, HIDELBRANDO, *Curso de contratos civiles y mercantiles*, Colombia, ediciones Librería del Profesional 1989, pág. 50 OSPINA Y OSPINA, *op.cit.*, pág. 63.

24 OSPINA Y OSPINA, *op.cit.*, pág. 72.

25 LARROUMET, CHRISTIAN, *op.cit.*, pág. 310 y sigs.; ESCOBAR SANÍN, GABRIEL, *Negocios civiles y comerciales*, Santa Fe de Bogotá, Diké, 1994, pág. 201.

Bajo esta óptica es claro que la importancia de la prevalencia de la proporcionalidad económica en las prestaciones, es la esencia de los contratos onerosos.

Mas y a pesar de ello, como veremos después, por el hecho de que existan prestaciones aunque sólo estén a cargo de una de las partes en los contratos gratuitos, también rige el *equilibrio económico* ya que la prestación de la parte que asuma la carga se entiende equivalente con el beneficio de la parte que no posee cargas. De allí que se configure una proporcionalidad prestacional fáctica.

Por otra parte, al considerar los contratos aleatorios, podemos apreciar que en ellos también es esencial el desequilibrio entre las prestaciones de las partes, producto de la incerteza caracterizadora de estos contratos.

En igual sentido, es de la esencia de los contratos conmutativos la existencia de la proporcionalidad económica de las prestaciones de las partes.

Y la razón es obvia. En ellos las prestaciones son sustitutivas de los beneficios que mutuamente se reciben.

Por ultimo, la pervivencia del *equilibrio económico* también resulta fundamental en los contratos tanto de ejecución instantánea como los de *tracto sucesivo*.

En los primeros es así, por cuanto puede suceder que se produzcan serios menoscabos patrimoniales con motivo de la ejecución del contrato y, sin medios idóneos de corrección, se atentaría contra la institución contractual. Asimismo, en la ejecución de un contrato de corte sucesivo, acontecimientos inesperados durante la misma, pueden alterar la proporcionalidad inicial de aquél.

Utilizaremos esta última clasificación para establecer cómo puede romperse el *equilibrio económico* ya que comprende los contratos clasificados en las dos categorías antes vistas.

LARROUMET, con magistral precisión, sostiene que el *equilibrio económico* puede ser alterado de dos maneras; en la misma celebración del contrato o durante la ejecución del mismo. En el primer caso se produce por la institución de la lesión y, tratándose del desequilibrio durante la ejecución del contrato, éste es generado por la imprevisión²⁶.

Veamos brevemente la concepción de estas dos instituciones jurídicas.

- a. *La lesión*. Esta institución tuvo su origen en el derecho romano. A pesar de ello ha sido característico que no haya sido plena su recepción en los ordenamientos jurídicos modernos.

No obstante este hecho, es claro que la tendencia imperante en esta materia, que no compartimos como después se verá, se orienta a la aceptación de la lesión como un vicio del contrato²⁷.

A propósito de esto, resulta interesante anotar que esta institución ha sido catalogada como vicio del consentimiento, sin serlo y, otras veces, como anomalía propia del contrato de compraventa, cosa que tampoco es cierta en su totalidad, puesto que bien puede ser aplicada a otros contratos²⁸.

Lo cierto es que en la actualidad la institución de la *lesión* es objeto de extensiva recepción en los sistemas jurídicos contemporáneos, por cuanto ven en ella un mecanismo idóneo de restablecimiento del alterado *equilibrio económico*.

En cuanto al concepto de *lesión*, tenemos que éste hace alusión a una desproporción indebida, producto de la situación objetiva de la parte afectada. Esta situación bien puede ser condición económica, experiencia, condición jurídica o estado de necesidad. Así las cosas, podemos afirmar que la *lesión* es el daño o detrimento de tipo patrimonial, que sufre una persona al celebrar un contrato, por cuanto existe un desequilibrio o desproporción entre las ventajas que el acto le reporta y los sacrificios que tiene que hacer para lograr tales ventajas²⁹. Así pues, de esta definición podemos extraer que la *lesión* no es vicio del consentimiento, ya que el bien que pretende tutelar no es la voluntad de las partes contratantes, sino la justicia contractual o justicia conmutativa, a fin de garantizar una equidad general³⁰. El contrato atacado por *lesión*, entonces, no es anulable por vicios del consentimiento, sino por razones puramente objetivas: la ausencia de *equilibrio económico*.

Los efectos que dimanar de la concepción que de la *lesión* acabamos de expresar, redundan en la nulidad del contrato sin duda es de tipo

27 Para una completa exposición evolutiva de la lesión como institución, consúltese la obra de ESCOBAR SANÍN.

28 ESCOBAR SANÍN, GABRIEL, *op.cit.*, pág. 203.

29 OSPINA Y OSPINA, *op.cit.*, pág. 285; SCOGNAMIGLIO, RENATO, *op.cit.*, pág. 340.

30 ESCOBAR SANÍN, GABRIEL, *op.cit.*, pág. 206; LARROUMET, CHRISTIAN, *op.cit.*, pág. 323.

parcial, de donde se colige, que lo pertinente es llamarla anulabilidad y que la acción rescisoria es el medio idóneo para lograrlo³¹.

b. *La imprevisión*. Conocida también como *excesiva onerosidad*, la *imprevisión* tiene cabida como medio de neutralizar la ruptura del *equilibrio contractual* en los contratos de ejecución diferida o continua.

A fin de que opere se requiere que durante la ejecución de las prestaciones o, en el transcurso del tiempo entre la celebración del contrato y su ejecución, en el caso de prestaciones diferidas, se presente un hecho que no haya sido previsto, de manera razonable por las partes, cuya consecuencia producto de su realización, sea el rompimiento de la proporcionalidad o equivalencia existente con anterioridad.

Es necesario a fin de que se perfeccione esta institución, la concurrencia de tres elementos, a saber:

1. Que se trate de un contrato distinto a los de ejecución instantánea;
2. La realización de un acontecimiento, posterior a la celebración del contrato, cuya ocurrencia no haya sido posible, de manera razonable, anticiparla;
3. Un notable desequilibrio entre las prestaciones de las partes, como consecuencia de la realización del acontecimiento imprevisto³².

A estos elementos, y con la intención de complementar lo sostenido por el maestro VALENCIA ZEA, agregaríamos que es necesario que la realización del hecho imprevisto o no anticipado, no sea imputable a la parte que sufra el deterioro, ya que de lo contrario estaríamos en presencia de un incumplimiento culposo del contrato y no de un hecho imprevisto.

“De esta manera han sido presentados, en su forma más simple, los caracteres principales de la *imprevisión o excesiva onerosidad*. Mas, consideramos que éstos

31 SCOGNAMIGLIO, RENATO, *op.cit.*, pág. 341.

32 VALENCIA ZEA, ARTURO, *Derecho civil*, Bogotá, Temis, t. 3, 8 ed., 1990, pág. 379.

no estarían completos si no se proporcionan algunas pautas que permitan identificar, en el plano fáctico, cuándo se está ante una *excesiva onerosidad*.

Y ayudándonos de la cita que de LÓPEZ DE ZAVALIA realizan FLAH y SMAYEVSKY, podemos afirmar que tres son las pautas o cánones que permiten identificar la presencia de la *imprevisión*:

- “a) que hubiere aumentado el valor del sacrificio, permaneciendo inalterado el de la ventaja;
- b) que permanezca idéntico el valor del sacrificio, y disminuya el de la ventaja;
- c) que ambos valores se alteren en sentido inverso”³³.

Por otra parte, consideramos necesario advertir la diferencia que existe entre la *imprevisión* y la *fuerza mayor*. Si bien es cierto la *fuerza mayor* al igual que la *imprevisión* se produce como consecuencia de la realización de un acontecimiento no considerado o no anticipado, de génesis en hechos externos a la persona y a la voluntad de ésta, la primera es considerada como una causa eximente de la responsabilidad contractual, mientras que la *imprevisión* no libera al deudor del cumplimiento de su obligación, sino tan sólo se la hace más gravosa o pesada. En últimas, se trata de un agravamiento de las cargas en cabeza del deudor³⁴.

En cuanto a los efectos que se producen una vez opera la *imprevisión*, se tiene que se genera la posibilidad que el deudor por ella afectado, pueda solicitar la resolución del contrato o la revisión del mismo, a fin de restablecer la proporcionalidad perdida. De esta manera es tratada la institución de la *imprevisión*.

3.3. TÉCNICA DEL EQUILIBRIO SUBJETIVO O CUALITATIVO

Como se pudo apreciar anteriormente, este tipo de proporcionalidad se enmarca dentro de lo que se denomina *cláusulas abusivas*.

33 FLAH, LILY y SMAYEVSKY, MIRIAM, *op.cit.*, pág. 25.

34 LARROUMET, CHRISTIAN, *op.cit.*, pág. 328; BAUDRIT CARRILLO, *op.cit.*, pág. 101; VALENCIA ZEA, ARTURO, *op.cit.*, pág. 379.

El campo de aplicación de esta institución, como se anticipara, se encuentra en el derecho de la protección al consumidor. Y la razón de ello estriba en que es en este tipo de relaciones, en donde a propósito de los contratos de adhesión, más comúnmente se presentan abusos generados por la disparidad de las partes contratantes.

En la relación empresa consumidor existe una desigualdad que bien los economistas han señalado.

Consiste en el control de la información que posee la empresa acerca del producto o servicio que ofrece calidad, duración, usos, potenciales daños, y a la cual no tiene acceso el consumidor por cuanto éste no es experto, a diferencia de la empresa que con él contrata³⁵. Esta situación es conocida como un fallo del mercado y requiere, para su corrección, de la necesaria intervención del Estado, en forma de regulación; se propugna porque el no informado consumidor no padezca abusos de su proveedor.

“El consumidor no tiene, ni puede adquirir, un conocimiento adecuado de todos los bienes y servicios que compra. Esto le impide formarse una opinión cabal sobre las ventajas relativas de las diversas oportunidades que se le presentan, y hasta puede hacer que se ignore la existencia de algunas. Por uno u otro lado, esto determina la inferioridad estructural del consumidor frente a los proveedores de bienes y servicios”³⁶.

En adición a este hecho, y como elemento que contribuye a la protección del consumidor, tiene la contratación en masa, que rompe con los esquemas tradicionales de contratación ya que despersonaliza los mismos; su principal derivado está representado por el contrato de adhesión.

Este tipo de contratos es utilizado por las empresas, a fin de mitigar los costos³⁷ y la lentitud de negociar y celebrar contratos con cada uno de sus clientes, de manera individual, lo que:

“Ha determinado que las empresas impongan las cláusulas predispuestas, las condiciones generales de contratación y el contrato por adhesión, que colocan al

35 HEILBRONEER, ROBERT. THUROW, LESTER. *Economía*, México, Prentice-Hall, 1987, pág. 480; MOLINA MENDOZA, JORGE, *Libre competencia e intervención del estado*, Panamá, Edit. Portobelo, 1997, pág. 5.

36 BALLESTEROS R., ELIXSANDRO, *El poder del consumidor*, Panamá, 1996, pág. 19.

37 TORRES LÓPEZ, JUAN, *Análisis económico del derecho*, Madrid, Tecnos, 1987, pág. 56

consumidor o al usuario en la dramática disyunta de aceptar las estipulaciones y condiciones impuestas por el empresario o abstenerse de contratar (y privarse del bien o servicio que pretende)³⁸.

“A la igualdad de derechos entre contratantes, supuesta por todos los sistemas jurídicos modernos, viene a suponerse una igualdad de hecho que sólo se puede consagrar mediante disposiciones imperativas cuyo objeto es proteger a los contratantes desarmados frente a aquéllos que pueden abusar de su posición de fuerza. Por consiguiente, estas disposiciones constituyen limitaciones de la libertad contractual establecidas en nombre del orden público”³⁹.

Este tipo de limitación legal a la voluntad de las partes, se origina precisa y paradójicamente en la necesidad de lograr su respeto y prevalencia. Y es para que las personas puedan obligarse espontáneamente, es claro que su voluntad debe cumplir dos requisitos naturales a la misma, que de acuerdo con DEL VECCHIO, se proyectan en dos planos desde la perspectiva del ser humano; corresponden a los planos subjetivos y objetivos. En tanto al plano subjetivo se refiere, la voluntad debe ser racional, entendiendo por racional un acto resultante del proceso de discernir, de diferenciar lo perjudicial de lo beneficioso. Mientras que en el plano objetivo, la voluntad de obligarse debe ser un desarrollo de la libertad. De allí que siempre que la voluntad de las personas no contemple estos elementos al momento de ser dada como fuente generadora de obligaciones, se vulnera su *rol* como medio de consecución de los fines propios de la naturaleza humana⁴⁰.

En últimas, la tutela jurídica del consumidor consiste en lo que atinadamente BOBBIO denomina *justicia atributiva*:

“igualamiento en las relaciones de los individuos”⁴¹.

38 FARINA, JUAN, *op.cit.*, pág. 24.

39 LARROUMET, CHRISTIAN, *op.cit.*, pág. 336.

40 DEL VECCHIO, GIORGIO, *Los principios generales del derecho*, Bosch, Barcelona, 1979, pág. 107.

41 BOBBIO, NORBERTO, *op.cit.*, pág. 61.

4. EL DERECHO PANAMEÑO DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL

En este apartado abordaremos la normativa nacional existente en torno a los dos especímenes del *equilibrio contractual*. Para ello, iniciaremos por el *equilibrio cuantitativo* y terminaremos en el cualitativo.

4.1. EQUILIBRIO CONTRACTUAL CUANTITATIVO: LA LESIÓN Y LA IMPREVISIÓN

4.1.1. *La lesión*

Nuestro codificador civil, a diferencia de su predecesor colombiano, descartó tutelar mediante la adopción positiva de la institución de la *lesión*, el *equilibrio contractual* en los contratos de ejecución instantánea. Tal afirmación tiene su asidero en la misma exposición de motivos del Código Civil, cuando a propósito de la normativa contractual se refiere, dice:

“No reconoce el nuevo código la rescisión de venta por lesión enorme, institución que los expositores consideran con razón contraria a la ley económica de la oferta y la demanda. Las disposiciones sobre esta materia han probado ser ineficaces cuando alguna persona se ha propuesto adquirir bienes de personas ignorantes a precio menor que la mitad del valor real de la cosa. En estos casos se ha recurrido a simulaciones y otros subterfugios que imposibilitan el ejercicio de la acción rescisoria por lesión”.

Fácilmente se palpa, al revisar la cita anterior, la consideración de la *lesión* que como vicio del consentimiento tuvo el codificador. En adición, hay que recordar a este respecto, que nuestro Código Civil fue redactado bajo la supremacía de las corrientes liberales de la época; la libertad de las personas era entendida en su más primitiva, originaria y radical concepción.

De allí que el codificador sólo reflejara, a propósito del Código Civil, su ideología liberal clásica.

Esta afirmación ha sido recogida por la jurisprudencia nacional mediante fallo de 29 de mayo de 1978, en el caso GLADYS MARÍA RIVERA DE SAENZ vs. MAXIMINO RIVERA y MERCEDES BARRIOS DE SÁENZ⁴².

Todo lo anterior nos lleva a concluir que en nuestro país no existe un medio que permita la protección del *equilibrio contractual* en las convenciones de ejecución instantáneas⁴³. En torno a lo anterior y siguiendo a ARROYO⁴⁴, nos declaramos partidarios de la positivización del instituto de la *lesión* en nuestro ordenamiento, ya que sin duda, es un medio eficaz de irradiar en las relaciones particulares, *justicia conmutativa*. Y es que hay que recordar que nuestro ordenamiento civil data de 1917, a la sazón directamente correspondiente con la constitucionalización de un Estado liberal clásico más la configuración del Estado panameño, producto de las constituciones de 1946, 1972 y sus consecuentes reformas, fue rediseñada mediante el delineamiento de un Estado social de derecho, que precisamente como postulado tiene, lograr la igualdad material de los particulares⁴⁵. Así, es válido deducir que la vigente normativa civil, sin duda, no es correspondiente con el actual Estado panameño, por cuanto la primera nace al amparo de un Estado netamente individualista, mientras que el Estado esbozado por la Carta actual, abandona la posición individualista para acoger la opción social contenida en el Estado social de derecho⁴⁶.

4.1.2. La imprevisión

A diferencia de la *lesión*, la *imprevisión* sí existe de manera expresa en nuestro ordenamiento positivo. Fue mediante reforma de 1992, que se

42 ARROYO, DULIO, *230 años de jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte de Suprema de Justicia*, Panamá, 1982, pág. 240.

43 No obstante esta afirmación, al decir del maestro ARROYO, nuestro Código Civil, establece en los artículos 1239 y 1240, normas basadas en la institución de la *lesión*, a propósito del contrato de compraventa. ARROYO, DULIO. *Contratos civiles*, t. 1, pág. 87.

44 ARROYO, *Contratos civiles, op.cit.*, pág. 88.

45 CABALLERO SIERRA, GASPAR y ANZOLA GIL, MARCELA, *Teoría constitucional*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995, pág. 89.

46 A fin de palpar la diferencia anotada, recomendamos cotejar las partes dogmáticas de las constituciones de 1904 y la de 1972. En ellas, es clara la ordenación axiológica en torno a los principios fundadores del Estado panameño.

positiviza en los artículos 1161a, 1161b, y 1161c, todos dentro del capítulo VI, del título II, libro IV, del Código Civil.

Con base en la exposición que acerca de la dogmática de la institución hiciéramos, prescindiremos de cualquier consideración ajena a la positiva. Por ello, pasamos a considerar la técnica de la *imprevisión*, que recoge el Código Civil bajo la denominación “De la terminación del contrato por excesiva onerosidad”:

a. *Ámbito de aplicación*

De acuerdo con el texto del artículo 1161a, los contratos sujetos a ser terminados por *excesiva onerosidad*, deben ser sinalagmáticos y cuya ejecución no sea instantánea.

Estos parámetros dejan ver la posibilidad, bajo una interpretación a *contrario sensu*, que los contratos cuyas obligaciones derivadas sólo sean asumidas por una de las partes, en principio, no sean objeto del beneficio de terminación por *imprevisión*. Y decimos que sólo en principio no es aplicable esta forma de terminación de los contratos a las convenciones no sinalagmáticas, por cuanto el artículo 1161b, prevé que en esos casos, los obligados en estos tipos convencionales sólo puedan pedir una reducción en sus prestaciones o modificación en los términos acordados para el cumplimiento de las mismas; en otras palabras, no pueden solicitar terminar el acto o contrato, sino una atenuación en las cargas por ellos asumidas.

Por otra parte, y siguiendo el texto del artículo 1161a, tenemos que el mismo no distingue si los contratos distintos a los onerosos, que sean de ejecución diferida o continuada, puedan ser excluidos o no del ámbito de su regulación.

Esto nos lleva a concluir que están sometidos a la normativa de la *imprevisión* los contratos tanto de asociación como de transferencias.

De esta manera tenemos que un contrato societario bien pudiera ser impactado por este tipo de regulación.

En este punto, surge el cuestionamiento acerca de la naturaleza contractual frente a la normativa de la *imprevisión*. Específicamente si la normativa señalada sólo es aplicable a los contratos civiles.

La respuesta a este cuestionamiento viene del mismo ordenamiento contractual en nuestro país, desde el momento en que se confronta la regulación civil contractual con su similar mercantil.

El Código de Comercio nada dice en cuanto al tema, así como a otros temas propios de la teoría general del contrato o del negocio jurídico⁴⁷, mas sí prevé que el Código Civil será normativa supletoria en el tema contractual comercial. De allí que, y siguiendo a SAUCEDO POLO⁴⁸, consideraremos que el codificador mercantil no se refirió a los temas de teoría general de los contratos mercantiles por haberlos regulado ya en el Código Civil, lo que nos lleva a afirmar que no importa si el contrato es civil o mercantil, por cuanto igual está sometido a la normativa de la *imprevisión*.

Por último, y como prueba de la relevancia que conlleva la adopción de la teoría de la *imprevisión*, tenemos que el novel estatuto de *Contratación pública*, en su artículo 49 positiviza esta institución para todos los contratos estatales.

b. Características

El enunciado normativo con que es positivizada la *imprevisión*, permite distinguir, por deducción, las principales características de la institución comentada. Por considerar que mediante la enunciación de las características esenciales de la *imprevisión* contenida en nuestro ordenamiento civil, anotamos sus principales atributos, pasamos a listar los siguientes:

1. Opera en los contratos onerosos, gratuitos y conmutativos;
2. Aplica sólo en contratos que no sean de ejecución instantánea;
3. La causa o razón generadora de la *excesiva onerosidad*, debe ser extraordinaria e imprevisible.

En este punto es necesario realizar un breve comentario en cuanto a la copulación de los elementos extraordinarios así como imprevisible.

47 Denominación moderna impulsada por la doctrina que contemporáneamente se ocupa del tema. Cfr. CIFUENTES, *op.cit.*, pág. 1.

48 SAUCEDO POLO; JUAN, *Contratación mercantil*, apuntes de clases, pág. 2.

La norma contenida en el artículo 1161a, es clara en su intención de ligar ambos atributos, de lo contrario hubiere utilizado la disyunta “o”, lo que deja ver la necesaria presencia, de manera simultánea, de los elementos extraordinarios e imprevisibles⁴⁹;

4. Exclusión de los *aleas* propios del negocio; y
5. No tiene carácter de orden público, de allí que pueda ser objeto de pacto entre las partes contratantes, incluso renunciando a su invocación.

Como se deja ver, en nuestro medio la voluntad de las partes, una vez se disponga de las acciones para solicitar la resolución del contrato por *excesiva onerosidad*, se impone sobre el instituto tutelar de la equivalencia prestacional.

c. Naturaleza

En cuanto a la naturaleza de la terminación por *excesiva onerosidad*, podemos decir que ésta se ubica en las condiciones resolutorias, ya que sin duda, se trata de “un hecho futuro e incierto del que pende la extinción de la eficacia de un acto jurídico”⁵⁰.

A lo dicho sólo resta agregar, el origen legal de la misma, por cuanto hay que recordar que las condiciones resolutorias deben su origen bien a pactos interpartes, o a disposiciones legales.

d. Efectos

El principal efecto causado por la consumación de la *imprevisión*, reside en que facilita la terminación del contrato. Así lo dispone el ya antes citado, artículo 1161^a. En virtud de éste, el deudor víctima de una *imprevisión*, está facultado para solicitar la terminación del contrato,

49 En cuanto a las condiciones propias de los atributos extraordinario e imprevisible, remitimos al lector el análisis hecho en el numeral 111 del presente trabajo.

50 OSPINA Y OSPINA, *op.cit.*, pág. 546.

claro está, sin culpa y, por ende, sin obligación de indemnizar al acreedor.

De esta manera resulta pertinente señalar que este tipo de forma de terminación de los contratos, tiene efectos *ex nunc*, por cuanto todo lo realizado al amparo de la realización contractual no sólo es valido sino que debe tenerse por cumplido.

4.2. EQUILIBRIO CONTRACTUAL CUALITATIVO: DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Fue a través de la Ley 29 de febrero de 1996, que en nuestro país se acoge la protección al consumidor mediante el régimen de *cláusulas objetivas*, lo que conduce, a su vez, a la adopción de un régimen de contratación en el que por disposición legal, se establece el equilibrio cualitativo de las partes contratantes.

La mencionada normativa, conocida también como “Ley antimonopolio”, consagran en su texto las principales disposiciones en torno a las practicas restrictivas de la competencia económica, la competencia desleal internacional —*dumping*— y subsidios así como las normas procesales correspondientes, en donde precisamente se crea, una jurisdicción especial para los temas por ella regulados, además de los concernientes a la propiedad intelectual y a los conflictos generados en ciertos contratos de colaboración empresarial, específicamente, agencia, distribución y representación.

A fin de lograr una mejor exposición del tema, trataremos primero la configuración del régimen, es decir, a qué tipo de contratos se aplica el régimen de *cláusulas abusivas*.

4.2.1. Relaciones impactadas por el régimen de cláusulas abusivas: concepto de consumidor en la Ley 29

Como señalaremos antes, a propósito de la dogmática del *equilibrio contractual* subjetivo, el régimen de *cláusulas abusivas* sólo puede ser aplicado a las relaciones de consumo. Así, es necesario que para la eficacia de la protección proyectada en las *cláusulas abusivas* exista una relación entre proveedor y consumidor. De allí que la determinante

de la vigencia o no de este tipo de régimen sea la concepción que se tenga de consumidor.

En nuestro país el concepto de consumidor se encuentra dentro del título II, capítulo I, artículos 28 y 29, numeral 2 de la Ley 29 de 1996. En estas disposiciones se prescribe la sujeción de los contratos celebrados para el consumo al régimen de protección al consumidor y se define la figura de consumidor, respectivamente.

Con relación al concepto de consumidor dado por la ley, que es lo que nos interesa, como antes dijimos, el numeral 2 del artículo 29 lo contiene, y su texto es el siguiente:

Artículo 29. *Definiciones.* Para efectos de este título, los siguientes términos se entenderán así:

1. *Consumidor.* Persona natural o jurídica que adquiere de un proveedor bienes o servicios finales de cualquier naturaleza.
2. Con motivo de la anterior definición es necesario realizar ciertos señalamientos a fin de precisar quién o quiénes serán considerados consumidores. Y esto es de suma importancia por cuanto al fin y al cabo, el concepto es muy amplio ya que es imposible la autosuficiencia. De allí que a partir de la definición dada por la ley de 1996, sea necesario establecer de manera clara, porque ella no lo hace, qué persona ostentará la calidad de consumidor.

A simple vista, una vez se examina la definición citada por intuición, confrontamos la misma, en lo relativo a los bienes y servicios finales con los bienes y servicios intermedios.

Esta clasificación de bienes y servicios, metajurídica, propia de las ciencias económicas hace relación directa con la jerga macroeconómica, precisamente, en punto de las cuentas nacionales, *v.gr.* el PIB. En este índice económico se contabiliza la producción nacional mediante la consideración de bienes y servicios finales, descartando para evitar distorsiones —doble contabilización—, a los llamados bienes y servicios intermedios⁵¹.

51 DORNBUSCH, RUDIGER y FISCHER, STANLEY, *Macroeconomía*, McGraw-Hill, Colombia, 5 ed., 1991, pág. 40.

Así serán intermedios todos aquellos bienes y servicios necesarios para la producción de otro bien o servicio⁵². Y sólo serán bienes y servicios finales aquéllos que no se incorporaren a otros para terminar el proceso de producción de un determinado bien o servicio⁵³.

Quizá con un ejemplo se puedan aclarar un tanto los conceptos recién vertidos. El ejemplo usual dado por los textos de literatura económica en estos casos se refiere a los automóviles. Para que un automóvil pueda cumplir su propósito es necesario que tenga, entre otras cosas, llantas o neumáticos. Así pues, se afirma que las llantas son bienes intermedios respecto de los automóviles, por ende, la condición de bien final tan sólo la poseerá el automóvil ya que él no puede ser incorporado a otros bienes para la producción de cualquier otro.

De esta manera una vez los neumáticos son adheridos al automóvil se entiende que conforman, con los demás bienes y servicios antes utilizados, un bien final. Y también será final el automóvil porque es producto de un proceso de producción, que culminó con la terminación del auto correspondiente, a lo cual sólo le sigue la venta del mismo al público.

Mas la venta al público no siempre es directa, ya que generalmente la misma se realiza a través de cadenas establecidas de distribuidores o intermediarios.

De allí tenemos en estos casos, el flujo económico del bien final, en nuestro ejemplo el automóvil, aún no ha terminado. Finalizará una vez el respectivo automóvil es puesto en manos de alguien que no lo volverá a vender, sino que lo adquiere con un destino final caracterizado por el uso que le dará, en otras palabras, por su consumo⁵⁴. De esta manera, el automóvil una vez es adquirido por alguien que lo destine para su uso, provoca que el mismo salga del mercado.

Si comparamos esta concepción de consumidor con la que viene dada por la ley, sin mayor esfuerzo podemos colegir que en efecto, el legislador adoptó la consideración de bienes finales, tal como ha sido expuesta, como definitoria de la persona del consumidor. Por ello, la condición de final que posea un bien o servicio, es decir, su no vuelta al mercado, será la condición que dote a un adquirente del carácter de

52 *Ibíd*em; HEILBRONER, ROBERT Y THUROW, LESTER, *op.cit.*, pág. 144.

53 *Ibíd*em.

54 *Ibíd*em.

consumidor, y por ende, lo hará titular de los derechos que la ley consagra para quienes gocen de la mencionada calidad.

Este hecho unido a la comprensión que de manera expresa hace la norma, de las personas naturales y jurídicas como sujetos de tutela, produce en nuestra opinión, un marco sumamente amplio para la protección de los consumidores. Y la razón es que cualquier bien o servicio que sea adquirido por un industrial o comerciante cuyo destino no sea volver al mercado, bajo el entendido que la mencionada restricción se refiere a la no vuelta al mercado ya sea transformado o como fue adquirido y, obviamente, de manera profesional, hará de este comerciante o industrial un consumidor tutelado por la ley. De esta manera, concebida así la condición de consumidor, se producirá un impacto directo en las relaciones contractuales, y de paso, en las normas ordinarias⁵⁵ de contratación. Cosa contraria de lo que sucede en la mayor parte de las legislaciones comparadas⁵⁶.

La gran mayoría de las legislaciones que se han dado en pro del consumidor se caracterizan por la adopción de un criterio restringido de éste, ya que consideran como consumidor aquél que adquiera bienes y servicios *de consumo personal* entre los que se comprende aquellas adquisiciones hechas para uso propio, familiar o social. Y es que un criterio amplio, conocido como *consumo organizacional* se refiere a las adquisiciones hechas para la administración de organizaciones,⁵⁷ siendo este último descartado por la mayoría de las legislaciones correspondientes.

Prueba de ello es la directiva 93/13 del 15/4/93 de la Comunidad Económica Europea hoy Unión Europea por la cual se considera consumidor a “*toda persona física que, en los contratos regulados por la presente directiva, actué con un propósito ajeno a su actividad profesional*”⁵⁸. (Énfasis suplido).

Desde el momento en que surge la necesidad de establecer una normativa protectora del consumidor, no debe olvidarse las razones que la originan: desigualdad negociadora producto de la falta de información del consumidor.

55 Nos referimos a las contenidas en el Código Civil y Código de Comercio.

56 Cfr. FARINA, *op.cit.*, pág. 39.

57 SCHIFFMAN, LEÓN y LAZAR KANUK, LESLIE, *Comportamiento del consumidor*, Prentice-Hall, México, 1991, 3 ed., pág. 718; FARINA, *op.cit.*, pág. 39.

58 STIGLITZ, GABRIEL, *op.cit.*, pág. 41.

Con esto no pretendemos desconocer que las personas jurídicas en un momento determinado puedan ser consideradas consumidores, mas tal como está el concepto plasmado en la ley, las personas jurídicas y/o naturales que adquieran bienes y servicios para complementar su actividad profesional, *v.gr.* flotas de camiones para la distribución de mercancías, bien podrían aplicar para la tutela allí concedida al consumidor. Por ello, consideramos que una concepción tan amplia como la dada por la Ley 29 de 1996, desnaturaliza el concepto de consumidor sujeto de protección, consecuentemente se desnaturaliza el régimen de *cláusulas abusivas* ya que el mismo es limitante o restrictivo de la autonomía de la voluntad en los contratos de adhesión con ocasión de una relación de consumo.

A este respecto, siguiendo a FARINA, pensamos que el consumidor es:

“... quien adquiere bienes y servicios sin intención de obtener una ganancia por su posterior enajenación, ni de ampliar un proceso de producción o comercialización de bienes y servicios destinados al mercado”⁵⁹.

De esta manera bien pudiera tratarse de una persona física o moral, mas se delimitaría, con mayor precisión, el concepto de consumidor. No obstante lo anterior el reglamento de la Ley 29 de 1996, próximo a promulgarse, bien pudiera dar luces acerca de este punto.

Por ultimo y como añadidura, es dable señalar que los contratos comprensivos de las relaciones de consumo, pueden ser civiles o mercantiles, por cuanto la relación de consumo viene dada por la calidad del contratante y no por la naturaleza del contrato.

4.2.2. Régimen panameño de cláusulas abusivas

Visto el concepto de consumidor que trae la Ley 29 de 1996 es pertinente abordar lo relacionado con el régimen mismo de las cláusulas abusivas. Éste se encuentra tan sólo en dos artículos de la normativa tuitiva de los consumidores: artículos 62 y 63.

⁵⁹ FARINA, *op.cit.*, pág. 39.

En el primero se listan las estipulaciones contractuales totalmente prohibidas, que al ser vertidas en contratos sometidos a este régimen, acarrear la nulidad de la cláusula o estipulación correspondiente. Cabe mencionar que esta nulidad es absoluta, de allí que las disposiciones prohibidas por este artículo 62 no puedan ser saneadas, confirmadas o ratificadas por las partes.

Cosa contraria ocurre con las estipulaciones contractuales listadas en el artículo 63 las cuales a pesar de ser consideradas *abusivas* pueden ser saneadas o confirmadas por las partes contratantes. Por ello es que la sanción prevista en estos casos es su anulabilidad.

De lo anterior cabe colegir que el legislador prefirió distinguir a los dos tipos de cláusulas abusivas por las sanciones que acarrear.

Para un mejor análisis de ambas normas, preferimos transcribir sus textos, iniciando con el artículo 62 que contiene las cláusulas abusivas sancionadas con la nulidad de las mismas:

a. *Cláusulas abusivas de nulidad absoluta*

Artículo 62. Nulidad absoluta de cláusulas abusivas en contratos de adhesión.

Son abusivas y absolutamente nulas, las condiciones generales de los contratos de adhesión que:

1. Restrinjan los derechos del adherente o consumidor, aunque tal circunstancia no se desprenda claramente del texto;
2. Limiten o extingan la obligación a cargo del otorgante o proveedor;
3. Favorezcan excesiva o desproporcionadamente la posición contractual de la parte otorgante o proveedor, e importen renuncia o restricción de los derechos del adherente o consumidor;
4. Exoneren o limiten la responsabilidad del otorgante o proveedor por daños corporales, incumplimiento o mora;
5. Faculten al otorgante o proveedor para, unilateralmente, rescindir el contrato, modificar sus condiciones, suspender su ejecución, revocar o limitar cualquier derecho del adherente o consumidor, nacido del contrato, excepto cuando la

rescisión, modificación, suspensión, revocación o limitación, esté condicionada a incumplimiento imputable al último;

6. Obliguen al adherente o consumidor a la renuncia anticipada de cualquier derecho fundado en el contrato;
7. Impliquen renuncia por parte del adherente o consumidor, de las acciones procesales, términos y notificaciones personales contempladas en el Código Judicial o en leyes especiales;
8. Sean ilegibles;
9. Estén redactadas en idioma distinto del español.

Como puede apreciarse una vez leídos los nueve numerales del artículo recién transcrito, la norma de muy diversas maneras, tutela los derechos de los consumidores con relación a su posición contractual frente a su proveedor: propugna por el no-desmejoramiento subjetivo o cualitativo del contrato, velando porque en todo momento, permanezcan vigentes los derechos en cabeza de los consumidores.

No se ocupa de temas distintos a estos, por lo que deja de lado aspectos relativos a la protección de la salud o garantías en el uso de los bienes o servicios adquiridos.

Y es que el legislador en los primeros cinco numerales, en nuestro criterio, expresa de forma diferente, lo mismo: la prohibición del desmejoramiento, desventaja o desproporcionalidad contractual del consumidor.

Pensamos, en cuanto a la naturaleza de los derechos de los consumidores se refiere, que se tratan tanto de derechos dimanantes de los contratos propiamente tales así como los derechos procesales ya que la norma en cuestión, no discrimina.

Este aspecto importa una relevancia, en nuestra opinión, insoslayable ya que como se sabe, en la mayor parte de las normas de carácter civil y/ o mercantil que regulan convenciones, si bien no son comprensivas de todos los contratos que existen, sí reglamentan algunos especímenes de los mismos; son los llamados contratos típicos. De esta manera, resulta que todos los derechos previstos en esos textos como derechos dimanantes de los respectivos contratos, de naturaleza tradicionalmente dispositiva, pasan a ser de orden público, lo que resulta en una limitación

a la voluntad de las partes cualquier intento de disponer de ellos en perjuicio del consumidor. Prueba de esto son los numerales 1 y 3 del artículo 62 de la Ley 29 de 1996.

Allí no se discrimina el linaje o naturaleza del derecho de que se trata.

Para finalizar este punto, es claro una vez se examinan los dos últimos numerales del artículo en cuestión, que el legislador tomó medidas para evitar las ventajas que los proveedores puedan obtener de la ligereza o desconocimiento de su consumidor, desde el momento en que sanciona con nulidad aquellas estipulaciones legibles así como las redactadas en otros idiomas distintos del español.

A pesar de habernos referido, de manera genérica, a los principales aspectos de esta institución, y animados por el mero prurito de esbozar una exposición sistemática del tema, recogeremos lo aquí dicho de manera similar a la exposición hecha antes, a propósito de la *lesión* y la *imprevisión*.

1. *Ámbito de la aplicación*

El régimen de *cláusulas abusivas* sólo opera en los contratos celebrados con motivo de relaciones de consumo. Es necesario, pues, que una de las partes contratantes reúna los requisitos exigidos para ser considerado como consumidor, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29, numeral 2 de la Ley 29 de 1996.

2. *Características*

Con la intención de precisar los principales atributos de la institución conocida como *cláusulas abusivas*, pasaremos a listar los que en nuestra opinión, consideramos sus más relevantes caracteres:

- Poseen calidad de normas de orden público, de allí que no sean de libre disposición por los contratantes;
- Contienen aspectos tanto sustantivos como procesales derivados de la relación contractual. La razón de esto es que además de lo antes

dicho, es necesario recordar lo prescrito por el artículo 30 del Código Civil, específicamente en lo relativo a la incorporación al contrato, de las leyes vigentes al momento de su celebración.

- A pesar de ser límites a la voluntad de las personas, y por ende límites a la libertad de éstas, no pueden ser interpretadas restrictivamente⁶⁰ como indican la hermenéutica jurídica tradicional, sino que por mandato del artículo 64 de la misma Ley 29 de 1996, deberán interpretarse siempre a favor del consumidor, de allí que exijan obligatoriamente una interpretación extensiva en este sentido.
- Sólo rigen en contratos de adhesión. Esto viene dado en virtud expresa del artículo 62 de la Ley 29 de 1996, ya que su texto es claro cuando así lo ordena.

Por otro lado, y para lograr una mejor exposición de este último aspecto, es necesario remitirnos al artículo 29 de la Ley 29, numeral 3 donde se define el concepto de contrato de adhesión:

“Aquél que cuyas cláusulas han sido establecidas *unilateralmente* por el proveedor de bienes y servicios, sin que el consumidor pueda negociar su contenido al momento de contratar”.

De todo lo anterior tenemos, pues, que el régimen de *cláusulas abusivas*, sólo rige en los contratos celebrados por las personas con calidad de consumidores, siempre que los mismos sean susceptibles de ser considerados como adhesión.

3. Naturaleza

Las *cláusulas abusivas* son limitaciones a la voluntad de las personas dadas por las leyes a favor de los consumidores, en virtud de considerar a los mismos la parte débil de una relación contractual. Por ello creemos que la naturaleza jurídica de estas normas, como antes afirmamos, se ubica dentro de las disposiciones legales de orden público, precisamente en virtud de sancionar su establecimiento con la nulidad.

60 DEL VECCHIO, GIORGIO, *op.cit.*, pág. 90.

A pesar de haber precisado que las *cláusulas abusivas* son normas imperativas, es necesario profundizar un tanto más en su naturaleza, por cuanto la calidad de normas de orden público, representa tan sólo una faceta de la naturaleza jurídica de aquéllas. Y es así porque nada hemos dicho acerca de cuál es la institución o categoría jurídica de donde ellas derivan.

Para dilucidar este punto, consideramos conveniente ubicarnos en el contexto contractual. Así, en la doctrina contractual se afirma que el contenido de un contrato se completa de tres tipos de estipulaciones, a saber: las esenciales, las naturales y las accidentales.

Por estipulaciones esenciales se entienden aquéllas “sin las cuales el contrato no produce ningún efecto o degenera en otro diferente”⁶¹, mientras que por estipulaciones naturales se entienden los acuerdos o pactos que no requieren que sean expresamente dispuestos en un determinado contrato en virtud de que la ley ha expresado su obediencia obligatoria⁶².

Por último, las estipulaciones accidentales consisten en aquellos pactos o acuerdos que las partes atadas en un contrato tienen a bien establecer, es decir, “aquéllas que no siendo esenciales ni naturales, las partes agregan al contrato”⁶³.

Si bien las *cláusulas abusivas* son propias de los *contratos de adhesión*, éstas no pueden ser consideradas estipulaciones esenciales de los mismos, ya que de no respetarse lo prescrito en la normativa que los contenga, sólo se genera la nulidad de la estipulación violatoria o ilícita, manteniéndose el resto del contrato incólume.

Por otro lado, afirmar que las *cláusulas abusivas* derivan su linaje de las estipulaciones accidentales no sería del todo cierto. La razón de ello es que bien el régimen de *cláusulas abusivas* opera sobre las estipulaciones accidentales, éste representa una limitante al espacio que ocupan este tipo de estipulaciones, por lo que mal puede ser considerada como accidental una estipulación que la ley manda se obedezca en los contratos de consumo siempre que sean de adhesión.

Queda, entonces, referirnos a las estipulaciones naturales, institución a la cual debe su naturaleza el régimen de las *cláusulas abusivas*.

61 URIBE HOLGUÍN, RICARDO, *De las obligaciones y de los contratos en general*, Bogotá, Temis, 1982, pág. 237.

62 *Ibidem*.

63 *Ibidem*.

En este tipo de operaciones es en donde se halla la naturaleza jurídica de las *cláusulas abusivas* porque precisamente, por mandato de la ley, es decir, como norma de carácter imperativo, se dispone que los consumidores en los contratos que celebren con sus proveedores de bienes y servicios, no podrán renunciar a los derechos que en su favor dimanen no sólo del contrato *per se*, sino de la relación de consumo. Se obliga, pues, a un equilibrio contractual. De allí que se considere que formen parte de este tipo de contratos, lo prescrito por el régimen de *cláusulas abusivas*, sin importar si las partes lo observen al momento de contratar puesto que, como veremos, se deben tener por no puestas.

Queda claro, pues, que el régimen de las *cláusulas abusivas* inexorablemente deberá ser atendido dentro de un contrato de *adhesión* con motivo de una relación de consumo, ya que su grado de vigencia y obediencia permite que se imponga incluso frente al sacrosanto principio de la autonomía de la voluntad.

4. Efectos

A fin de referirnos a los efectos de este régimen, es necesario aclarar cuándo opera la nulidad de las *cláusulas abusivas* listadas en el artículo 62 de la Ley 29 de 1996. Y es que la duda surge en virtud de que la regla general es que las nulidades deben ser declaradas⁶⁴ artículo 1143 del Código Civil, por lo que hasta el momento en que así sea, las disposiciones contractuales gozan de pleno vigor y eficacia.

Al respecto consideramos que todas las estipulaciones susceptibles de ser enmarcadas dentro del listado vertido en el ya citado artículo 62, en nuestra opinión abierto, es decir, no taxativo, deben ser consideradas como excepción a la regla general ya vista en materia de nulidades, por lo que la nulidad en ellas ínsita, opera de pleno derecho.

Sirva de fundamento a nuestra posición el contenido del artículo 34 de la Ley 29 de 1996, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 34. Nulidad de renuncia de derechos en contratos de adhesión.

64 ARROYO, DULIO, *Estudios jurídicos*, Panamá, t. IV, 1992, pág. 326.

Son nulas en los contratos de adhesión, y por lo tanto no obligan a los consumidores las estipulaciones que impliquen renuncia o disminución de un derecho reconocido en esta ley a favor de los consumidores. (Énfasis suplido).

Con base en lo anterior, concluimos que desde el momento en que la norma contenida en el artículo 34, enunciada en forma de mandato, dispone el no-acatamiento por parte de los consumidores de aquellas cláusulas que en un contrato de adhesión conlleven la renuncia o disminución de derechos a ellos reconocidos en la Ley 29 de 1996, entiéndase incluidas las *cláusulas abusivas*. Deberán tenerse por no puestas.

Y es que de lo contrario se facilitaría la impunidad de los proveedores respecto de la inclusión de este tipo de estipulaciones en los contratos, puesto que se servirían de ellas hasta tanto no sean declaradas nulas dentro de un proceso jurisdiccional; hecho que convertiría en letra muerta el espíritu tuitivo de la Ley 29 de 1996, en especial de tratarse de contratos de ejecución instantánea.

Punto importante en cuanto a la nulidad se refiere, es que la misma no produce la nulidad del contrato, sino tan sólo de la estipulación.

b. *Cláusulas abusivas de nulidad relativa*

En punto a tratar lo referente a las *cláusulas abusivas* de nulidad relativa, al igual que se hiciera respecto de las de nulidad absoluta, pasamos a transcribir el texto del artículo contentivo de las mismas:

Artículo 63. Nulidad relativa de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

Son abusivas y relativamente nulas, las cláusulas generales de los contratos de adhesión que:

1. Confieren al otorgante o proveedor, para la aceptación o el rechazo de una propuesta o la ejecución de una prestación, plazos desproporcionados o poco precisos;
2. Confieran, al otorgante o proveedor, un plazo de mora desproporcionado o insuficientemente determinado para la ejecución de la prestación a su cargo;

3. Establezcan indemnizaciones, cláusulas penales o intereses desproporcionados, en relación con los daños por resarcir, a cargo del adherente o consumidor.

Del contenido de la norma en estudio, es pertinente señalar que su propósito, a diferencia de las estipulaciones contenidas en el ya estudiado artículo 62, no se orienta a prevenir una inequivalencia *per se*, ya que los derechos proporcionales a las obligaciones que ostenta el consumidor existen, mas éstos se presentan de manera que materialmente provocarían indefensión de aquél frente a su proveedor cocontratante.

De acuerdo con el atinado decir de FARINA:

“Merecen ser revisadas por los tribunales, aquéllas (cláusulas) que colocan a la otra parte a merced del empresario predisponente, como ocurre, por ejemplo, con las que prácticamente dejan sin efecto las normas sobre garantías por vicios en las cosas”⁶⁵.

Así, puede distinguirse el objetivo contenido en las *cláusulas abusivas* dispuestas en el artículo 63, de la finalidad que conlleva su antecesor; se propugna en el artículo 63, entonces, por una materialización de los derechos de los consumidores. Ahora bien, esta materialización sólo se aplica a los tres tipos allí listados, es decir, plazos de aceptación de propuestas de contratos, cumplimiento de prestaciones o mora en el cumplimiento de las mismas, así como hacer proporcionales las prestaciones a cargo de los consumidores.

En todos los casos los derechos y las obligaciones de los consumidores existen, pero no son equivalentes a los de su cocontratante.

Precisamente por esta última cualidad es que la sanción que prevé la normativa de protección al consumidor para este tipo de estipulaciones es la nulidad relativa. De allí que sea diferente a la nulidad absoluta prevista para las cláusulas abusivas contenidas en el artículo 62 de la misma Ley 29 de 1997.

Es claro, entonces, que este hecho produce una serie de implicaciones, que si bien parten de premisas similares a las cláusulas abusivas absolutas, poseen caracteres propios. Por ello pasamos a listarlas brevemente.

65 FARINA, JUAN, *op.cit.*, pág. 284.

1. *Ámbito de aplicación*

Al igual que sus predecesoras, este tipo de cláusulas abusivas sólo tienen vigencia en contratos con ocasión de una relación de consumo.

2. *Características*

Las principales características que entraña este espécimen de cláusulas abusivas son las siguientes:

- Gozan de las propiedades de ser normas de orden público;
- *Prima facie* no se les puede atribuir esta propiedad, puesto que de acuerdo con el régimen general de nulidades, previsto en el Código Civil, las nulidades relativas son susceptibles de renunciaciones así como de confirmación o saneamiento. Sin embargo, en virtud de lo dispuesto por el ya citado artículo 34 de la Ley 29 de 1996, que ordena que los consumidores no pueden renunciar a los derechos que ella les concede, impide que las partes en los contratos regulados por la Ley 29, pacten la renuncia a ejercer acciones rescisorias.

Y es así ya que si bien las normas contenidas en el artículo 63 sólo producen la anulabilidad del pacto o estipulación pertinente, para lograrla se requiere que se accione o se excepcione. De allí que en ambos casos se pueda, en principio, renunciar a estos derechos. No obstante, es claro que al confrontar estos antecedentes con lo prescrito en el artículo 34 en concordancia con el 64 de la Ley 29 de 1996, tenemos que los derechos de aspectos procesales, como bien es el de acción y defensa, son irrenunciables; irrenunciabilidad de carácter absoluto cuya nulidad, como hemos visto, opera de pleno derecho.

Todo esto nos conduce a sostener la calidad del orden público que tiene esta norma.

- Sólo se refieren, de manera expresa, a derechos de aspectos sustantivos derivados de las relaciones contractuales correspondientes.

- Deben ser interpretadas, al igual que las de nulidad absoluta, de manera extensiva, precisamente en virtud del artículo 64 de la misma Ley 29 de 1996.

3. *Naturaleza*

Como antes explicáramos, consideramos que se estas normas poseen la naturaleza de normas de orden público así como de estipulaciones naturales de los contratos de consumo.

4. *Efectos*

Al tratar lo pertinente en las *cláusulas abusivas* de nulidad absoluta, dijimos que los efectos del establecimiento de dichas estipulaciones, se reducían a ser consideradas por no puestas, ya que su nulidad operaba de pleno derecho.

En este caso no es así. La razón fundamental de ello es que la institución de la nulidad relativa genera la anulabilidad del acto o estipulación correspondiente: la potencialidad de ser declarada nula.

Este hecho, como se sabe y como antes se adelantara, produce la posibilidad de sanear, confirmar o convalidar lo allí estipulado. Por esto y porque así lo manda el Código Civil en la regla general prevista en el artículo 1143, la misma debe ser solicitada y posteriormente así declarada judicialmente.

De allí que la intención del legislador al considerar este tipo de estipulaciones, las contenidas en el artículo 63, como anulables, fue la de proteger intereses particulares⁶⁶.

66 ARROYO, DULIO, *Estudios jurídicos*, *op.cit.*, pág. 342; LAURROUMET, CHRISTIAN, *op.cit.*, pág. 438.

SECCIÓN II

ARTÍCULOS DE AUTORES NACIONALES

LA PRÁCTICA DE FIJACIÓN UNILATERAL DE PRECIOS Y SU APLICACIÓN EN COLOMBIA¹

GABRIEL IBARRA PARDO Y ALFONSO MIRANDA LONDOÑO²

1. INTRODUCCIÓN

El presente documento tiene por objeto analizar la práctica conocida como fijación unilateral de precios (a la cual nos referiremos también como FUP), a la luz del derecho de la competencia.

A pesar de la importancia del tema para los industriales y comerciantes, así como de la proliferación de normas legales y reglamentarias sobre el mismo, hasta hace poco tiempo, ni la comunidad académica ni las autoridades de la competencia se habían preocupado por ordenar y explicar las normas y principios relacionados con este tipo de prácticas.

La creciente y vital aplicación del derecho de la competencia que en buena hora viene realizando la Superintendencia de Industria y Comercio, hace aún más necesario que se debatan en profundidad temas como el que hoy nos ocupa, con el ánimo de ofrecer a los actores del mercado, claridad sobre el contenido, alcance y aplicación de las normas sobre la materia.

1 Conferencia presentada por los autores en el marco del CEDEC.

2 El doctor GABRIEL IBARRA PARDO es abogado javeriano. *Master* en Derecho de la Universidad de Exeter, Reino Unido. Socio de la firma Escobar & Ibarra, abogados.

El doctor ALFONSO MIRANDA LONDOÑO es abogado y socioeconomista javeriano. Especialista en derecho financiero de la Universidad de los Andes. *Master* en Derecho de la Universidad de Cornell. Profesor de Derecho de la competencia en la Universidad Javeriana y en los posgrados de varias universidades. Director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia - CEDEC. Socio de la firma Chemás, Miranda & Asociados.

No hay duda que para cualquier empresario resulta vital la decisión sobre la comercialización de sus productos, ya sea en forma directa o a través de una red de distribución, la cual puede ser a su vez independiente o controlada. Dentro de la organización o determinación de la estructura del esquema de comercialización de los productos, ocupa lugar de singular importancia y complejidad el de la determinación del precio, tanto el que se ofrece a la red de comercialización, como el llamado precio de venta al público.

Al respecto hemos sostenido que de conformidad con el principio constitucional de la actividad económica e iniciativa privada libres, las decisiones sobre la estructura del esquema de distribución y comercialización de los productos deben ser tomadas en forma autónoma por los empresario, razón por la cual el régimen jurídico debe ser neutro frente a ellas, sin que por ello se vulnere el principio de libertad de competencia y prohibición de realizar prácticas restrictivas y desleales de la misma.

Es importante por lo tanto, que a la hora de estructurar su sistema de comercialización, los empresarios encuentren reglas claras de conducta, que les permitan adoptar aquellas decisiones que resulten más convenientes desde el punto de vista económico y de competitividad.

El tema resulta de suma importancia para todos aquellos sectores de la economía en los cuales la comercialización de los productos o servicios al consumidor final se hace total o parcialmente a través de redes exclusivas o no exclusivas de distribuidores o comercializadores independientes. Para estos productores, así como para los distribuidores mayoristas de un producto o servicio, resulta de la mayor importancia saber si pueden o no fijar legalmente, o sugerir precios de venta al público, como parte de sus políticas de comercialización.

Nuestro análisis se refiere como es natural al caso colombiano, pero resume también las posiciones adoptadas en los Estados Unidos de América y en la Unión Europea.

2. LA FIJACIÓN UNILATERAL DE PRECIOS EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Los acuerdos para la fijación de precios a los consumidores (en inglés *Resale Price Maintenance*) habían sido considerados hasta ahora ilegales *per se* por la Corte. En el caso de *Dr. Miles Medical Co. v. John Park &*

*Sons Co.*³, la Corte dijo que un contrato celebrado entre un fabricante y el distribuidor de su producto, que le exigía a este último vender a un precio determinado, era inaplicable *por cuanto* resultaba violatorio de la ley Sherman. La Corte prohibió la práctica al presumir 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*.

La negativa unilateral a contratar (en inglés *Unilateral Refusal to Deal*), ha sido tradicionalmente considerada legal por la Corte. En el caso de *Colgate & Co. v. US*⁴ 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 (*Resale 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.

Sin embargo, en noviembre de 1997, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, con ponencia de la magistrada SANDRA DAY O'CONNOR, se pronunció en el caso de *State Oil v. Barkat Khan*, en el cual modificó de manera importante la doctrina establecida en 1968 en el caso de *Albrecht v. Herald Co.*⁵, en el cual la Corte Suprema estableció que los acuerdos verticales de fijación de precios máximos eran ilegales *per se*. En efecto, en este caso, el más importante en los últimos años, la Corte estableció que los acuerdos verticales de fijación de precios máximos al público debían ser analizados bajo la regla de la razón y no bajo la regla *per se*.

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

3 *Op.cit.* SULLIVAN, E. THOMAS. HOVENKAMP, HERBERT, pág. 287. Puede verse el texto del caso. 220 US 373 (1911).

4 *Op.cit.* SULLIVAN, E. THOMAS. HOVENKAMP, HERBERT, pág. 301. Puede verse el texto del caso. 250 US 300 (1919).

5 390 US 145 (1968).

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

El análisis de la regla de la razón se basa en la determinación de tres aspectos fundamentales por parte de la autoridad de la competencia, como son el propósito, la naturaleza y el efecto de la práctica bajo estudio. En este tipo de investigación resulta válido por lo tanto, que la autoridad evalúe los efectos anticompetitivos *versus* los procompetitivos de la práctica en cuestión.

Como un importante sector de la doctrina lo venía proponiendo desde hace tiempo, la Corte aplicó en el caso de *State Oil v. Barkat Khan* un raciocinio similar al utilizado para definir la legalidad de los acuerdos verticales de repartición de mercados en el caso de *Continental Tv. Inc. v. GTE Sylvania*⁶.

En el caso de *Continental TV Inc. v. GTE Sylvania*, la Corte se negó a declarar ilegal el esquema de distribución de Sylvania, aunque restringía la competencia entre sus distribuidores. Sylvania era una pequeña fábrica de televisores con una participación del 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 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

6 *Op.cit.* SULLIVAN, E. THOMAS. HOVENKAMP, HERBERT, pág. 315. Puede verse el texto del caso.433 U.S. 36 (1977). Véase 5.3.2. *supra*.

legales cuando se demostrara que producían el efecto de incrementar la competencia con otras marcas dentro del mercado relevante.

3. LA FIJACIÓN UNILATERAL DE PRECIOS EN LA UNIÓN EUROPEA

La jurisprudencia y la doctrina han sido unánimes en sostener que la comunicación por parte del proveedor al distribuidor, por medio de la cual éste recomienda precios de reventa no es violatoria de la ley, siempre y cuando no exista obligación para el distribuidor de utilizar esos precios.

Sin embargo, se prohíbe el establecimiento obligatorio de precios mínimos, como lo hace la mayoría de las normas sobre promoción de la competencia.

La negativa unilateral a contratar, motivada por la intención de eliminar a un actual o potencial competidor, ha sido condenada en diferentes decisiones de la Comisión. Dicha entidad requiere que exista una “justificación objetiva” para negarse a contratar y que tal medida resulte proporcional a la ofensa infligida, esto es, que la empresa que aplica la negativa a contratar, no imponga medidas más restrictivas que las necesarias para la protección de sus legítimos intereses. En estas circunstancias resultaría por ejemplo adecuado aplicar la negativa unilateral a contratar, cuando el cliente presenta una mora reiterada en el pago de sus obligaciones.

Los acuerdos verticales se consideran ilegales cuando tienen por objeto o como efecto la prevención, restricción o distorsión de la competencia, pero pueden ser permitidos si contribuyen al mejoramiento de la producción o distribución de bienes o a la promoción del progreso técnico o económico, en tanto que permitan a los consumidores una participación justa del beneficio resultante.

4. EL CASO COLOMBIANO

A pesar de la evolución que el tema ha tenido en otras latitudes, en Colombia no ha sido, como ya lo advertimos, suficientemente debatido por las autoridades de la competencia y por la comunidad académica,

razón por la cual, el análisis que a continuación se presenta, se encuentra basado fundamentalmente en la ley.

Debe recordarse, que al abrir el caso de los automóviles (resolución SIC 925 del 13 de mayo de 1996), la Superintendencia de Industria y Comercio acusó a los fabricantes de automóviles de realizar acuerdos verticales de fijación de precios con su red de distribución, con base en la práctica de dichos productores en el sentido de expedir listas de precios de venta sugeridos al público, las cuales hacían circular entre sus concesionarios.

En este caso, que fue planteado por la SIC como un caso de acuerdos de precios, se encontraba sin embargo, la materia prima necesaria para que la Superintendencia realizara un pronunciamiento de fondo sobre el tema de las listas de precios de venta sugeridos al público y por ende, de la FUP. Sin embargo, el caso terminó mediante la aceptación de garantías en la resolución SIC 1.187 del 6 de agosto de 1997, por medio de la cual la Superintendencia cerró la investigación sin estudiar el problema de fondo, el cual aún está por resolverse en el derecho colombiano.

Teniendo en cuenta lo anterior, en nuestra opinión el análisis y solución del tema que motiva este documento bajo el derecho colombiano debe desarrollarse como se indica en los puntos siguientes.

4.1. ILEGALIDAD *PER SE* DE LOS ACUERDOS DE FIJACIÓN DE PRECIOS

Los acuerdos de fijación de precios, tanto verticales como horizontales, son *per se* ilegales bajo la ley colombiana, ya que el numeral 1° del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 establece una presunción de derecho sobre la ilegalidad de dichos acuerdos. Las partes pertinentes de la norma mencionada dicen 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*”.

“...” (cursivas fuera de texto).

12 Como se puede observar, la norma no hace ninguna distinción entre un acuerdo vertical y uno horizontal de fijación de precios (a diferencia de lo que sucede en la actualidad en los Estados Unidos de América, como ya se explicó), razón por la cual se debe aplicar el criterio estricto de la regla *per se* a ambas clases de acuerdos, sin entrar por lo tanto a examinar los propósitos o efectos de la conducta, sino simplemente su realización objetiva.

4.2. LA LEGALIDAD DE LA FIJACIÓN UNILATERAL DE PRECIOS

En cuanto a la FUP, se hace necesario analizar varias normas que paso a discutir en los siguientes puntos:

Ley 155 de 1959, modificada por el decreto 3037 de 1963. 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”. (Cursivas fuera de texto).

Esta norma contiene la cláusula general de prohibición contra toda clase de prácticas restrictivas de la competencia, tanto unilaterales como concertadas y debe leerse en concordancia con el artículo 46 del decreto 2153 de 1992, que dice textualmente lo siguiente:

“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.*” (Cursivas fuera de texto).

Estas prohibiciones generales se le aplican a cualquier tipo de conducta restrictiva de la libre competencia que no se encuentre

expresamente descrita como ilegal *per se* en los artículos 47, 48, 50 y 51 del decreto 2153 de 1992, o en alguna parte de la Ley 155 de 1959, cosa que no sucede en el caso de la FUP.

Es más, el fenómeno de la FUP en el derecho colombiano se encuentra por lo menos parcialmente sometido a la regla de *legalidad per se*, ya que el artículo 9° de la Ley 155 de 1959 de manera expresa establece la posibilidad de los fabricantes o distribuidores mayoristas de imponerle a su red de distribución un precio de venta al público en forma unilateral, así como la obligación que la red de distribución tiene de acatar dicho precio, siempre que se trate de precios máximos, ya que podría considerarse que tal disposición fue derogada parcialmente por los artículos 18 y 20 del decreto especial 3466 de 1982 (Estatuto de protección al consumidor), o que la imposición de precios de venta al público estaría en algunas oportunidades en contravención con las normas del decreto 2153 de 1992, como lo veremos más adelante.

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

Ley 155 de 1959. Artículo 9.- “Cuando las empresas industriales *fijen precios de venta al público*, ni la misma empresa, directamente, o por medio de filiales, o distribuidoras, ni los comerciantes independientes, podrán venderlos a precios diferentes de los fijados por el productor, so pena de incurrir en las sanciones previstas para los casos de competencia desleal”. (Cursivas fuera de texto).

El artículo 9° de la Ley 155 de 1959 debe interpretarse en concordancia con las disposiciones sobre protección al consumidor (DE 3466 de 1982), en las cuales se incluyen algunas disposiciones relativas a la fijación de precios.

En particular nos referimos a las disposiciones contenidas en los artículos 18 y 20 del citado decreto, las cuales dicen textualmente lo siguiente:

Art. 18 DE 3466 de 1982.- “Obligación de fijar los precios máximos al público: Todo proveedor o expendedor está obligado a *fijar los precios máximos al público* de los bienes o servicios que ofrezca, para lo cual puede elegir, según la reglamentación de la autoridad competente, o a falta de ésta, según sus posibilidades o conveniencia, el sistema de fijación en los bienes mismos”. (Cursivas fuera de texto).

El inciso 2º de este artículo fue inicialmente derogado por el artículo 235 del decreto extraordinario 1122 de 1999. El mencionado decreto extraordinario, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia N° C-702 de 1999. En vista de lo anterior, el gobierno nacional le solicitó nuevamente facultades extraordinarias al Congreso, el cual se las concedió por medio de la Ley 573 del día 7 de febrero de 2000. Con base en dichas facultades extraordinarias, el gobierno expidió el decreto extraordinario N° 266 del 22 de febrero de 2000, el cual dispone en su artículo 116 la derogatoria del inciso 2º del artículo 18 del decreto 3466 de 1982, y por lo tanto eliminó definitivamente (al menos por ahora) la obligación de fijar precios máximos de venta al público por parte del productor⁷.

Artículo 20 DE 3466 de 1982.- *Modificado por el artículo 117 del decreto 266 de 2000*⁸. “Sistema de fijación de precios en los bienes mismos: Se entiende por sistema de fijación de precios en los bienes mismos la indicación que de dichos precios hagan los proveedores o expendedores en el empaque, el envase o el cuerpo del bien o en etiquetas adheridas a cualquiera de ellos”⁹.

Como se puede observar, la modificación del artículo 20 del decreto 3466 de 1982 elimina la obligación de que los productores realizaran la fijación de precios en los bienes mismos. Dicha fijación debe ser en general realizada por los proveedores o expendedores de bienes. Como se puede observar, la declaratoria de inexecutable del decreto 1122 de 1999 no modificó la posición de la SIC con respecto a la fijación de

7 El mencionado inciso decía lo siguiente:

“Cuando el productor haya establecido, voluntariamente o en obediencia a una determinación en tal sentido de la autoridad competente, precios máximos al público indicados en los bienes mismos, el proveedor o expendedor estará exento de la obligación prevista en este artículo, pero podrá establecer precios inferiores al precio máximo al público, los cuales constituirán los precios máximos al público fijados por el proveedor o expendedor”.

8 Este inciso había sido inicialmente derogado, por el artículo 236 del decreto 1122 de 1999, que como ya se advirtió, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional por sentencia N° C-702 de 1999.

9 El inciso 1º del artículo 20 del decreto extraordinario 3466 de 1982 decía lo siguiente:

“Se entiende por sistema de fijación de precios en los bienes mismos la indicación que de dichos precios hagan los productores, proveedores o expendedores en el empaque, el envase o el cuerpo del bien o en etiquetas adheridas a cualquiera de ellos”.

precios en los bienes mismos, la cual se mantuvo intacta y fue plasmada en el artículo 117 del decreto 266 de 2000 en la forma ya vista.

Sin embargo, no puede pensarse que la posibilidad de que los fabricantes o productores fijen precios de venta al público quedó eliminada, ya que el artículo 9° de la Ley 155 de 1959 arriba transcrito, se refiere de manera expresa a dicha posibilidad, razón por la cual debe considerarse que en tal caso el precio fijado por el productor o fabricante es el precio de venta máximo al público, el cual debe ser respetado por los proveedores o expendedores de los bienes.

Antes de que ocurriera la modificación introducida por el decreto 1122 de 1999, que quedó finalmente plasmada en la misma forma por el decreto 266 de 2000, se le consultó a la Superintendencia sobre el contenido de estas normas, y la mencionada entidad se pronunció mediante oficio del día 8 de marzo de 1999, radicado bajo el número 98073466, en la cual expresó lo siguiente:

“...en opinión de esta Superintendencia la posibilidad de que el productor señale precios máximos de venta al público contemplada en el artículo 18 del decreto 3466 de 1982 no fue derogada con la expedición del decreto 2153 de 1992 pero, bajo determinadas circunstancias podría implicar contravención de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.

Lo anterior teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

De acuerdo con lo previsto en el artículo 18 del decreto 3466 de 1982 los proveedores o expendedores deberán dar a conocer el precio al cual venderán los productos o prestarán los servicios. Este deber se puede cumplir de 3 maneras:

- Fijándolo en lista
- Fijándolo en los bienes mismos; o
- Acogiéndose al señalado por el productor

Dentro del marco de la libertad de empresa y de competencia que rige en Colombia, la tercera alternativa será viable solamente cuando una norma positiva habilite al productor para proceder en ese sentido¹⁰.

10 Debe notarse que, al tenor del artículo 2033 del Código de Comercio, el artículo 9 de la Ley 155 de 1959 quedó derogado con la expedición de ese código.

Las disposiciones legales se derogan por disposición expresa o, en casos de ser irreconciliables, de manera tácita.¹¹ No hay en el decreto 2153 de 1992 ninguna norma que implique derogatoria del artículo 18 antes comentado.

Sin embargo de lo anterior, dada la fuerza legal del decreto de estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio¹² y el hecho de ser posterior al estatuto del consumidor, debe entenderse que cualquier aplicación que se haga del deber de establecer los precios no puede implicar contravención de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas”.

Asimismo, en respuesta a otra consulta, que se encuentra contenida en oficio del día 26 de diciembre de 1998, radicado bajo el número 98057024-1, la Superintendencia expresó lo siguiente:

“1. En primer término, en desarrollo de la política de precios las entidades competentes para fijar los precios son los ministerios, comisiones de regulación, caso servicios públicos y otras entidades del orden nacional.

El ejercicio de la política de precios podrá ejercerse por parte de las citadas entidades, bajo las modalidades de control directo, libertad regulada o libertad vigilada. Cuando un bien o servicio no esté sujeto a regulación por parte de alguna entidad competente, su precio se determinará libremente por parte del proveedor del mismo.

2. Actualmente los precios de los productos y servicios que se expenden al consumidor, se encuentran en libertad, es decir, su precio se determina por el libre juego de la oferta y demanda, a excepción de las tarifas de servicios públicos domiciliarios (comisiones de regulación), los cánones de arrendamiento para vivienda urbana (su incremento se establece por el índice de la inflación proyectada) tarifas de transporte (Ministerio de Transporte) y precios de algunos combustibles (Ministerio de Minas).

3. De conformidad con el decreto 3466 de 1982, Estatuto de protección al consumidor, establece que para la indicación pública de precios para todos los

11 Artículo 71 del Código Civil.

12 Véase sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejero ponente doctor LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, expediente N° 2335 7 de diciembre de 1993.

bienes y servicios, el proveedor podrá elegir, la lista de precios o la indicación de los mismos en los bienes.

4. El decreto 1485 de 1996 en su artículo 2 establece que cuando en el envase, o en el cuerpo del bien o mediante etiquetas adheridas a los bienes, se utilice código de barras, el expendedor podrá fijar el precio de venta al público atendiendo, a su elección a una de las siguientes modalidades:

- a. Fijación del precio en el bien mismo, mediante caracteres perfectamente legibles.
- b. Fijación por el sistema de listas. En este evento, el precio de los productos podrá fijarse en la góndola, anaquel o estante donde se encuentren ubicados los bienes, de manera clara y legible para el consumidor.

5. Las alcaldías en materia de precios tienen la función de vigilar que los proveedores de bienes y servicios estén cumpliendo con la indicación pública de precios de conformidad con las normas citadas anteriormente.

6. La entidades competentes que tienen la función de definir la política de precios, son asimismo competentes para entrar a determinar los márgenes de comercialización, hasta la fecha este superintendente no ha recibido de ningún organismo estatal que tienen competencia en la materia, decisión de intervenir los márgenes de comercialización para ningún producto ni servicio”.

“4. El decreto 1485 de 1996 en su artículo 2 establece que cuando en el envase, o en el cuerpo del bien o mediante...”.

“5. Las alcaldías en materia de precios tienen la función de vigilar que los proveedores de bienes y servicios estén cumpliendo con la indicación pública de precios de conformidad con las normas citadas anteriormente”.

Esta percepción se confirma con el análisis de otras normas de carácter reglamentario que han desarrollado el punto para sectores específicos, tales como las siguientes:

Decreto 863 de 1998. Por el cual se reglamenta el decreto-ley N° 3466 de 1982.

“Artículo 1º.- Con el propósito de facilitar al consumidor la selección económica de los bienes que desee adquirir, así como de escoger el expendedor que considere más conveniente, a partir de la vigencia del presente decreto, se hace obligatoria la publicidad del precio al público de los artículos de primera necesidad, en los términos y circunstancias que se señalan más adelante.

Artículo 2º.- En los siguientes bienes especificados según su naturaleza el productor deberá indicar el precio al público en el empaque, el envase o en el cuerpo del mismo:

- a. Los sometidos a registro sanitario expedido por el Ministerio de Salud;
- b. Los productos alimenticios a granel como arroz, frijol, lenteja y otros, que se presentan para ser vendidos empacados en bolsa plástica o de cualquier otro material;
- c. Los elaborados, procesados, manufacturados o empacados en establecimiento comercial o fábrica que requiera para su funcionamiento licencia sanitaria de acuerdo con las disposiciones pertinentes;
- d. Los destinados a vestuario;
- e. Los de uso doméstico como betún, papel higiénico, pañales desechables, detergentes, pilas para radio;
- f. Los cuadernos, textos, útiles escolares y demás material didáctico.

Los medicamentos y demás bienes sometidos a control de precios se registrarán por las normas especiales al efecto.

Artículo 3º.- Los demás artículos de primera necesidad no especificados en el artículo anterior, serán expendidos con base en la indicación del precio de venta al público contenido en la lista que exista en el establecimiento comercial, colocada en lugar de notoria visibilidad para el comprador.

Parágrafo.- El tamaño de los caracteres empleados para elaborar la lista de precios no podrá ser inferior a un (1) centímetro, con excepción de aquellos expendedores que utilicen lista de precios sistematizada y de conformidad con la regulación vigente al efecto”.

Decreto 147 de 1999. Por el cual se deroga el decreto 1961 de diciembre 3 de 1992 y se reglamenta parcialmente el decreto 3466 de 1982.

“Artículo 1º.- Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 18 del decreto-ley 3466 de 1982, que señala la obligatoriedad para el expendedor o proveedor de fijar los precios máximos de venta al público de los bienes o servicios que ofrezca, en lista o en los bienes mismos, los productores de productos farmacéuticos sometidos a control directo deberán fijar, en el empaque, el envase o en el cuerpo del producto, el precio máximo de venta al público, indicando el número y la fecha del acto administrativo por el cual se fijó el correspondiente precio máximo de venta al público.

Parágrafo.- En los productores no podrá aparecer más de un precio máximo de venta al público, ni se podrán hacer tachaduras o enmendaduras al precio señalado originalmente el cual, en todo, caso será el precio máximo de venta al público.

Artículo 2º.- El precio máximo de venta al público por parte de los expendedores no podrá exceder el precio máximo de venta al público señalado por el productor, pero podrá ser inferior a éste”¹³.

La propia Superintendencia de Industria y Comercio ha indicado además, que existen algunos sectores de la economía, que continúan sometidos al sistema de regulación de precios, como sucede con el caso de los productos cárnicos. Así lo manifestó la Superintendencia al contestar una consulta radicada por el inspector de precios, pesas y medidas de Fusagasugá, mediante oficio del día 27 de enero de 1999, radicado bajo el N° 99001865, en el cual manifestó lo siguiente:

“...conforme al contenido de la Ley 81 de 1988, en concordancia con la resolución número 47 de 1982, los precios de venta de productos cárnicos están sujetos a los establecidos por el comité municipal de cada municipio, en los siguientes términos:

Según lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, se consideran contrarios a la libre competencia entre otros, los acuerdos que tengan por objeto o como efecto la fijación directa o

13 Debe entenderse que este decreto reglamentario resultó derogado con la expedición del decreto 1122 de 1999 y posteriormente, del decreto 266 de 2000.

indirecta de precios. No obstante lo anterior, en relación con los precios de venta de los productos cárnicos, la Ley 81 de 1988 determinó que, entre otras entidades, el Ministerio de Agricultura podrá desarrollar la política de precios para los productos del sector agropecuario, estando facultado para establecer los precios máximos de venta al público de los bienes y servicios sujetos a su control¹⁴.

A su vez, el Ministerio de Agricultura delegó la facultad para fijar los precios de la carne para el consumo humano a los comités de precios municipales que están integrados por el alcalde, el personero, dos representantes de los ganaderos de la región y un representante de los consumidores, los cuales serán designados por el respectivo alcalde¹⁵.

En ese entendido, por ley el precio de comercialización de productos cárnicos podrá ser establecido por el comité de cada municipio. En cuanto a la obligatoriedad del precio para los distribuidores debe observarse el contenido de la resolución 47 de 1982, donde se señala que los alcaldes municipales impondrán sanciones a los infractores de las medidas que sobre precios de la carne establezcan los comités de precios”.

En nuestra opinión, la fijación de precios máximos de venta al público es legal en el derecho Colombiano, puesto que no se encuentra prohibida por los artículos 118 y 120 del decreto 3644 de 1982, modificados por el decreto 266 de 2000, se encuentra expresamente contemplada en el artículo 9° de la Ley 155 de 1959 y lo que busca es proteger al consumidor de arbitrariedades de los distribuidores, expendedores y/o mayoristas.

4.3. LA NUEVA POSICIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

A pesar de las normas y doctrinas antes relacionadas, no cabe duda que la SIC considera en la actualidad, que cada uno de los participantes en la

14 Literal a, artículo 61 de la Ley 81 de 1988, “De las entidades que desarrollan política de precios. El establecimiento de la política de precios, su aplicación así como la fijación cuando a ello haya lugar, por medio de resolución, de los precios de los bienes y servicios sometidos a control, corresponde a las siguientes entidades: a) Al Ministerio de Agricultura para los productos del sector agropecuario”.

15 Artículo 1 resolución número 47 de 1982.

cadena vertical de producción y distribución de bienes y en la prestación de servicios debe establecer sus precios en forma autónoma e independiente, sin sujetarse a la voluntad de otros agentes económicos.

Es por eso que la SIC insistió en la eliminación de las normas de protección al consumidor relacionadas con la fijación de precios en los bienes mismos por parte del productor. La eliminación de la obligación que tenía el productor de hacer tal fijación de precios fue incluida inicialmente en el decreto 1122 de 1999 y posteriormente quedó plasmada en el decreto 266 de 2000.

Como consecuencia de las normas mencionadas, hasta el presente la SIC no ha admitido la posibilidad que los productores fijen precios de venta al público a sus redes de distribuidores independientes, en contra de la tendencia mundial y de la propia nacionalidad económica.

Una muestra de los raciocinios que al respecto ha elaborado la SIC, se puede observar en los siguientes casos:

- a. En respuesta a una consulta del año 1999, la Superintendencia de Industria y Comercio se pronunció mediante concepto radicado bajo el N° 99041220-02, en el cual explicó que los productores de drogas para uso veterinario no tienen la obligación de imprimir el precio máximo de venta al público en sus empaques. Lo anterior refleja la posición de la entidad con relación al tema de la FUP.

La Superintendencia consideró que permitir que el productor fije los precios a los distribuidores, expendedores y mayoristas, equivaldría a *“acceder a que un tercero los influencie en cuanto a incrementar los precios o desistir de su intención de rebajarlos”*, lo cual, en opinión de la entidad, sería contrario a las normas de libre competencia, por violación del artículo 48 del decreto 2153 de 1992.

- b. Con relación al tema de los precios sugeridos de venta al público, la Superintendencia de Industria y Comercio se pronunció por medio del concepto radicado bajo el N° 99050593-02, en el cual estableció que no es ilegal la sugerencia de precios, siempre y cuando no se estén contraviniendo las disposiciones que rigen la libre competencia. La entidad basa su apreciación en que de conformidad con el artículo 48 del decreto 2153 de 1992, *“influnciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que*

RA desista de su intención de rebajar los precios es un acto contrario a al libre competencia”.

c. En concepto, radicado bajo el N° 99025789-03, la Superintendencia estableció que la *Cartilla para el droguista*, en la cual se fijan los precios de los medicamentos, promueve prácticas restrictivas de la libre competencia, puesto que en Colombia existe libertad de empresa y en tal medida, cada cual debe poder escoger el precio que pretende cobrar por un determinado bien o servicio. Para la Superintendencia existe libertad en la determinación de los precios, en la medida en que *“cada oferente puede libremente escoger el precio que cobrará por prestar un servicio o entregar un bien, de acuerdo a su estructura de costos y su margen de utilidad.”*

En este sentido, las farmacias o expendedores que acepten la fijación de precios hecha por el productor, incurren en acuerdos de fijación de precios bajo la modalidad de paralelismo consciente. Al respecto dice el concepto que *“todo agente participante de la cadena de distribución tendrá autonomía en el precio que cobra por la venta del producto, sin estar sujeto al consenso de otras voluntades”*.

d. El último pronunciamiento de la Superintendencia con relación a este punto, es el contenido en el concepto del día 8 de marzo de 2000, radicado bajo el N° 00010284, mediante el cual contestó una consulta formulada por el aeropuerto El Dorado sobre el posible control de los precios de los productos que se comercializan en dicho terminal aéreo.

Al respecto, la Superintendencia manifiesta que en Colombia no existe control de precios y que los mismos deben estar determinados por el libre juego de la oferta y la demanda. Sobre el tema de la indicación pública de precios, la Superintendencia afirmó, que de conformidad con el decreto 3466 de 1982 y la circular N° 011 del 25 de agosto de 1999

“todo proveedor o expendedor está obligado a fijar los precios máximos al público de los bienes y servicios que ofrezca; y para el cumplimiento de esta obligación puede elegir entre el sistema de fijación en lista y el de fijación en los bienes mismos, según la reglamentación de la autoridad competente”.

4.4. ILEGALIDAD DE LA NEGATIVA UNILATERAL A CONTRATAR

Sin embargo, en Colombia no es posible hacer efectiva la FUP a través de la aplicación una negativa unilateral a contratar (a la cual nos referiremos también como NUC), como sucede en los Estados Unidos de América bajo la regla del caso Colgate, debido a que el numeral 3° del artículo 48 del decreto 2153 de 1992, de manera específica prohíbe la NUC como retaliación a la política de precios. La norma citada dice textualmente lo siguiente:

Decreto 2153 de 1992. Artículo 48.- “*Actos contrarios a la libre competencia.* Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, *se consideran contrarios a la libre competencia* los siguientes actos:

“...”

“3. *Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma* cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios”. (Cursivas fuera de texto).

Debido a lo anterior, cuando un fabricante o distribuidor mayorista realice una FUP en el mercado, su red de distribución está obligada a respetar dicho precio en sus ventas al público, so pena de incurrir en las sanciones que la propia Ley 155 de 1959 establecía para los casos de competencia desleal.

Como se explicó atrás, el fabricante o mayorista no puede aplicar *por mano propia* el precio unilateralmente fijado mediante la NUC, ya que el principio de la regla Colgate norteamericana ha sido abolido por el numeral 3° del artículo 48 del decreto 2153 de 1992, el cual califica como práctica restrictiva de carácter unilateral a la NUC y la prohíbe.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el evento de incumplimiento de la FUP por parte de los comercializadores, la alternativa del fabricante o mayorista, es la de denunciar el incumplimiento ante la SIC, por violación del artículo 9° de la Ley 155 de 1959¹⁶.

16 A pesar de lo anterior, existen doctrinantes que consideran, con base en la doctrina y la jurisprudencia de los Estados Unidos y de la Unión Europea, que la negativa unilateral a contratar (o a hacer suministros), es lícita en Colombia, siempre que exista una “justificación objetiva” para ello, como por ejemplo, cuando se viola una disposición legal, tal como el artículo 9° de la Ley 155 de 1959, con relación al respeto que deben guardar los distribuidores

4.4. VIGENCIA DEL ARTÍCULO 9º DE LA LEY 155 DE 1959

Mucho se ha discutido sobre la vigencia del artículo 9º de la Ley 155 de 1959. Tanto la Superintendencia de Industria y Comercio, como algunos doctrinantes han sostenido que fue derogado por el Código de Comercio o por la Ley 256 de 1996¹⁷. En nuestra opinión, la mencionada norma jurídica se encuentra vigente por los siguientes motivos:

a los precios máximos al público fijados por el productor. De tal manera que armonizando el contenido del artículo 9º de la Ley 155 de 1959, que obliga a los distribuidores a respetar los precios establecidos por el productor, con las normas de protección al consumidor, se podría concluir que cuando el proveedor o expendedor venda por encima del precio máximo al público fijado por el productor, se habrá producido una violación de la ley y ello constituiría una “justificación objetiva” para que el productor se niegue a contratar o a continuar con el suministro a tal distribuidor. De otra parte, aun cuando la negativa unilateral a contratar no viole ninguna ley, pero genere efectos procompetitivos en el mercado, como la fijación de precios máximos al público, ello no constituiría una práctica restrictiva, toda vez que la finalidad de la fijación unilateral de precios máximos en ese caso, es precisamente la de beneficiar al consumidor. Así pues, no debe entenderse que cuando un productor se niega a suministrar producto a un distribuidor que ha incumplido con su política de precios, vendiendo por encima del precio máximo fijado, se está bajo la prohibición contenida en el numeral 3º del artículo 48 del decreto 2153 de 1992, en razón a que tal conducta no constituye una retaliación por la política de fijación de precios, sino que es la consecuencia del incumplimiento de una norma legal o de una política que beneficia al consumidor, por los efectos procompetitivos que genera en el mercado. Según esta teoría, en Colombia, en algunos casos, sería posible hacer efectiva la fijación unilateral de precios máximos a través de la aplicación de la negativa unilateral a contratar. En este momento no es clara la posición que la SIC adoptaría en relación con este punto.

- 17 En este sentido se ha pronunciado la SIC en varias oportunidades, entre ellas al contestar una consulta, mediante oficio radicado bajo el n° 98073466, en la cual expresó que “Debe anotarse que, al tenor del artículo 2033 del Código de Comercio, el artículo 9 de la Ley 155 de 1959 quedó derogado con la expedición de ese código”. Por su parte, el doctor DELIO GÓMEZ LEYVA, en su obra *De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica*, manifiesta con relación al artículo 9º de la Ley 155 de 1959, que:

“Sin embargo, la precitada norma que, ciertamente constituía una excepción al contenido del artículo 1º de la Ley 155 de 1959 ha de entenderse insubsistente por ser incompatible con lo dispuesto en norma especial posterior, como lo es el numeral 3 del artículo 48 del decreto 2153 de 1992, que consagra lo siguiente como acto contrario a la libre competencia:

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

Se observa que en tanto la Ley 155 califica como competencia desleal el vender a un precio distinto al señalado, el decreto 2153 de 1992 califica la sanción a tal acto, como contrario a la libre competencia; existe, por tanto, contrariedad en los textos legales”. Pág. 234.

La Ley 155 de 1959 consideraba a la competencia desleal como una forma de prácticas restrictivas de la competencia, ya que trató ambos temas dentro del mismo cuerpo sin distinciones de ninguna naturaleza¹⁸.

Con la expedición del Código de Comercio quedaron derogados tácitamente los artículos 10 y 11 de la Ley 155 de 1959 que contenían la definición y enumeración de las prácticas de competencia desleal, como prácticas restrictivas de la competencia.

El Consejo de Estado, en concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del día 24 de mayo de 1989, se pronunció sobre el tema de la legislación aplicable a las prácticas restrictivas de la competencia y a la competencia desleal. En dicha oportunidad, aunque el Consejo de Estado no brindó mayor claridad sobre la naturaleza jurídica y las relaciones ontológicas entre ambas categorías, sí precisó que al tema de las prácticas restrictivas de la competencia le era aplicable la Ley 155 de 1959, mientras que a la competencia desleal solamente se le aplicaban los artículos pertinentes (75 a 77) del Código de Comercio¹⁹.

La anterior solución resultó confirmada por la Ley 256 de 1996, la cual derogó en forma expresa el artículo 10 de la Ley 155 de 1959 y los artículos 75 a 77 del Código de Comercio²⁰.

18 En efecto, el encabezamiento de la Ley 155 de 1959 dice textualmente así: “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”.

19 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”.

20 Suponemos que los redactores de la Ley 256 de 1996 no quisieron incluir dentro de las derogatorias expresas el artículo 11 de la Ley 155 de 1959, por cuanto dicho artículo contiene el listado no taxativo de las conductas que se consideran como competencia desleal, además de las consideradas como tales “en las convenciones y tratados internacionales...”. Seguramente, el legislador no quiso derogar de manera expresa una norma en la que se hace referencia a los convenios y tratados internacionales suscritos por Colombia.

290 Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos que aunque el artículo 9º de la Ley 155 de 1959 establece para los vendedores minoristas la obligación de respetar la FUP “...so pena de incurrir en las sanciones previstas para los casos de competencia desleal.”, ello no quiere decir que la práctica de desconocimiento del FUP sea una práctica de competencia desleal, ya que dichas prácticas en la Ley 155 de 1959 se encontraban enumeradas en el artículo 11.

Adicionalmente, para la Ley 155 como ya lo dijimos, todas las conductas descritas en su articulado son prácticas restrictivas de la competencia. Posteriormente, con la expedición del Código de Comercio y de la Ley 256 de 1996, la materia de la competencia desleal adquirió total autonomía, de tal manera que entre las dos clases de prácticas existen numerosas diferencias relacionadas con el bien jurídico protegido, las autoridades competentes, el procedimiento, la legitimación activa en la causa, etc.²¹.

Por lo tanto, en nuestra opinión, la conducta de violación de la FUP, constituye una práctica restrictiva de la competencia a la cual se le aplican las sanciones previstas para los casos de competencia desleal, que en la Ley 155 de 1959 eran las mismas sanciones que se aplicaban a las demás prácticas restrictivas de la competencia.

5. CONCLUSIONES

En nuestra opinión, a pesar de las indicaciones parciales que la Superintendencia de Industria y Comercio ha dado con relación a este tema, en Colombia aún no se ha definido una línea doctrinaria o jurisprudencial sobre el tema de la fijación unilateral de precios o la sugerencia unilateral de precios.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales en los Estados Unidos de América y en la Unión Europea, concluimos que por el momento es posible establecer *precios máximos sugeridos* de reventa a través de las listas de precios o en el

21 Al respecto puede consultarse la opinión del doctor GABRIEL IBARRA PARDO en el documento “Principales diferencias entre las prácticas restrictivas de comercio y las prácticas comerciales desleales”. Superintendencia de Industria y Comercio. *Memorias del seminario internacional “Aplicación de la política de competencia a nivel internacional y su desarrollo en el ámbito nacional”* Cartagena de Indias, marzo de 1998, página 405 y sigs.

cuerpo mismo del producto, con lo cual se restaría fuerza a presunciones que llegue a establecer la Superintendencia de Industria y Comercio, sobre la base de la existencia de presuntos acuerdos para la fijación directa o indirecta de precios entre el fabricante y los distribuidores.

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y EL SECTOR PÚBLICO

MARCO ANTONIO VELLILA MORENO

El tema de la competencia es un tema polémico, lo que obedece a razones económicas y jurídicas. Desde el punto de vista económico, la competencia no ha cesado de evolucionar, y sus fundamentos continúan siendo muy frágiles¹. Desde el punto de vista jurídico, ocurre algo

1 La idea económica de la competencia que se encuentra ya en los escritos de BOISGUILBERT (1712), citado por SCHUMPETER y JESSUA, pasando por RICARDO (1817); STUART MILL y con este último la escuela clásica (1848) consideraba la libre competencia como una institución reguladora de la sociedad, una regla de juego en sí misma, más que el resultado lógico de unas condiciones de mercado rigurosamente definidas. Posteriormente como una consecuencia del aporte de la escuela neoclásica de COURNOT (1838) y particularmente de MARSCHALL (1890-1920) el concepto de competencia tiene mayores precisiones, por cuanto los economistas ya admiran para ese momento, la filosofía de la sociedad que la competencia refleja, ya que no aciertan a determinar con certeza y de manera científica los precios normales. Es en este momento cuando COURNOT parte del monopolio para razonar en seguida que aumentando progresivamente el número de vendedores, se derivaría una *competencia ilimitada*, noción ésta que impediría, a cualquiera que obrara aisladamente, perturbar el equilibrio del mercado y falsear los precios. JEVONS, WALRAS (1874-1900) y PARETO contribuyen a consolidar esta tendencia económica neoclásica, que lejos de haber sido estéril, perfila en su espíritu, la aparición del derecho de la competencia en los Estados Unidos (*Sherman Act* de 1890, *Clayton Act* y el *Federal Trade Commission Act* de 1914), cuyo posterior desarrollo hemos advertido sobre todo con el aporte del derecho *antitrust* americano.

El aporte de COURNOT en cuanto a la definición de las condiciones del mercado requeridas para sacar la fijación de precios de lo arbitrario y hacerlos un poco previsibles, daría lugar, con posterioridad, a una mayor precisión, ya que constituye el preludio de lo que CHAMBERLIN denominará más tarde la "competencia perfecta" por oposición a la competencia monopolística. Sin embargo la evolución continúa y este concepto también será superado, ya que conducirá a que los economistas antes de aventurarse en la ambigüedad de los mercados abstractamente definidos, pasen a observar más escrupulosamente los fenómenos de

similar, y la competencia recoge las tendencias renovadoras del Estado y del correspondiente tránsito que se observa del “estado de bienestar” al “estado social de derecho” e incluso en algunos países al denominado “estado subsidiario”.

La noción de competencia puede ser entendida en un sentido amplio, o en un sentido restringido. En este debate se puede pasar con facilidad de analizar las prácticas restrictivas de la competencia al análisis de las normas aplicables a la competencia desleal. Por competencia desde la perspectiva económica podríamos entender según PAUL DIDIER “aquel enfrentamiento entre empresas mediante el cual, cada una de éstas, busca mejorar su participación en un mercado, frecuentemente en detrimento de las otras” de tal manera que cada empresa que se encuentra así expuesta a perder partes del mercado, se ve motivada a hacer el mejor empleo de los recursos que posee, así como a proponer los precios más atractivos que le sea posible, a los potenciales compradores.

Es necesario distinguir claramente la noción de servicio público de la de sector público. Estas dos nociones no pueden ser confundidas, ya que existen empresas públicas que por el hecho de serlo, no asumen misiones de servicio público, mientras que ciertas misiones de servicio público son prestadas por empresas privadas, como viene ocurriendo con ciertos servicios públicos domiciliarios. Por otra parte, el término sector público es realmente muy vago y se hace necesario tomarlo en un sentido restringido, es decir, que se plantea respecto a aquellas empresas públicas investidas de una misión de derecho público o que se benefician de un monopolio legal o de hecho².

La libertad económica que conlleva la libertad de empresa y la libre competencia es un derecho de rango constitucional³. El artículo 333 de la Constitución Nacional la consagra en los siguientes términos:

producción y el comportamiento espontáneo de las empresas. La historia de la evolución del concepto incorpora después a grandes economistas como J. ROBINSON (competencia imperfecta), SCHUMPETER (el empresario innovador), todo lo que deriva finalmente en la filosofía moderna de la competencia y en sus nuevos desarrollos, lo que resume en dos palabras J.M. CLARK, al referirse a la competencia practicable (1940).

- 2 En efecto, la desaparición en derecho de un monopolio, no entraña necesariamente la desaparición de las barreras de entrada en un mercado.
- 3 Respecto a los antecedentes de esta consagración constitucional de la libertad económica, en otros países, bajo la denominación de libertad del comercio y de la industria, debe anotarse que la Constitución de 1886, con excepción de algunas normas relativas al derecho de propiedad, no considero por parte alguna, la necesidad de consagrar temas económicos en la Carta Política. Es la Constitución de 1936 la que introduce la posibilidad del Estado de

“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”.

La Ley 155 de 1959, también denominada ley antimonopolística o antimonopolios, fue precursora en materia de competencia, pero en realidad tuvo poca aplicación. Es con el proceso de la liberalización de la economía que empiezan en forma acelerada a desarrollarse y aplicarse las normas en esta materia, particularmente en sectores económicos como el industrial, el bancario, el portuario, la seguridad social, los servicios públicos domiciliarios, la televisión y el comercio exterior⁴. En efecto, bajo la Constitución de 1991 que garantiza la iniciativa privada y la libertad de empresa, se expiden el decreto 2153 de 1992 que reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y contiene la nueva normatividad general sobre competencia, así como las leyes 142 de 1994 o ley de servicios públicos domiciliarios y 143 de 1994 o ley eléctrica, leyes que consagran expresamente disposiciones en materia de competencia aplicadas a los actos y contratos que ejecuten las empresas en el mercado de los servicios públicos domiciliarios.

Otras disposiciones que tienen que ver con la competencia son el decreto 1730 de 1991 o *Estatuto orgánico del sistema financiero* que recoge normas que habían sido consignadas en la Ley 45 de 1990,

intervenir en la producción, distribución y consumo de la riqueza que corresponde al abandono del modelo de Estado gendarme, producto del pensamiento liberal, en favor de un Estado que pudiera dirigir la actividad económica y que pudiera desarrollar conceptos como los de función social de la propiedad y de los deberes sociales del Estado. El artículo 333 de la Carta Política recoge la facultad que aportó la reforma constitucional de 1945, mediante la cual se faculta al Estado para intervenir por mandato de la ley, circunstancia que otorga al gobierno importantes facultades reglamentarias. Como antecedente inmediato, es importante resaltar que fue la reforma constitucional de 1968, en su artículo 32, la que realmente elevó a canon constitucional la libertad económica.

4 QUIJANO APONTE EDUARDO, El régimen de competencia en materia de servicios públicos domiciliarios, notas tomadas de Internet.

norma esta que colocaba la competencia para la aplicación de las mismas, en cabeza de la Superintendencia Bancaria. También el decreto 663 de 1993.

El régimen de las telecomunicaciones está consagrado en el decreto 1794 de 1991 que reglamenta el decreto 1900 de 1990 y expide normas sobre los servicios de valor agregado y telemáticos, y contiene un capítulo sobre garantías a la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones. También el decreto 2122 de 1992 por medio del cual el presidente de la República, con fundamento en el artículo 20 transitorio de la Constitución Política, reestructura el Ministerio de Comunicaciones y crea 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. Concretamente en el tema de telefonía móvil celular el decreto 741 de 1993 en su artículo 55 establece:

“Prohibición de las prácticas monopolísticas y restrictivas de la competencia. El concesionario del servicio de telefonía móvil celular en ningún caso podrá incurrir en prácticas que afecten la libre competencia en el mercado, en los términos de la Ley 155 de 1959 y del decreto autónomo 2153 de 1992”.

Y agrega:

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

En el ámbito de la integración andina, la Decisión 285 dictada por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, incorpora por primera vez normas detalladas tendientes a controlar las prácticas restrictivas de la competencia, definiéndolas en el artículo 3 como “(..) los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear al competidor”.

La imposibilidad de efectuar un análisis normativo exhaustivo en el tiempo que me ha sido asignado y la temática abierta de este encuentro, me inclinan más que a efectuar una precisiones positivas o

jurisprudenciales, a plantear algunas inquietudes que percibo en el ámbito de la conceptualización y del hilo conductor de todo el esquema normativo, lo que lejos de ser un aproximación meramente académica, es una invitación a observar prospectivamente este tema, que tiene gran trascendencia para la tranquilidad social y una verdadera estabilidad democrática⁵.

El tratamiento del tema tendrá lugar en dos partes: en una primera parte, el equilibrio entre los fines del Estado y el desarrollo de una economía de mercado (I) y en una segunda parte, el marco de la competencia entre el sector público y el sector privado (II).

Los aspectos que pretendo apenas enunciar por la razón antes mencionada tienen que ver con la razón de ser de la competencia, las relaciones del derecho de la competencia con el usuario y con el derecho del consumo, la transformación de la noción de servicio público, los principios que deben orientar una competencia leal entre el sector público y el sector privado, y la competencia y su desarrollo práctico en Colombia.

I. EL EQUILIBRIO ENTRE LOS FINES DEL ESTADO Y EL DESARROLLO DE UNA ECONOMÍA DE MERCADO

Según SCHUMPETER,

“el desarrollo económico resulta de la puesta en marcha de combinaciones nuevas, bajo la forma de técnicas nuevas, de modos nuevos de organización, de productos nuevos, que por el juego de la competencia entrañan la eliminación de combinaciones antiguas. El empresario que ha conducido así los recursos productivos en las vías nuevas, recoge el beneficio”.

Pero toda competencia no es schumpeteriana, contrariamente a lo que se predica, sin distinguir con cuidado entre las diferentes formas de

5 En Colombia, donde los ciudadanos acusan una gran debilidad de parte del Estado en el cumplimiento de sus fines, la apreciación de LEÓN DUGUIT a partir de la cual se construye la teoría del servicio público, en el sentido que el Estado no se define por el monopolio de la violencia legítima o por sus atributos exclusivos de poder público, sino porque el Estado es el arquitecto de la solidaridad social, la instancia que realiza la síntesis entre el interés individual y colectivo, merece a mi juicio un momento de reflexión en los actuales momentos de la vida nacional.

competencia. Ahora bien esas formas pueden ser muy diferentes en sus efectos. Los usuarios de transporte en común en las grandes ciudades de la provincia británica han tenido la experiencia, que es descrita en un informe de la Cámara de los Comunes

“No es raro que la rivalidad sobre las calles conduzca a los conductores de bus a retardarse en las vías arterias o a detenerse frecuentemente, o incluso a hacer desvíos para llegar primero a tales lugares. La primera de estas prácticas provoca congestiones en la circulación, la segunda es potencialmente peligrosa”.

La competencia es benéfica cuando introduce productos nuevos, amplía mercados, baja los costos de producción, reemplaza a los productores menos eficientes por los productores más eficientes. La competencia es dañina cuando las perspectivas de diversificación de los productos y la selección de los productores son insuficientes. Tiene por principal efecto multiplicar los costos fijos y bajar los rendimientos, si éstos son crecientes. La entrada libre sobre el mercado, que es una modalidad esencial del juego de la competencia, resulta la causa de un aumento general de los costos de producción. Entonces también, en reacción, para prevenir la entrada o el desarrollo de empresas competidoras, las empresas locales instalan capacidades de producción excedentarias o las renuevan prematuramente; cada una, con el temor de ser superada por las otras, es incitada a cambiar exageradamente el ciclo de vida de sus productos. A estos desperdicios se agrega la tentación de transgredir las reglas de juego, cuyo respeto, haya o no fuerza legal, es de interés público; lo son por ejemplo, compañías de gas que manipulan las condiciones de servicio y desnaturalizan los productos de los concurrentes, o transportadores terrestres de mercancías y ciertas compañías aéreas que transgreden las normas de seguridad y la legislación del trabajo. Esta competencia lejos de favorecer la indispensable coordinación económica y social, la contrarían singularmente.

ELI COHEN y CLAUDE HENRY, por ejemplo, no dudan en afirmar lo siguiente, en el informe del Consejo de Análisis Económico francés al primer ministro de ese país: en lo que concierne la electricidad, la estructura y el dimensionamiento a largo término del parque de producción, de una parte, la eficacia del ajuste permanente entre producción y consumo, por otra parte, demandan una fuerte coordinación y compromisos creíbles, poco compatibles con las formas directas de

competencia. A falta de una programación sobre un largo período de los equipos de producción, sólo las tecnologías que aseguran una rentabilidad a corto término son las que se ponen en marcha. A falta de un centro de coordinación en la medida de seleccionar en todo momento las centrales capaces de funcionar más eficientemente en ese momento, no puede haber utilización eficiente de las capacidades de producción disponibles. El encarnamiento de la Comisión Europea contra la integración vertical (sobre todo cuando ésta se da en empresas públicas), no parece racional en un caso como este.

A. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y EL USUARIO-CONSUMIDOR

No puede olvidarse que el acceso a los servicios públicos, si bien no es un derecho fundamental, sí es indispensable para el ejercicio de los derechos fundamentales⁶. Y si la competencia no es un fin en sí misma, sino un medio para que el hombre viva mejor, la primera pregunta puede ser:

¿En qué el derecho de la competencia sirve realmente al interés del consumidor? Partiendo de una visión simple de la economía donde los individuos son siempre, circularmente, consumidores o productores, la competencia es el precio que los productores deben consentir para beneficiar como consumidores de la más grande libertad de escogencia posible. Y si además se considera que la satisfacción de los consumidores es la finalidad última de la actividad económica, la competencia define la disciplina que permite cumplir tal fin.

Desde luego toda estructura de conductas anticoncurrenciales debe ser condenada y por consecuencia el derecho de la competencia encuentra su legitimidad en la vocación de defender la libertad de los consumidores contra el abuso eventual de mercaderes y fabricantes. Dentro de esta perspectiva el derecho de la competencia protege a los actores del mercado contra las prácticas restrictivas y los actos de acaparamiento cometidos por alguno de éstos. En este orden de ideas, la ley de servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994) persigue como uno de sus objetivos fundamentales, lograr la eficiencia y la calidad en la

6 Afirmación contenida en el Informe Denois de Saint-Marc (1996).

prestación de los servicios públicos, la ampliación en la cobertura, la invitación a la participación privada, la separación de los roles del Estado, la racionalización del régimen tarifario y la administración de subsidios en forma eficaz, a través de disposiciones que promueven la competencia.

Para QUIJANO APONTE

“se podría decir que a través de las normas que consagra esta ley (en cuanto al régimen de competencia) lo que se pretende es asignar de manera eficiente y libre los recursos humanos, técnicos, ambientales, de infraestructura, espacio público que tienen a disposición las personas prestadoras de los servicios públicos teniendo en cuenta los costos de la actividad y los precios finales de los servicios que ofrecen, atacando los acuerdos, actos convenios y/o abusos de posición dominante en el mercado. En últimas la finalidad de las mismas es proteger a los consumidores que al momento de adquirir los bienes y servicios que se ofrecen, celebran un contrato de prestación del servicio en condiciones uniformes, cuya ejecución es controlada por las comisiones de regulación (artículo 73, numeral 73.10)”.

El derecho de la competencia ejerce entonces su misión aplicando un pequeño número de principios y vela por el mantenimiento de la independencia financiera o jurídica de los oferentes, porque es este estado de rivalidad que excluye acuerdos y colusiones el que le hace tomar conciencia de los riesgos que los proyectos de sus competidores les hacen correr: se trata de hacer prevalecer la independencia de los productores, de manera que todos sean incitados a satisfacer mejor los intereses de los clientes. Asimismo, las normas de la competencia dan a las autoridades públicas la misión de vigilar los abusos de posiciones dominantes, de reprimir los abusos y controlar las operaciones de concentración. En el plano filosófico, este derecho no prejuzga los resultados finales de un juego económico que permanece abierto, indeterminado, irresoluto: él no dicta a los consumidores lo que deben comprar, el no fija el precio de venta de los productos, ni efectúa la repartición del mercado.

Nos estamos situando entonces en las antípodas de un régimen de planificación centralizada, de control autoritario de precios, de repartición de mercados, también si una cierta concepción del equilibrio general de los mercados de competencia pura y perfecta, ha dado lugar a creer que un plan central podía determinar un equilibrio óptimo conformándose a

las indicaciones virtuales de una economía hipotética de competencia perfecta.

En estas condiciones la causa de los consumidores parece ser integralmente y exclusivamente defendida por un derecho cuya misión es hacer de tal suerte que los consumidores puedan obtener el máximo de satisfacciones, del ejercicio de sus escogencias individuales racionales.

Surgen entonces algunas preguntas en torno a la relación derecho de la competencia-derecho del consumidor, como las siguientes: ¿puede sostenerse hoy como una evidencia absoluta que el interés del consumidor depende estrictamente del solo respeto derecho de la competencia y de las autoridades encargadas de imponerlo? ¿Si ese derecho de la competencia no sirve el interés de los consumidores a título exclusivo, lo sirve al menos a título principal? ¿Para la jurisprudencia que coloca en marcha el derecho de la competencia, el consumidor puede llegar a ser indiferente? ¿Existen otros estatutos o normatividades especiales que se hayan encargado de llenar este vacío?⁷.

B. ¿ES LA IDEA DE SERVICIO PÚBLICO TODAVÍA SOSTENIBLE?

El primer interrogante que el informe se formula como esencial, es el de saber qué es lo que debe relevar del servicio universal; una vez admitida la eventual existencia de las misiones de servicio universal territorial y social, otra cuestión surge, la de saber la necesidad o no de mantener la integración vertical de los operadores del servicio.

En un comienzo, el proyecto de los reguladores británicos parecía muy simple, ya que buscaba conciliar la transparencia y el respeto de las reglas de juego claramente enunciadas⁸. Después la contradicción entre

7 En la medida que la diferencia entre operadores públicos y operadores privados se ha ido diluyendo, también a sucedido lo mismo con la tradicional diferenciación entre usuario y consumidor, razón por la cual cabe la pena plantearse hacia el futuro, hasta qué punto no será posible la aplicación del derecho de los consumidores, a los usuarios de servicios públicos. En Colombia el estatuto del consumidor o decreto 3466 de 1982, está en mora de revisarse para su adaptación a las nuevas realidades, conforme se concluyó en el Seminario Internacional sobre Política y Derecho del Consumo que se reunió por la Fundación Santillana en 1998, con el auspicio de la Superintendencia de Industria y Comercio.

8 H. DUMEZ y A. JEUNEMAITRE, "La regulation des monopoles au Royaume Uni. Le modele de reference", in *Chroniques Economiques*, SEDEIS, t. XLIII, n° 5, 15-5-94.

los objetivos económicos y sociales, territoriales y sectoriales, de costos y de calidad, de corto y de largo término, han conducido a complejizar y a opacar la claridad de las reglas. Se ha remplazado la arbitrariedad política por la arbitrariedad administrativa. Querer la aplicación rápida de las reglas de mercado supone el renunciar a la regulación específica, y remitirse a los tribunales, como está sucediendo en Colombia, para que se respeten las reglas sobre competencia.

En un discurso pronunciado en Bruselas en el año de 1993, el comisario europeo para la competencia, KAREL VAN MIERT decía:

“El mercado no lo puede todo, y si no se quiere llegar incluso a la misma eliminación de toda competencia, una intervención pública puede en ciertos casos, ser necesaria para responder a necesidades juzgadas socialmente esenciales⁹. Y por una particularidad muy especial de la historia, el servicio público industrial y comercial *a la francesa* está presionado a evolucionar, en un momento donde, en el Reino Unido, la política de desregulación y de privatización está siendo criticada tanto desde el punto de vista teórico como práctico” escribían hace un año ELIE COHEN y HENRY CLAUDE, miembros del Consejo de Análisis Económico de Francia, en un informe para el primer ministro francés, LIONEL JOSPIN¹⁰.

Como relaciona el informe en la página 20,

“En efecto las compañías de electricidad, de gas y de agua, recientemente privatizadas, han sido señaladas por los supersalarios que pagan a sus directivos, el alza de las tarifas impuesta a una clientela residencial cautiva, y la increíble buena fortuna de la mayor parte de sus títulos. La intensa actividad especulativa sobre los títulos de las compañías de electricidad (inaugurada por la OPA de Trafalgar House sobre Northern Electric y proseguida por la llegada de firmas americanas) ha sido analizada como el resultado del disfuncionamiento mayor de la regulación que se aplica a éstas, ya que la bolsa a valorizado la rentabilidad potencial de estas sociedades, a niveles bien superiores a los previstos por OFFER, el regulador”.

9 COHEN ELIE y HENRY CLAUDE, *Sur les bases et l'évolution récent des services publics industriels et commerciaux en France et dans l'Union européenne, Service Public Secteur Public, Conseil d'Analyse économique, La Documentation Française*, pág. 9.

10 Como se desprende del mismo informe, en el Reino Unido, la política de liberalización está siendo atacada conjuntamente por la comunidad financiera, los consumidores y los asalariados, hasta el punto de que el gobierno inmediatamente anterior había retrocedido en ese mismo momento a la privatización del servicio postal.

No se puede bautizar cualquier servicio como público, ni confundir misiones de servicio público e instituciones que lo aseguran en un determinado país, en un momento de la historia. Sin embargo, sobre la base de criterios fundamentales, es decir, el carácter esencial del servicio y la debilidad del mercado, se puede más allá de las contingencias de tiempo y las particularidades nacionales, identificar dos categorías principales de servicio público:

Las que contribuyen a la cohesión económica y social, en particular a la lucha contra la exclusión: en las zonas marginadas y en las zonas rurales, donde las demás instituciones económicas no tienen mayor interés en servir, por ejemplo, la antigua Caja Agraria, hoy Banco Agrario permite que se realicen transacciones financieras indispensables. Lo mismo podría decirse de los teléfonos públicos.

Las que favorezcan una utilización eficaz y equilibrada en el espacio y en el tiempo del territorio y de recursos comunes a una sociedad, que ésta sea a nivel nacional o europeo: a falta de una misión de servicio público que implica preparar el porvenir energético a largo término, Europa en el 2020 será enteramente dependiente de las centrales de gas para producir su electricidad, porque es la tecnología mejor adaptada al horizonte limitado de la inversión privada: lo que pasará en 2020, y en particular con el precio del gas que los usuarios tendrán que pagar, así como las consecuencias políticas de una dependencia excesiva, está por fuera en este momento de sus preocupaciones y de sus escogencias.

En un principio, el régimen de los servicios públicos excluía la aplicación del derecho común, pero poco a poco, con las políticas económicas de privatización, participan de una renovación originada en la influencia del derecho privado¹¹. Paralelamente con el movimiento de privatizaciones y reglamentaciones se observa actualmente una

“tendencia que consiste en someter la administración a las reglas que rigen las relaciones jurídicas privadas o a reglas inspiradas en las que rigen las relaciones jurídicas privadas. Sin embargo, es esencial demostrar que lo anterior, si bien puede ser un instrumento al servicio de una política económica, no conduciría por ningún motivo a la desaparición del servicio público, servicio que es más en sí mismo, un instrumento de política pública.

11 Las mutaciones del servicio público dependen estrechamente de las evoluciones históricas, económicas y políticas y se generan también por el progreso de la industria y de la técnica.

La voluntad de armonización comunitaria supone un equilibrio entre la libre competencia y la satisfacción de las misiones de interés general por parte de los estados miembros de la Unión Europea. La noción de servicio público es muy importante por ejemplo, en Francia porque constituye uno de los motores de la cohesión social¹², pero otros países de la comunidad no utilizan los mismos términos para asumir las necesidades de interés general¹³. La Gran Bretaña no conoce una definición de servicio público; y ha sido en los últimos años un país marcado por tesis ultraliberales, llegando a privatizar incluso una parte de su industria nuclear, mientras que por el contrario en países como Suecia, Finlandia y Austria la noción de servicio público se ha reforzado a partir de la ampliación de la Unión Europea, previa una vigorosa y rica tradición. Por esto el artículo 90 del Tratado de Roma hace referencia al servicio económico de interés general, que sería según M. BRAGUER, quien presentó el informe francés al Coloquio de Bruselas de 1963, equivalente en su contenido al servicio público francés¹⁴.

Es así como el Tratado de Roma en su artículo 90-2, dispone que las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que presenten el carácter de monopolio fiscal están sometidas al presente tratado, principalmente a las normas de competencia, siempre que la aplicación de estas normas no le impida el cumplimiento en derecho o de hecho de la misión particular que le ha sido confiada.

El principio es entonces la sujeción a las normas de competencia, pero el artículo 90-2 autoriza a las empresas investidas de una misión particular, a cumplirla a cabalidad, lo que comprende incluso el excluirla de la aplicación de las normas del tratado, cuando no exista otro medio de acción y que dicha exclusión, no atente contra los intereses de la Comunidad en su conjunto¹⁵.

12 B. STIRN, *La conception française du service public*, CJEG, 1993, pág. 299.

13 Los ingleses se refieren a *public utilities*, cuyo contenido no coincide con la noción francesa de servicio público, ya que designa más a las empresas proveedoras de bienes y servicios indispensables para la vida de todos los días, sean éstas privadas o controladas por las autoridades públicas, lo que es una noción simple en los Estados Unidos.

14 M. BRAGUER, "*Rapport international, Colloque de Bruxelles*", *La rivista di diritto industriale*, 1963, I.

15 J.P. COLSON, *Les entreprises publiques et le droit communautaire*, JPC éd. E., *Supplément* 1995- 3.pág. 9.

sb Aunque la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas ha precisado en dos providencias, el campo de aplicación de este artículo¹⁶, la exclusión de empresas de las normas de competencia es muy limitada, y parece bastante difícil para las empresas escapar a la aplicación de las normas de la competencia, salvo que demuestren la incompatibilidad con el ejercicio de la misión de interés económico general.

no La transformación del servicio público bajo la presión comunitaria ha generado la producción de numerosas normas que tienden a ignorar la distinción entre personas públicas y personas privadas. Esta normatividad no puede ignorar la necesidad en una sociedad de la solidaridad, razón por la cual es necesario encontrar un equilibrio entre la misión de servicio público y la competencia, protegiendo ciertas necesidades de servicio público que se ven amenazadas, con la protección de la competencia, en razón del clima político que evita la atribución de subvenciones y subsidios¹⁷.

no Parecería en algunas ocasiones, sobre todo en Colombia, que el interés general es interpretado de manera insuficiente, y que parecería asimilarse al interés del mercado. El replanteamiento que se está efectuando de las prerrogativas de la noción original de servicio público, debe plantear el interrogante acerca del futuro del concepto de interés general. En Europa el presidente de la Comisión afirmaba en febrero de 1993 que “la oposición muy frecuentemente simplista entre el servicio público y el mercado ha sido superada en beneficio de una repartición más fluida de los papeles”¹⁸, lo que apunta sin duda a la supervivencia

16 En la sentencia Corbeau de 1993 (CJCE 19 de mayo de 1993, AJDA, 1993, pág. 865, nota F. HAMON) precisa que este artículo permite a los “Estados miembros el conferir a las empresas, que se encuentran encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, derechos exclusivos que pueden ser un obstáculo para la aplicación de las normas del tratado sobre la competencia, en la medida en que las restricciones a la competencia, es decir, la exclusión de toda competencia por parte de otros operadores económicos, sea necesaria para asegurar el cumplimiento de la misión particular que ha sido impartida a las empresas titulares de derechos exclusivos” La Corte también desarrolló un razonamiento similar en la sentencia Commune d’Almelo de 1994 (CJCE, abril de 1994, AJDA, 1994, pág. 637, nota F. HAMON) donde señala que “hay que tener en cuenta las condiciones económicas en las cuales se encuentra ubicada la empresa, principalmente los costos que debe soportar y las reglamentaciones, particularmente en materia de medio ambiente a las cuales está sometida”.

17 Por ejemplo, la obligación de prestar servicio en la totalidad de un territorio.

18 J. DELORS, *Colloque: Vers un service public européen, Bruxelles, février 1993*.

del servicio público dentro del contexto comunitario bajo reserva de una transformación de la concepción francesa tradicional¹⁹.

No han faltado los argumentos, que se oponen a la unificación de los sistemas nacionales en Europa, donde grandes empresas nacionales han estado tradicionalmente investidas de misiones de servicio público en sectores como el transporte, las telecomunicaciones, la energía. Como argumentos técnicos se ha dicho que la mayor parte de las redes no son actualmente compatibles entre ellas²⁰. Como expresa MIREILLE MONNIER

“para conciliar estos puntos de vista la Comisión a podido distinguir *los servicios de base* que pueden permanecer bajo el régimen de monopolio, y *los servicios de valor agregado* que deben abrirse a la competencia”. (Esta distinción aparece principalmente en las primeras Directivas que conciernen el dominio de las telecomunicaciones y donde la telefonía constituye un servicio de base).

Parece entonces necesario encuadrar la competencia, lo que no ha sucedido aún en Colombia donde como veremos se presentan síntomas muy preocupantes, a partir del alcance de ciertas normas expedidas por las comisiones de regulación, en particular la de regulación eléctrica CREG. En Europa tanto la Corte como la Comisión consideran que el servicio económico de interés general implica obligaciones y cargas tales que, si la empresa considera sólo su propio interés comercial, no van a asumirse²¹. Podría decirse que para el juez comunitario, parecería que el servicio económico de interés general es una actividad comercial clásica, grabada con algunas cargas particulares. Por esta razón, algunos autores han insistido en la necesidad de tomar en cuenta la noción de servicio público a nivel comunitario y darle un contenido más exigente, al mismo nivel que la misma competencia en el derecho europeo, con el fin de que el papel del servicio público sea comprendido como un

19 El proyecto de carta de los servicios públicos presentado por Francia a Bruselas el 4 de febrero de 1993 sobre el lugar que debería tener los servicios públicos en la construcción europea, pretendía proteger a los consumidores y a los usuarios, y partía de la base de una necesaria conciliación entre los objetivos de solidaridad y los objetivos de la competencia, manifestando claramente que “servicios de base como el suministro de agua, de energía, de transporte o de telecomunicaciones, no pueden ser correctamente asegurados por el juego del mercado”.

20 G. THERY et F. TIBERGHEN, “*L'état fournisseur de service de base*”, in *Modernisation de l'Etat et compétitivité*, Institut de l'Entreprise. Paris, mars 1991, pág. 51. En el campo de los ferrocarriles se ha podido comprobar que existen cinco modos de electrificación diferentes.

21 JOCE, 18 octobre 1991, n° C273, pág. 2.

complemento necesario del mercado para la satisfacción de ciertas necesidades”²².

II. EL MARCO DE LA COMPETENCIA ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO

El tema que pretendemos bosquejar en estas líneas es el de si verdaderamente están dadas las condiciones, es decir si existen unas reglas de juego claras para una verdadera competencia entre el sector privado y el sector público. En realidad la competencia puede jugar en dos sentidos: -omo después de “así”, aunque la tendencia en estos últimos años en que se ha hablado de competencia apunta más a un razonamiento en el sentido de en qué medida las empresas privadas pueden competir con el sector público, en aquellos dominios, que hasta entonces éste tenía reservados, también la competencia puede jugar en un sentido inverso: se trata, entonces, de determinar en qué medida las empresas del sector público pueden diversificar sus actividades e intervenir en los mercados concurrenciales.

El tema de la competencia entre el sector público y el sector privado es de gran importancia. La primera pregunta que uno puede hacerse es si la coexistencia de regímenes especiales para el sector público en cuanto a su organización y funcionamiento con la operación privada, no genera desde el origen una distorsión de la competencia. La respuesta es negativa. Por ejemplo, en el derecho comunitario europeo los operadores públicos están sometidos al respeto de las normas sobre competencia cuando se encuentran ejerciendo una actividad económica de producción, distribución o de servicio. Para el derecho comunitario europeo dentro del contexto del derecho de la competencia, la noción de empresa

“comprende toda entidad ejerciendo una actividad económica, independientemente del estatuto jurídico de esta actividad y de su modo de financiamiento” (CJCE .aff. C-41/90, 23 de abril de 1991, KLAUS HOFNER et FRITZ ELSER, Rec. CJCE, I, 1979).

La actividad económica puede ser definida como

22 M. LONG, *Service public, services publics: declin ou renouveau?*, Rapport du Conseil d'État 1994, EDCE, n°46, págs. 15-129 et RFDA, n°11, págs. 497-503.

“toda aquella actividad durable que consiste en producir, distribuir o comercializar contra remuneración un bien o un servicio, sin que haya lugar a considerar la naturaleza de la actividad, la naturaleza del bien o del servicio, ni la calidad o el estatuto de la entidad que ejerce esta actividad”²³.

En el derecho comunitario europeo, por ejemplo, el artículo 2 del tratado se refiere al “desarrollo armonioso de las actividades económicas dentro del conjunto de la comunidad” y el artículo 90 del tratado extiende expresamente el campo de aplicación de las reglas comunitarias de la competencia a las “empresas públicas y empresas a las cuales” los estados miembros “les acuerden derechos especiales y exclusivos”. Es más, el Tratado de Roma ha ido más lejos, ocasionando la mutación de una filosofía jurídica que no ha terminado de evolucionar. En efecto, según la comisión “la ausencia de buscar un beneficio económico no es un elemento determinante para elaborar la empresa” (decisión del 29 de octubre de 1978). No interesa desde este punto de vista la distinción que efectúe el derecho interno entre asociación y persona moral de derecho privado. Desde que haya un ejercicio a título oneroso o mediante una contrapartida económica, así sea indirecta, con la existencia de un riesgo reconocido dentro de la perspectiva económica, las asociaciones pueden ser tratadas como empresas, lo mismo que las cooperativas.

A. LOS PRINCIPIOS QUE DEBEN ORIENTAR LA COMPETENCIA ENTRE ESTOS DOS SECTORES

La situación de la empresa pública está definida por el artículo 90 párrafo 1 del Tratado de Roma que confirma la aplicación, en su conjunto de las normas de la competencia. En la base, la empresa pública “constituye la síntesis de la intervención del Estado en el dominio económico a nombre del interés general” (J-Y. RIELLAND, *Les entreprises publiques et la concurrence. These dactylographie*, París 2, 1983, pág. 24.

Colocada aparte esta consideración política, la orientación escogida por la comunidad es la igualdad. “La igualdad que es de rigor en la

23 (Chr. Bolze, *Notion d'entreprise, J-Cl.concurrence-consommation*, fasc. 420, 1991, pág.4, n° 22).

aproximación y en el tratamiento”. Lo anterior ha hecho manifestar a M.T Tuot que

“la naturaleza pública de las empresas no prima en su calidad de actores económicos, ya que como tales, deben ser tratados en condiciones de igualdad con sus pares del sector privado”²⁴.

La importancia del actor público en la competencia es a la vez cuantitativa y cualitativa como señala MARIA AGNES SABIRAU en su obra *Sector público y competencia*, lo que puede constatarse por las mutaciones que han sufrido los principios concurrenciales de que han sido objeto. Estos principios directores del mercado, calificados de principios concurrenciales se imponen al sector público. ¿Pero es que el sector público es necesario, o al menos útil para el sistema de libre competencia? Responder negativamente significaría negar el papel eventual del actor económico público en la economía de mercado. Esto no puede admitirse porque el sector público hace parte de la oferta. Sus competencias, la gestión eficaz de su infraestructura, la respuesta a las necesidades públicas no puede ser ignorada.

1. A situaciones comparables, tratamiento comparable

La sumisión del sector público a las normas concurrenciales es absoluta. Teniendo en cuenta que el derecho comunitario, no prejuzga en nada la propiedad de los estados miembros, la ausencia de una distinción entre operadores económicos (públicos y privados) no tolera ninguna restricción. La intervención sobre el mercado no debe permitir ninguna debilidad, ni ningún tratamiento de favor, cuando la empresa que se encuentre concernida sólo tenga de original su estatuto público, y no su comportamiento.

Una providencia de la Corte de Justicia de Comunidades Europeas del 19 de octubre de 1977 enuncia la existencia de un principio general de igualdad que pertenece a los principios fundamentales del derecho comunitario. En lo que concierne el principio de respeto de las normas

24 T. TUOT, *La Communauté et les entreprises publiques: petits malentendus sans importance?* Cah. jur.électr-gas 1994, n° sp. 500, pág. 398.

de competencia, la Corte infiere que “situaciones comparables” no deben ser “tratadas de manera diferente, a menos que una diferenciación no se encuentre objetivamente justificada”. Esta apreciación se aplica directamente a las relaciones de competición que pueden existir entre una empresa privada y una empresa pública que obra sobre el mercado interior”²⁵.

2. *El principio de la libertad económica*

Este principio que podría traducirse como de *liberalismo* se desarrolla en la libertad de empresa y a la libertad de competir, y aunque no tiene una consagración expresa dentro del tratado, está latente en la estructura de la comunidad europea. La integración de las personas públicas en este proceso es una consecuencia, ya que resultaría absurdo hablar de libertad de empresa, y, paralelamente impedir el libre acceso al mercado de las empresas públicas.

3. *El derecho de diversificación es común a las empresas públicas y privadas*

En derecho comunitario el principio de la libertad de acceso a los mercados es la regla. No puede existir ninguna otra limitación que las derivadas de las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia.

En consecuencia a las empresas públicas y privadas no puede negárseles el derecho a la diversificación externa y a la diversificación interna

a. *El proceso de diversificación externa*

Se presenta cuando una empresa del sector público que opera a título principal sobre un mercado o que dispone de un monopolio de derecho o de hecho, adquiere una empresa del sector concurrencial, o celebra

25 SABIRAU, MARIE-AGNES, *Secteur Public et Concurrence*, Centre de Droit de la Concurrence, Collection Etudes, Presses universitaires de Perpignan, pág. 88.

con empresas privadas contratos o acuerdos de cooperación que pueden por ejemplo, conducir a la creación de una filial común.

Estos procesos de diversificación externa son objeto de control por parte del poder público a través del control de las concentraciones, o a través del control de los acuerdos anticoncurrenciales²⁶.

b. *El proceso de diversificación interno*

La diversificación interna opera mediante la agregación de actividades nuevas, frecuentemente a través de la filialización. La legalidad de estas extensiones de las actividades de los servicios públicos, se justifica cuando estas constituyen un complemento necesario o un complemento normal al funcionamiento de estos servicios. Como la jurisprudencia lo ha afirmado durante mucho tiempo, la justificación para la empresa pública puede ser el deseo de mejorar las prestaciones suministradas, pero también puede ser por el solo interés financiero del servicio.

Quizás este último aspecto necesite alguna claridad. A diferencia de lo que ocurre en Colombia, el deseo de asegurar el interés financiero del servicio público, no ha sido jamás ignorado por la jurisprudencia administrativa, muy sensible a las preocupaciones de rentabilidad de las colectividades públicas. El Consejo de Estado Francés ha juzgado siempre que debe asegurarse el equilibrio financiero de la administración, en interés de la población. Desde 1936 sostenía que:

La gestión de venta por la administración del gas de aparatos de calefacción y de cocina para sus abonados, así como los trabajos de instalación de los mismos aparatos... tienen únicamente por objeto desarrollar dentro del interés de la ciudad, el consumo de gas distribuido por ésta, y constituyen actividades accesorias del servicio del cual se trata²⁷.

26 En Alemania se acaban de fusionar los grupos de energía alemanes, en la mayor fusión local en la historia de las empresas del país. El acuerdo entre el grupo Veba y Viag será sometido a un fuerte escrutinio por las autoridades de Bruselas y Berlín, y se les exigirá entre otras condiciones la apertura de las redes de las compañías a terceros, como prerrequisito para la aprobación.

27 *Lamy Droit Economique, La justification de l'extension des services publics*, n° 1376, págs. 482-483.

Esta clase de diversificación puede controlarse mediante el abuso de posición dominante²⁸. ¿Pero es que puede sostenerse como viene ocurriendo, que el solo hecho de extender las actividades por fuera del principio de especialidad sea constitutivo de un abuso de posición dominante? Evidentemente no, ya que esto sería tanto como liquidar de plano, el principio de diversificación de las empresas del sector público.

Se puede presentar en este caso, un *abuso de la estructura*, por oposición a un abuso del comportamiento. Existe también otro mecanismo de control denominado *abuso automático* consistente en que una empresa titular de un monopolio legal podría abusar de su posición dominante si se reserva, sin necesidad objetiva, una actividad auxiliar sobre un mercado vecino, con el riesgo de eliminar toda competencia sobre el mercado.

En síntesis, en términos generales no podría intervenir en contra del principio de diversificación de la empresas públicas, salvo que exista la utilización de medios anormales. Pero toda la dificultad radica en que hay que entender por medios anormales.

La doctrina ha considerado que existe utilización de medios anormales cuando la empresa pública utiliza diversos medios estructurales de los que dispone en beneficio de la actividad diversificada: subvenciones cruzadas, préstamos de personal, uso de los mismos locales o de estructuras de comercialización. Pero cabe la duda, en la medida que lo mismo ocurre tratándose de grandes grupos privados.

4. Frente a situaciones de excepción, tratamientos de excepción

El Tratado de Roma reconoce expresamente en las disposiciones sobre competencia, la posición particular de ciertas empresas cuya misión no puede ser comparada a la de un operador económico cualquiera como cuando son empresas encargadas de la gestión de servicios de interés general, o que presentan el carácter de monopolio fiscal.

28 La Ley 142 de 1994 define la posición dominante como "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 14 numeral 14.3.

96 Para determinar la noción de servicio de interés económico general, el juez puede utilizar algunos criterios como las prerrogativas, las relaciones que la empresa posee con los poderes públicos y la importancia de la actividad asegurada, lo que no deja de ser poco concreto.

97 Algunas actividades como el monopolio del alcohol en Alemania y Francia, y de los tabacos y fósforos en Italia siguen siendo objeto de monopolio fiscal.

98 El tratamiento de excepción en el Tratado de Roma se presenta con fundamento en el artículo 90-2, no es otra cosa que el corolario del principio de sumisión de los operadores económicos públicos al derecho de la competencia. Cuando estas reglas coloquen a la empresa en imposibilidad de cumplir en derecho o de hecho con la misión que le ha sido encomendada

B. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA APLICACIÓN EN COLOMBIA DE ESTOS PRINCIPIOS

En la Unión Europea, nuestro modelo más cercano de integración económica, ante la decisión de abrir un sector a la competencia, se dispone de medios eficientes; pero si por el contrario, se opta por la no apertura, existen igualmente herramientas adecuadas. Lo que sí resulta evidente, es que la posición no resulta tan clara, sobre todo en Colombia, tratándose de la posibilidad de penetración del sector público sobre los mercados concurrenciales²⁹.

Es un hecho incontrovertible, y al menos en este aspecto todo el mundo está de acuerdo, y es que en materia de servicios públicos, no puede todo abandonarse al *laisse-faire*. en muchos casos además dada la dispersión de los sectores de negocios, las entidades prestadoras, en especial los inversionistas privados, orientarán de preferencia sus intereses hacia los grandes centros urbanos, dejando de lado la atención a los núcleos dispersos del sector rural, los cuales dadas las restricciones de recursos que enfrentan la nación y los entes territoriales, verán cada

29 En Colombia las normas sobre promoción de la competencia han sido interpretadas en forma parcial, en una sola vía, la de favorecer a ultranza en forma preocupante, la participación del sector privado en áreas anteriormente reservadas al dominio público.

vez más alejadas sus posibilidades de acceder a adecuados servicios de acueducto y alcantarillado o extensión de la telefonía local, por ejemplo³⁰.

Podría afirmarse, sin temor alguno, que las autoridades encargadas de la aplicación de esta normatividad³¹, poco tiempo le han dedicado a conceptualizar el fenómeno de la intervención del sector público sobre los mercados concurrenciales, lo que cierne una grave amenaza desde el punto de vista de asegurar la calidad y la continuidad del servicio, y puede llegar a constituirse en la fuente de un gran enfrentamiento contencioso, que podría tornarse aún más grave, comprometiendo responsabilidades personales³².

Como lo afirma MARIE AGNÉS SABIRAU en su importante obra sobre *Servicio público y competencia*:

“Conviene reconocer a la noción de mercado dos facetas. La que la consagra en principio como lugar de reencuentro de la oferta y la demanda, y en seguida, la que lo hace un punto de reunión de muchos principios, el productor de una ética

- 30 En la empresa privada se sirve con prioridad a los intereses de sus accionistas y todo aquello que a eso no contribuya, y que no constituya una obligación cierta para el operador privado, a la que la empresa no pueda sustraerse, resulta muy vulnerable. Ahora bien, las misiones de servicio público no son sistemáticamente susceptibles de reducir la prestación del servicio, siempre a normas que obliguen a determinados comportamientos, de aquéllos que tienen a su carga. No se puede obligar a una empresa de electricidad a llegar a las regiones más apartadas, a efectuar las reparaciones en esos mismos lugares con la misma diligencia que lo hace con los clientes cautivos, que se encuentran amenazados de ser tomados por los competidores. Ciertos aspectos fundamentales del servicio público, los que son tributarios de la cultura de la empresa se insertan con profundidad en su organización, y no pueden ser en estas condiciones muchas veces rendirse compatibles con la búsqueda del máximo de beneficio que se pretende por parte de los accionistas.
- 31 El artículo 67 de la Ley 142 de 1994 coloca en cabeza de los ministerios de Minas y Energía, Comunicaciones y Desarrollo la obligación de señalar los requisitos técnicos que deben cumplir las obras, equipos y procedimientos de las empresas de servicios públicos del sector, cuando la comisión respectiva haya resuelto por vía general que ese señalamiento es realmente necesario para garantizar la calidad del servicio y que no implica restricción indebida de la competencia. Por su parte, las comisiones de regulación están reglamentadas en cuanto a sus funciones en el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, consagrándolas como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, adscritas a un ministerio.
- 32 El Consejo de Análisis Económico Francés en su informe al primer ministro francés, LIONEL JOSPIN, señala cómo en los Estados Unidos las empresas que operaban los servicios, estaban siendo acusadas de haber capturado las comisiones de regulación (COHEN ELIE y HENRY CLAUDE, *Sur les bases et l'évolution récent des services publics industriels et commerciaux en France et dans l'Union européenne, Service Public et Secteur Public, Conseil d'Analyse économique, La Documentation Française*, pág. 87).

concurrencial. Conviene reconocer que la oferta del sector público puede ser asumida con las nociones clásicas de mercado y los principios que lo rigen. No obstante lo anterior, no debe subestimarse su influencia y su sola presencia enriquece, por las precisiones que exige, el derecho de la competencia en su acepción más amplia.

Así como la sumisión del sector público a las normas concursionales es absoluta, no se debe tener en cuenta para nada, los porcentajes o la naturaleza con respecto a la propiedad de los operadores, ya que la ausencia de una distinción entre operadores económicos (públicos y privados) no tolera ninguna restricción a la luz de la libertad económica que consagra el artículo 333 de la Carta Política. En la Unión Europea el propio Tratado de Roma el artículo 222 del tratado precisa que “el presente tratado no prejuzga en nada el régimen de la propiedad dentro de los estados miembros”. Las instancias comunitarias no hacen distinciones internas. Porque entonces en Colombia, donde existe la libertad económica que consagra el artículo 333 de la Constitución y el derecho a la igualdad, no se aplica el principio de la libertad de acceso de los operadores públicos al mercado.

a. Sector eléctrico

Resulta absolutamente incomprensible, que frente a una realidad tan evidente, actualmente se esté desarrollando un debate por los medios de comunicación nacionales y que todavía se pueda colocar en duda por parte de la Comisión de Regulación Eléctrica (CREG), presidida por el ministro de Minas, la posibilidad de participación de un operador público en igualdad de condiciones con eventuales operadores privados, concretamente de EPM, en la adquisición de ISAGEN³³.

La extraña conducta del ministro y de la CREG que ha merecido que el primero, sea citado por el parlamento colombiano donde acaba de ser propuesta la moción de censura para el mismo funcionario, ha ignorado deliberadamente los grandes presupuestos de la promoción de la

33 La resolución 128 de 1996 en el artículo 3 ya fija como tope máximo de participación de cualquier agente en la actividad de generación en el año 2002, el 25% de la capacidad instalada del Sistema Interconectado Nacional (SIN).

competencia³⁴, vale decir, el libre acceso a los mercados y la posibilidad de diversificación que tienen las empresas públicas, conducta que debe esclarecer en forma inmediata ante las graves denuncias que se vienen formulando en su contra³⁵.

De acuerdo con las apreciaciones del señor gerente de las Empresas Públicas de Medellín, la posibilidad de participación de la empresa a su cargo, partió de una posibilidad acordada con el presidente de la República y el ministro de Hacienda de poder adquirir hasta un 49%, después se redujo a un 47.4% lo que fue anunciado en el Congreso por el propio ministro de Minas y Energía, luego al 45% hasta reducirse en la práctica mediante la resolución 042 de la CREG al 41.4%. Esta discriminación no sólo se manifiesta al infringir la resolución 042 diferentes normas constitucionales que consagran la igualdad ante la ley (art. 13), el debido proceso (art. 29), el derecho de asociación (art. 38), la libertad económica (art. 333), entre otros, sino al crear conceptos que anteriormente no existían en la ley, pero con destinatario propio en este caso, como el de “la franja de potencia”.

No contento con lo anterior, en el reglamento de venta y adjudicación de ISAGEN, se discrimina en contra de Empresas Públicas cuando se le niega el derecho a que sea compensada como a cualquier otro participante en la puja por la participación en ISAGEN, la contingencia por la reclamación, a su juicio legítima, por los beneficios derivados del embalse del Peñol sobre la generación de San Carlos, caso que será decidido en su oportunidad por los jueces colombianos y que en consecuencia, no debería jugar de manera alguna frente a un proceso transparente de *enajenación* de acciones de ISAGEN, que el ministro y la CREG parecen querer a toda costa que sea de *privatización*, sin que resulte muy claro ni el porqué, ni el procedimiento que se ha seguido para ello, como se desprende de la información suministrada por EPM en la rueda de prensa ofrecida por su gerente general en torno a este tema³⁶.

34 El autor de este artículo hizo parte del Consejo Asesor de la Superintendencia de Industria y Comercio, y es coautor y director de una obra sobre derecho de la competencia, así como autor de varios artículos sobre el tema.

35 Además de una elaboración artificiosa y con argumentos que no resisten ningún análisis desde el punto de vista técnico-jurídico, y que fueron esgrimidos por el propio ministro en la sesión del día 17 de septiembre del presente año, durante el debate eléctrico adelantado ante la comisión quinta por los senadores citantes, JUAN MANUEL Ospina y MARIO URIBE ESCOBAR.

36 “Finalmente, y como para garantizar la ausencia de las EPM en el proceso, la nación en el Reglamento de venta y adjudicación de ISAGEN, en el anexo n° 2, numeral 8.5, garantiza de

Si estamos hablando de promoción de la competencia, el principio del libre acceso a los mercados debe ser la norma. El solo límite debe venir de las normas de competencia. El principio de igualdad de las condiciones en la competición es el corolario de la norma de “no discriminación” de los operadores públicos.

b. Sector de telecomunicaciones

Prueba de que las autoridades en principio no han contemplado la participación del sector público dentro de la economía concurrencial, se encuentran en el proyecto de Plan Nacional de Desarrollo³⁷, que aunque

acuerdo a su participación accionaria, cubrir a los compradores por todas las contingencias que actualmente tiene ISAGEN. Dentro de ellas se encuentra la demanda que EEPMM le instauró a ISAGEN, por los beneficios derivados del embalse del Peñol en la generación de San Carlos. Pero adicionalmente en su anexo 2, numeral 8.9 “Exclusión de la compensación”, también sostiene que en el momento que un vehículo de inversión adquiriera las acciones de ISAGEN, pierde dicha garantía si uno de los socios es un demandante, que para nuestro caso sería las EEPMM. Ante esta posición es muy claro que ninguna inversionista estaría interesado en participar con la EEPMM en el proceso de compra y si lo hace, descontará del valor de la oferta que las EEPMM, el valor de la contingencia. Bajo estas circunstancias muy posiblemente no se llegará al precio mínimo y en el mejor de los casos su oferta no será nada competitiva”, concluye el informe preparado por la Subgerencia de Planeación Generación de Energía de EPM, pág. 7 denominado Las empresas públicas de Medellín (EEPMM) frente al proceso de enajenación de ISAGEN, en noviembre de 1999.

37 En efecto, en el artículo 8 del proyecto de ley (descripción de los principales programas de inversión) establecía:

1. En el numeral 14.1. “las acciones gubernamentales contempladas en el Plan Nacional de Desarrollo para que el sector de telecomunicaciones contribuya al aumento de la productividad y la competitividad y al mejoramiento de la calidad de vida de los colombianos...”, se decía que se busca “fomentar la *participación privada* en la prestación de los servicios”.
2. En el numeral 14.4. (Telefonía móvil celular y PCS) y al referirse a “la adjudicación de las concesiones de los Sistemas de Comunicaciones Personales (PCS) durante el período, se dice que “*se pretende atraer importantes inversiones del sector privado* en nuestros servicios inalámbricos móviles y en las redes de telefonía móvil celular”.
3. En el numeral 14.5. (Telefonía social) se dice que “se espera que durante el cuatrienio se generen *incentivos a la participación privada* en la provisión del servicio universal en el país”.
4. En el artículo 79 (Mecanismos para la participación en proyectos de infraestructura), se dice que “el gobierno podrá reglamentar las formas y procedimientos para *asociarse con particulares*, tanto nacionales como extranjeros y para *facilitar la participación privada* en proyectos de infraestructura o telecomunicaciones pudiendo crear, entre otros, mecanismos abiertos tales como subastas, martillos o remates”.

posteriormente fueron corregidas, señalan muy a las claras, cómo el gobierno nacional en su preocupación de conseguir recursos para solucionar el déficit fiscal, ha confundido en detrimento de las empresas del sector público que han demostrado capacidad operativa, técnica y financiera, la expresión privatización con enajenación de activos públicos; y el abuso de la posición dominante, con el simple hecho de adquirir o tener posición dominante.

En un proyecto de ley sobre PCS, recientemente aprobado por el Congreso de la República, se establecieron beneficios a favor del fondo de pensionados de TELECOM, que no debieron ignorar las demás empresas estatales que prestan estos servicios y a sus correspondientes fondos de pensiones. Estas discriminaciones que se presentan a favor de algunos, cuando no en favor de capitales extranjeros que obrando dentro de una óptica que les es propia, la del beneficio exclusivo de sus accionistas, además de ignorar las reglas que rigen la competencia entre operadores públicos y privados en el resto del mundo, amenazan la continuidad y calidad de nuestros servicios públicos en un futuro.

CONCLUSIONES

Las grandes diferencias de riqueza entre las naciones se deben esencialmente a la diferencia de calidad de sus instituciones y de sus políticas económicas. Colombia en materia de servicios públicos y de empresas públicas tiene algunas fortalezas empresariales. La situación fiscal no puede comprometer el futuro de nuestra identidad colectiva, donde la noción de servicio público heredada de los franceses y que nuevamente empieza a permear la legislación comunitaria de ese continente, después de que comienza el ocaso de un neoliberalismo desbocado, se encuentra anclada en nuestro modelo ideal de sociedad. Lo anterior no quiere decir que la traducción en la políticas públicas no evolucione, sino que los grandes principios que lo inspiraron, como fueron la igualdad de acceso, la continuidad y la adaptación, no han perdido su razón de ser.

El contexto nacional y de la integración económica regional dista mucho de la realidad europea. En un reciente viaje que efectué para observar los movimientos económicos y jurisprudenciales que se estaban dando en este aspecto, un grupo de observadores e investigadores europeos me transmitía una preocupación: en un proceso de integración

económica regional tan incipiente, sin instituciones regionales sólidas de control y sin posibilidad de aplicar e investigar con fortaleza las integraciones que puedan efectuarse por fuera del territorio colombiano, quién les garantiza a ustedes, que en negocios donde existen grandes intereses, no se vayan ustedes colocando lentamente frente a una amenaza democrática, máxime con un Estado débil, precario en recursos y sin financiación estatal de las campañas políticas. Recordemos en este momento, de una parte que los objetivos comunitarios en Europa son claros y sólidos, que las instituciones están en capacidad de investigar las prácticas restrictivas de la competencia, y por la otra, que la acusación que se condensa en el informe del Consejo de Análisis Económico de Francia al Primer Ministro de ese país, se dirige a denunciar la captura por parte de los operadores en Estados Unidos, de las comisiones de regulación.

En Colombia parecería que las decisiones de las comisiones de regulación estén excediendo la Constitución, la Ley 142 de 1994 y la Ley 143 de 1994, ya que si bien es cierto, desde el punto de vista de sus funciones pueden favorecer la apertura de ciertas actividades a la competencia privada, todo parece indicar que no tienen claro, el derecho a la diversificación que tienen las empresas del sector público, principio básico y elemental que con el de la libertad económica y el de la igualdad, parecen ignorarse en particular por algunas Resoluciones de la CREG.

En síntesis, en desarrollo de los principios constitucionales de libertad económica e igualdad, el Estado debe propiciar, en beneficio de los ciudadanos, tanto la intervención del sector privado en dominios anteriormente reservados a las empresas públicas, como también la intervención de las empresas públicas eficientes sobre los mercados concurrenciales, sin más limitación que las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia.

En este orden de ideas, las reglas generales son también para las empresas públicas eficientes, el principio de libre acceso a los mercados y el principio de diversificación externa e interna, los cuales deberán ser observados y respetados por las diferentes comisiones de regulación y por los organismos de control so pena de incurrir en desviación de poder, sin perjuicio de los controles que el Estado deba efectuar de los acuerdos y abusos de posición dominante.

En ningún caso, el simple hecho de tener o de alcanzar una posición dominante, puede dar lugar a que las comisiones reguladoras puedan

presumir el abuso de su ejercicio, trátase de operadores privados o de operadores públicos.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- CHARVIT, NICOLAS, *Secteur Public et Droit de la Concurrence*, Editions Joly, Paris, 1999.
- CHEVALIER JEAN MARIE, EKELAND IVAR, FRISON' ROCHE MARIE ANNE, *L'idee de service public est'elle encore soustenable?*, Editions PUF, 1999
- GIMENO FELIEU JOSE MAIA, *El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo*, Civitas, 1994.
- GÓMEZ LEYVA, DELIO, *De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica*, Cámara de Comercio de Bogotá, noviembre 1998.
- DURAND GUY, NDIYE PATRICE, RIBOT CATHERINE, *Direction de Colson Jean Philippe, Droit Public Economique*, LGDJ, 1996.
- QUIJANO APONTE EDUARDO, El régimen de competencia en materia de servicios públicos domiciliarios, notas de Internet.
- MOLINA TORRES JOSÉ ANTONIO, *Régimen de los servicios públicos domiciliarios*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.
- LAMY DROIT ECONOMIQUE, *Concurrence, Distribution, Consommation*, Editions Lamy, 1999.
- SABIRAU PERÉZ MARIA AGNES, *Secteur Public et Concurrence*, Centre de Droit de la Concurrence, Collections Etudes, Presses Universitaires de Perpignan, 1998.
- VELILLA MORENO MARCO ANTONIO, *Reflexiones sobre la constitución económica colombiana*, Constitución Económica Colombiana, Editorial Navegante, 1996.
- VELILLA MORENO MARCO ANTONIO, *El abuso de posición dominante, el derecho de la competencia*, Editorial El Navegante Editores, 1998.

REVISTAS ESPECIALIZADAS

- CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA RÍOS, "Empresas industriales y comerciales del Estado, prestadoras de servicios públicos domiciliarios", revista *Letras jurídicas* de la Secretaria General de Empresas Públicas de Medellín, Editorial Marín Vieco, vol. 3, n° 1, marzo 1998, pág. 141.

- VANEGAS ARIAS MARÍA ISABEL y otros, “Resoluciones 028 de 1995 y 032 de 1996 de la CTR sobre la apertura a la competencia para la prestación del servicio telefónico de larga distancia. Su ilegalidad e inconstitucionalidad”, revista *Letras jurídicas*, de la Secretaría General de Empresas Públicas de Medellín, Editorial Marín Vieco, vol. 1, n° 2 de septiembre de 1996, pág. 21.
- “Los mínimos operativos”, sustrato de la demanda presentada por Empresas Públicas de Medellín ESP contra la nación y otros, revista *Letras jurídicas* de la Secretaría General de Empresas Públicas de Medellín, vol. 4, n° 1 marzo de 1999, Editorial Marín Vieco, pág. 83.
- ARTEAGA VÉLEZ LUIS FERNANDO, HUBED BEDOYA e ISABEL MOSQUERA GREGORY, “Ilegalidad e inconstitucionalidad de la resolución 020 de 1996 de la CREG”, revista *Letras jurídicas* de la Secretaría General de las Empresas Públicas de Medellín, vol. 2, n° 1 marzo 1997.
- A. BIENAYME, *L’interet du consommateur dans l’application du droit de la concurrence: un point de vue d’économiste*, 1995, n° 3.
- M. MONNIER, *Service Public et Droit de la Consommation en droit francais*, *Revue Internationale de Droit Economique*, 1996, n° 3.
- L. IDOT, *Concurrence entre Secteur public et prive (en droit francais et communautaire)*, *Revue Internationale de Droit Economique*, 1994, n° 3.

ANEXO 1

NORMAS RELATIVAS AL DERECHO A LA COMPETENCIA
LEY 142 DE 1994

Artículo 35. Deber de buscar entre el público las mejores condiciones objetivas.

Artículo 73. Funciones y facultades generales. 73.2, 73.3, 73.4, 73.5, 73.11, 73.13, 73.14, 73.15, 73.16, 73.20, 73.21, 73.22, 73.25.

Artículo 74. Funciones especiales de las comisiones de regulación.
74.1.

Artículo 93. Costos de compras al por mayor para empresas distribuidoras con posición dominante.

RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN
DE REGULACIÓN ELÉCTRICA (CREG)

1. Resolución 010 de 17 de diciembre de 1993
Artículo 6°.
2. Resolución 001 del 2 de noviembre de 1994
Artículo 4°.
Artículo 5°. Protección de la competencia en la transmisión de energía eléctrica.
Artículo 6°. Nuevas conexiones a las redes.
3. Resolución 003, 2 de noviembre de 1994
Artículo 4°. Libre acceso a los sistemas de distribución.
Artículo 5°. Protección de la competencia en la distribución de energía eléctrica.
4. Resolución 056, 28 de diciembre de 1994
5. Resolución 020, 27 de febrero de 1996
Artículo 6°. Compras mínimas que deben realizar las empresas que desarrollen en forma combinada la actividad de generación con la comercialización o la de distribución-comercialización.
6. Resolución 083, de 1996
Artículo 3°.- Límites a la participación en la actividad de generación.
Artículo 4°. Límites a la participación en la actividad de comercialización.
Artículo 5°. Artículo 6°. Límites a la participación en la actividad de distribución.
Artículo 6°.- Límites a la participación accionaria en el capital de una empresa generadora o comercializadora.
7. Resolución 128 del 17 de diciembre de 1996
Artículo 3°.- Límites a la participación en la actividad de generación.
Artículo 4°. Límites a la participación en la actividad de comercialización.
Artículos 5, 6, 7.
8. Resolución 051 de 1998
Artículo 10°.
9. Resolución 065 del 28 de mayo de 1998
Artículos 1, 2, 4.
10. Resolución 093 del 4 de septiembre de 1998 Resolución 004 de 1999
Artículo 10.

LA ESCISIÓN: UNA ALTERNATIVA EN LA POLÍTICA DE COMPETENCIA

JUAN JOSÉ BOTERO VILLA¹

1. UNA HERRAMIENTA *ANTITRUST*

La libre competencia es, sin lugar a dudas, uno de los presupuestos fundamentales para la organización y el desarrollo de las economías de mercado. En efecto, a través de la misma se posibilita a los participantes del mismo 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 clientela².

Por citar apenas un ejemplo representativo de lo aseverado, en la exposición de motivos de la Ley 16/89 del 17 de julio de 1989 sobre defensa de la competencia en España, se señala que:

“La competencia como principio rector de toda economía de mercado representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad y constituye en el plano de las libertades individuales la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. La

-
- 1 Profesor investigador Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, de la Pontificia Universidad Javeriana, abogado, Pontificia Universidad Javeriana, especializado en Derecho Económico Comparado, Universidad Complutense de Madrid, especializado en Comercio Exterior y *master* en Asesoría Jurídica de Empresas, Universidad de Comillas, Madrid, España.
 - 2 Cfr. MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. “Abuso de la posición dominante...”, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, CEDEC, 2ª ed., JAVERGRAF, Bogotá, 1997 y “El derecho de la competencia en Colombia”, *Revista de derecho económico* n° 9, 1989.

defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el art. 38 de la Constitución”.

En desarrollo de lo anterior, el artículo 38 de la Constitución española prevé:

“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

El contenido de las disposiciones de la ley y la Constitución española en cita, no son posiciones unilaterales o independientes, ajenas a la postura adoptada en la materia por parte de la Unión Europea. En efecto, los arts. 85 y 86 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de tiempo atrás se referían al tema en mención. Justamente, en el primero de ellos se prohíben figuras como los “acuerdos entre empresas”, las decisiones de “asociaciones de empresas”, y “las prácticas concertadas”, que tengan “por objeto o por efecto” “impedir, restringir o falsear” el juego de la competencia; conductas recogidas hoy en el art. 1 de la Ley 16/89 en cita.

Mediante dichas previsiones se busca impedir dentro del mercado común las prácticas abusivas o restrictivas a la libre competencia vía acuerdos entre empresas o prácticas concertadas, de manera que se mantenga el nivel de competencia indispensable para que se respete el derecho a la libre empresa.

Pero existe otra forma, también contraria a la libre competencia denominada: concentraciones económicas, es decir:

“...todo proyecto u operación de concentración de empresas o de toma de control de una o varias empresas, siempre que afecte o pueda afectar al mercado español y especialmente mediante la creación o el reforzamiento de una posición de dominio” (art. 14 Ley española de defensa de la competencia 16/89).

Se entiende por esta última —posición dominante— la posibilidad de ejercer una “influencia preponderante” ello es: cuando la empresa pueda actuar sin tomar en consideración y con independencia de las

reacciones de sus competidores, compradores y proveedores mientras que éstos sí deben tener muy en cuenta las reacciones de aquella; situación que acontece porque la empresa no tiene competencia efectiva, es decir, porque está *sustraída* de dicha competencia³.

De manera que una concentración económica *per se* no está prohibida como en el caso de los monopolios, pero sí lo estará si la misma da lugar a una posición dominante que sea explotada abusivamente. En igual sentido se pronuncia el art. 86 del Tratado de Roma cuando señala que:

“Es incompatible con el mercado común y prohibido, en la medida en que el comercio entre los estados miembros sea susceptible de ser afectado, el que una o varias empresas exploten de manera abusiva una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo”.

Los criterios básicos, para llegar a establecer si una operación de concentración económica da lugar al abuso de una posición de dominio son: uno cuantitativo —superación de un volumen de negocios de 5.000 millones de ECU en nivel mundial y 250 millones de ECU en nivel comunitario como regla general— y otro cuantitativo-cualitativo atendiendo a la cifra del volumen de ventas global en España superior a 20.000.000.000 de pesetas; o con una participación de más del 25% en la cuota de mercado relevante o *relevant market* según se desprende del cdo. 15 del reglamento de la CEE 4064/89.

De manera que partiendo de esos criterios que nos señalan las disposiciones normativas en cita, habrá lugar o no a la concentración empresarial y a la consecuente aplicación de la escisión como mecanismo que permite evitar distorsiones en el campo de la competencia cuando se incurriere en los supuestos anteriormente mencionados, siempre que por supuesto esa concentración esté creando o reforzando una posición de dominio en el mercado⁴.

3 Tal es la posición generalizada que se ha venido sosteniendo en la Unión Europea, desde el caso *United Brands vs. EC Commission* en 1978, reafirmado en *Hoffman-La Roche vs. EC Commission* 1979; *Michelfin vs. EC Commission* 1983 y *CBEM-Telemarketing S.A vs. Compaigne Luxemburgoise de Telediffusion and Information Publicité BENELUX S.A* 1985.

4 En este mismo sentido véase sobre el concepto de concentración de empresas una de las dos definiciones que trae el art. 3, en su apartado primero, literal b) del Reglamento CEE 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989 —y en el cual cabe la escisión— así: “cuando (...) una o más empresas mediante la toma de participaciones en el capital, o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, adquiera, directa o indirectamente, el control sobre la totalidad o parte de una o de otras varias empresas”.

Así que ante una situación de concentración empresarial, el cumplimiento del principio de la libre competencia en los que se inspira la economía de libre mercado puede llevarse a cabo a través de mecanismos de reestructuración empresarial y, en concreto, por operaciones modificatorias de las estructuras societarias, dentro de las cuales se encuentra la escisión de sociedades. Son pues, argumentos de competencia los que en muchas ocasiones generan las reestructuraciones empresariales dentro del cual la escisión de sociedades constituye una herramienta fundamental.

Así por ejemplo, ante un supuesto de infracción a la competencia generador de concentración económica sería posible utilizar escisiones parciales —atendiendo a un criterio horizontal, vertical o sectorial— de varias sociedades o grupos de sociedades, absorbidas por otras sociedades ya creadas —escisión por absorción— lográndose con esta figura una mayor competencia en el mercado, gracias a la eliminación de criterios cuantitativos o cualitativos de concentración empresarial.

Otro ejemplo, es el incentivo a la competencia mediante el desmonte de los monopolios que afectan la libre competencia y la libertad de empresa bien porque se han formado debido a prácticas restrictivas de la competencia o porque mantienen su poder de mercado gracias a dichas prácticas y en especial a través del abuso de posición dominante, ejerciéndolo en perjuicio de la comunidad o en detrimento ilícito de la posibilidad de otros para competir.

Algunos ejemplos en la escisión de monopolios son: en el sector energético, la escisión de CAMPSA en España y cuyas sociedades beneficiarias son: PETRONOR Estaciones de Servicios, S.A.; REPSOL Combustibles Petrolíferos, S.A. y CEPESA Estaciones de Servicio y Petróleos del Mediterráneo Activos Comerciales, lo cual se hizo reduciendo el capital social de CAMPSA S.A. mediante la disminución del valor nominal de sus acciones⁵. En el campo de las telecomunicaciones, Telefónica S.A. en España al igual que la compañía de Telecomunicaciones de Brasil: TELEBRÁS dividida en 12 compañías regionales: 3 empresas de telecomunicaciones comunes, una de larga distancia y ocho de telefonía.

El objetivo en mención se conseguirá, siempre que la escisión logre la reducción de los volúmenes de negocios o permita la alteración del

5 Véase: “La escisión de CAMPSA: El último paso antes del fin del monopolio...”, *op.cit.*, en *The Wall Street Journal*, TELEBRÁS split-up is a feast for Investors, junio 4/1998.

ámbito operativo de la sociedad escindida, haciendo que la misma retorne a los niveles de concentración autorizados y favorezca en consecuencia la libre competencia, pues la aplicación de la escisión *per se* no es un elemento desconcentrador como quiera que ella comporta la directa atribución de acciones o participaciones en las sociedades beneficiarias a los socios de la sociedad escindida, razón por la cual no se altera el nivel de concentración⁶.

En todo caso, es el Tribunal Español de Defensa de la Competencia, de acuerdo con el art. 17 de la Ley de defensa de la competencia quien remite un dictamen al ministro de Economía y Hacienda para que el gobierno no se oponga a la operación de concentración, subordine su aprobación a unos requisitos específicos o la declare improcedente estando facultado en tal evento a “ordenar medidas apropiadas para el establecimiento de una competencia efectiva, incluida la *desconcentración o la cesación de control*” propósitos dentro de los cuales cabría perfectamente la escisión en los términos anotados en los párrafos anteriores.

De hecho, el Tribunal de Defensa de la Competencia recomendó al gobierno nacional la cesación de control por razones de libre competencia en una operación que generaba una concentración económica que podría afectar el comercio entre los estados miembros en el mercado de productos de higiene femenina realizada entre Procter & Gamble y la firma Italiana FINAF, según dictamen rendido en marzo de 1993. En la esfera norteamericana, y al amparo de la legislación *antitrust* puede verse el caso Microsoft Corp. llevado a los tribunales norteamericanos por las autoridades *antitrust*; abocada muy probablemente a una escisión total (*split-off*)⁷.

6 Sobre la relación concentración-competencia véase en CERDÁ, *op.cit.*, pág. 81 y sig. quien la ilustra muy bien en su libro, en el sentido de que el estímulo a la primera promueve a la segunda o es justamente mediante el desestímulo a la primera que se incrementa la competencia, recogiendo para ello las distintas posiciones de la escuela norteamericana de Harvard y Chicago sobre el punto en mención y su influencia en los distintos modelos de derecho de defensa de la competencia europeo el primero favorecedor de la concentración empresarial —art. 85 y 86 del TCEE— como factor clave para desarrollar la competencia y el segundo, sólo en la medida en que las concentraciones empresariales no den lugar a abusos de posiciones dominantes en el mercado.

7 Véase: APRIL, JACOBS. “Users fear fallout will hurt it plans”, *Journal Computer World*, vol. 32, mayo 18, 1998, págs. 1-3. MALCOM FITCH. “What happens if Ma Bill is split” *Journal Money*, vol. 27, mayo 1998, pág. 31; CORTESE, AMY. *Bussines Week*, “Scenario 3. The feds split Microsoft in two”, abril 20 1998, 2.

Así pues, la desconcentración y descentralización a que da lugar figuras como la escisión de empresas puede, en los términos anotados, evitar, prevenir o controlar una política monopolística atentatoria de la libre competencia como quiera que a través de la misma se diluye y encauza el poder dominante que una empresa tiene o puede llegar a tener debido a su ritmo de crecimiento.

No obstante lo anterior vale la pena anotar que puede haber oportunidades en las cuales el Tribunal de Defensa de la Competencia estime que, de acuerdo con lo previsto en art. 16 de la Ley 16/89 la concentración puede ser saludable para estimular la competencia efectiva en el mercado, partiendo de criterios como el de la delimitación del mercado relevante, su estructura, posibilidades de elección de los proveedores, distribuidores y consumidores o usuarios, el poder económico y financiero de la empresa, la evolución de la oferta y la demanda y la competencia exterior.

La adopción de dicha decisión se fundamenta en el hecho de que la concentración o toma de control puede aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, al fomento del progreso técnico o económico, a la competitividad internacional o a los intereses de los consumidores siempre que tales beneficios sean suficientes para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia.

De lo anterior se infiere que la concentración, *per se* no está prohibida, incluso podrá permitirse en los casos apuntados por el legislador. Empero, si se llega a la conclusión por parte del gobierno español que la adopción de las medidas contenidas en el informe del tribunal reveladoras de actos contrarios a la competencia efectiva del mercado procuran la desconcentración o la cesación de control, la escisión, aparece como un instrumento útil para llevar a cabo el cumplimiento de dicha medida, siempre que se verifique en los términos que se expuso anteriormente.

2. LA ESCISIÓN COMO INSTRUMENTO DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

Empero, además de las finalidades apuntadas anteriormente, la escisión puede constituir un verdadero instrumento de concentración de empresas que estimula la competitividad de los grupos empresariales siempre que dicha operación no comporte una transgresión de las normas sobre competencia y en particular abuso de posición dominante.

En efecto, el desarrollo de la economía capitalista y en especial los modelos *neoliberales* favorecedores de la apertura económica de los países a otros productos, bienes y servicios ha venido generando cada vez más el desarrollo de las concentraciones económicas representada en grupos, conglomerados o *holding* de empresas conformadas por grandes sociedades, especialmente, anónimas.

Y esto, como una de las formas de respuesta a la competencia de empresas extranjeras pues mediante los procesos generadores de *sinergia* se busca la defensa de la existencia misma de las empresas o simplemente, su más decidido posicionamiento en los mercados nacionales y mundiales.

Existen múltiples formas a través de las cuales puede llevarse a cabo el proceso en mención. Una de ellas es la configuración de grupos empresariales verificado, a partir de un entrelazamiento de sociedades que conservan su independencia y obran conjuntamente como grupo *v.gr.* el *joint-venture*, las alianzas estratégicas y las uniones temporales de empresa, o aquéllas que comportan la modificación total de estructuras jurídico-patrimoniales a través de mecanismos como la fusión, enajenación de activos o la adquisición total o parcial de activos de otras sociedades; o simplemente modificaciones parciales, en el sentido que los cambios generan mutaciones parciales que afectan solamente a ciertos ramos de la actividad económica y dentro de las cuales se encuentra la escisión de sociedades⁸.

Como señalan diversos autores, no deja de ser paradójico el hecho de que se hable de escisión como una de las formas de concentración empresarial, cuando etimológicamente el concepto mismo significa división o fraccionamiento de un todo en dos o más partes. Y es que como veremos, la escisión es un paso preliminar a la concentración empresarial.

En efecto, la doctrina suele distinguir entre concentración económica primaria dentro de las cuales está por ejemplo la fusión y con la cual se lleva a cabo una concentración empresarial inmediata y perfecta en sí como quiera que con ella se busca mejorar el empuje económico de las

⁸ Cfr. CERDA, FERNANDO, *op.cit.*, pág. 77, y quien remite allí mismo al *Compendio crítico de derecho mercantil*, t. I, vol. 1, donde se ubica la funcionalidad de la escisión de empresa en las operaciones de concentración empresarial; al igual que en el *Memorandum sobre el problema de las concentraciones en el mercado común*, Series de Competencia, Estudio n° 3, Bruselas, 1966 donde se describe a la escisión como forma de concentración empresarial. Preámbulo de la Ley 29/91 sobre armonización de las directivas y reglamentos comunitarios.

empresas disminuyendo su número; y concentración económica secundaria o preparatoria en el sentido de que “prepara o perfecciona las operaciones de concentración anteriores o posteriores, que conducen a una concentración de empresas” pues a la desintegración patrimonial le sucede su reagrupamiento —vía fusión o adquisición o compra— en función de las actividades propias del objeto social, o canales de distribución o simplemente criterios sectoriales; las cuales, realizada en el marco de un grupo de sociedades, asegura por sus propias técnicas la unidad de dirección económica de los elementos patrimoniales escindidos⁹. Y esas propias técnicas se refieren precisamente a la atribución directa y proporcional de las acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias a los accionistas de la sociedad escindida con lo cual los socios de la sociedad escidente, se aseguran el control en el accionariado de las sociedades beneficiarias, especialmente si los socios de la sociedad escidente tienen una participación mayoritaria dentro de la sociedad escindida, aunque hay casos, particularmente en el sector financiero, donde aún con participaciones del 10 y 20% del accionariado se controla a la sociedad. En la práctica, ello podría hacerse a través de varias escisiones parciales del patrimonio de la sociedad escindida absorbidos por sociedades ya creadas, pudiendo incluso ser fusionadas con otras cuyo objeto social le resulte afín y siempre que no se violen criterios de competencia, en aras de una mejor eficiencia económica y competitiva de todo el grupo.

Otra de las formas como la escisión aparece como un mecanismo de concentración empresarial es cuando se utiliza como técnica de cooperación con otros empresarios, en el sentido de que se aportan ramos empresariales separados o determinadas actividades constitutivas del objeto social de la sociedad o sociedades escidentes en favor de una sociedad ya creada o por crear para efectos de una mejor y más eficiente explotación de la actividad en cuestión bajo un solo ente jurídico y económico.

9 Ibídem pág. 79. Para un ejemplo véase en: *The Wall Street Journal*, abril 14 de 1998, “*Bank Bulking-up...*” donde se señala que dos sociedades dedicadas a la banca de inversión en los Estados Unidos, la primera de ellas Montgomery Securities de propiedad de Nations Bank y Robertson’s Stephens perteneciente a Bank of América habiendo sido escindidas fueron recientemente compradas por un gran banco, aglutinando en banca de inversión una buena parte de este mercado.

000 Es el caso de un grupo pluriempresarial, que escinde las áreas de innovaciones tecnológicas de las 10 empresas o sociedades que conforman el grupo, en favor de una sociedad ya creada o una ya existente y cuyo objeto social exclusivo es la investigación ya creada o una ya existente y cuyo objeto social exclusivo es la investigación tecnológica.

23 La sumatoria de los patrimonios escindidos representativos de las distintas áreas o unidades de negocios serán reorganizados al interior de la nueva sociedad y muy seguramente gracias a los procesos de sinergia, la nueva sociedad podrá aspirar a dar un mejor soporte tecnológico a las 10 empresas que constituyen el grupo empresarial, descontando por supuesto la mayor eficiencia y competitividad de la misma frente a terceros.

Pero en oportunidades la escisión como mecanismo de concentración empresarial puede provenir del acuerdo entre varios grupos pluriempresariales distintos. En efecto, dos o más empresas acuerdan entre sí adquirir en común el control de una o varias empresas, con la finalidad y efecto de repartir entre ellas dichas empresas o sus activos en función de los intereses económicos y los posicionamientos de mercado que tenga cada grupo.

El reparto de empresas o activos se hará acudiendo a la escisión total de la empresa conjuntamente adquirida transfiriendo en bloque los distintos patrimonios escindidos a otras sociedades absorbentes y siempre que, como resultado de dicha operación no se violen los criterios normativos previstos en la ley de defensa de la competencia.

Así pues, la escisión aparece como medio apto y en todo caso preparatorio para realizar posteriores reestructuraciones empresariales que comportan una concentración de empresas ya que, cuando las sociedades beneficiarias se integran a través de diversos vínculos con otro u otras, se genera una agrupación que es la que en última instancia produce el resultado de concentración. En este sentido, es un mecanismo ideal para llevar a cabo la planeación estratégica de los *Holding* o grupos de empresas.

En todo caso vale la pena insistir en que la escisión es un instrumento útil para la concentración empresarial a través de la descentralización organizativa que *preserva los vínculos jurídicos entre los socios de las sociedades*, en el sentido de que ella no diluye el control societario sobre las sociedades beneficiarias pues como ya dije anteriormente, los socios de la sociedad escindida reciben las acciones de las sociedades

beneficiarias en proporción o cuota a la participación que cada uno tiene en la sociedad escindida (art. 252 numeral 2 LSA).

Esta característica es la que sirve para diferenciarla de la aportación de rama de actividad donde la destinataria de las acciones emitidas por la sociedad beneficiaria no son los socios sino la misma sociedad escindida.

Ahora bien, cosa distinta es que producida las distintas escisiones los socios de la sociedad escindida y beneficiarios de las nuevas acciones las enajenen a un tercero con el fin de no incurrir en los criterios de concentración como para ser agrupado en el *Holding* , logrando —como señala CERDÁ— mediante la escisión —o en operaciones combinadas con la misma— una reducción de los criterios cuantitativos, esto es, el volumen de negocios o cualitativo: la alteración del ámbito operativo de la sociedad escindida, con el fin de retornarla a los niveles de concentración permitidos¹⁰.

3. LA ESCISIÓN COMO UN ELEMENTO DE REVERSIÓN EN LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

Señala la doctrina que la escisión es un instrumento a partir del cual se logra reversar operaciones como la de una fusión o cualesquiera otra usada que hubiera dado lugar a técnicas concentradoras de empresas.

Más en la práctica la dificultad de utilizar esta operación debido a los altos costos económicos y de otra índole —especialmente los largos períodos que duran las actuaciones legales para llegar a ese fin— han llevado a que se adopten medidas diferentes como la enajenación de la empresa¹¹.

10 CERDA, *op.cit.*, pág. 94.

11 CERDA, *op.cit.*, págs. 91 y 92 trae unas citas extensas sobre los casos donde se desmontan las operaciones de concentración, como la fusión, señalando como ejemplos, en la República Federal Alemana, Springer/Elbe Wochenblatt o Anzeigenblatter; o en el Reino Unido a Supply of beer. No sucede lo mismo con la práctica legislativa norteamericana donde la extensa legislación desconcentradora que va desde la famosa ley Sherman Act 1890, pasando por la Clayton Act de 1914 hasta Antitrust Procedural Improvement Act 1980... generó la escisión múltiple y total de compañías como American Tobacco en 1911 hasta llegar a casos más recientes como AT&T en 1984. —véase: GWYNNE, PETER, *Journal: Research Technology and Management, AT&T Grafting Bell Labs's...* vol. 41 mayo/junio 1998 págs. 3-5; IBM/Rhon; o KPGM Peat Marwick and Ernest & Young separados vía *split-up* por razones de competitividad, en Fruehauf Trailer en SANTOLI, MICHAEL, "Junked" en *Journal Barron's*, vol. 185, abril 1998.

Prueba de ello, es que el legislador español ha previsto un régimen bastante rígido para llevar a cabo la nulidad de las operaciones como la fusión y escisión. En efecto, el art. 246 de la ley de S.A. española prevé que la acción de nulidad contra una fusión —aplicable también a la escisión— ya inscrita en el registro sólo podrá basarse en la nulidad o anulabilidad de los correspondientes acuerdos de la junta general señalando además un término de seis meses para el ejercicio de la acción de nulidad o anulabilidad so pena de caducidad.

4. REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

La competitividad de las empresas constituye en la actualidad uno de los pilares esenciales en el mundo globalizado. Ellas deben buscar más y mejores herramientas que le permitan sobrevivir en el mercado mundial. En este contexto, la escisión es, sin duda, un mecanismo a través del cual puede lograrse el objetivo en mención según se expuso anteriormente.

Nuestra legislación colombiana es más bien *discreta* a la hora de abordar el tema de la escisión en el ámbito del derecho de la competencia, lo que no debe resultarnos extraño pues la tipificación legal de la escisión para el sector real de la economía se llevó a cabo con la expedición de la Ley 222 de 1995 y su desarrollo en la doctrina nacional y jurisprudencial ha sido más bien escaso.

Así las cosas, el artículo 8° de la ley en mención prevé para efectos del perfeccionamiento de la escisión la obligación de adjuntar con la escritura pública del respectivo acuerdo, "...El permiso para la escisión en los casos en los que, de acuerdo con las normas sobre prácticas comerciales restrictivas fuere necesario".

La Superintendencia de Industria y Comercio ha identificado en punto de los procesos de integración —logrados también mediante la escisión— algunos criterios a partir de los cuales debe evaluarse dicha integración, tales como la descripción de la operación, identificación del mercado en relación con el producto, los consumidores, los competidores y la zona o extensión geográfica donde opera la sociedad; los proveedores y canales de distribución y algunos otros de carácter general como la identificación de la empresa y sus accionistas, el volumen de sus ventas y las condiciones a partir de las cuales ingresan

los productos importados a país. (Circular externa n° 13 del 3 de septiembre de 1999).

Sin duda todos esos criterios orientadores y más objetivos en la precisión de los elementos a partir de los cuales se evalúa la escisión como un mecanismo que, en el marco de los procesos de integración, afecta o no el derecho de la competencia y en particular las prácticas restrictivas.

SECCIÓN III

ALGUNOS ARTÍCULOS PREPARADOS
PARA LA PRENSA Y REVISTAS
POR
ALFONSO MIRANDA LONDOÑO

LOS OBJETIVOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Desde que el nuevo superintendente de Industria y Comercio se posesionó hace algo más de seis meses, la entidad a su cargo ha iniciado varias investigaciones por la presunta violación de las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal, entre las cuales se destacan las siguientes:

Investigación por presunta competencia desleal contra COMCEL, a quien se acusa del ofrecimiento de servicios comunicaciones internacionales utilizando el protocolo Internet (voz sobre IP).

Investigación por presunta competencia desleal contra SATENA, a quien se acusa del ofrecimiento de servicios de transporte aéreo de pasajeros, sin someterse al régimen aeronáutico.

Investigación por presunta violación de las normas sobre prácticas restrictivas contra los fabricantes de gaseosas, a quienes se acusa fijación de precios y repartición vertical de mercados.

Investigación por presunta violación de las normas sobre prácticas restrictivas contra las lonjas de propiedad raíz y sus afiliados, a quienes se acusa de fijación de precios.

Investigación por presunta violación de las normas sobre prácticas restrictivas contra las principales aerolíneas que operan en Colombia, a quienes se acusa de fijación de precios.

Investigación por presunta violación de las normas sobre prácticas restrictivas contra los operadores celulares, a quienes se acusa de fijación de precios y discriminación.

Como se puede observar, el Estado colombiano se ha decidido, finalmente, a aplicar de manera seria el derecho de la competencia.

En vista de esta determinación, resulta de la mayor importancia establecer cual es el objetivo u objetivos que debe perseguir la autoridad de la competencia al aplicar este tipo de normas, ya que sobre este punto siempre han existido posiciones opuestas: Algunos pretenden que el derecho de la competencia se aplique con el objetivo único de perseguir y acabar con los monopolios y la concentración económica, mientras que otros pretenden que tales normas se apliquen para proteger las condiciones de competencia y eficiencia en los mercados y buscar como finalidad última el beneficio de los consumidores.

Al abordar esta discusión, debe recordarse que la Asamblea Nacional Constituyente consagró en la Constitución Política de 1991, por primera vez en la historia de nuestro país, el derecho a la libre competencia como un derecho constitucional de todas las personas y ordenó la intervención del Estado con el fin de impedir que se restrinja la libertad económica y que se abuse de la posición dominante en el mercado.

Resulta entonces claro que nuestro ordenamiento constitucional no considera que los monopolios de hecho, ni el mantenimiento de posiciones de dominio en los mercados sean indeseables en sí mismos, siempre que dicha posición monopolística o dominante no sea adquirida o sostenida mediante la realización de prácticas restrictivas de la competencia dentro de las cuales se incluyen las de abuso de la posición dominante en el mercado.

Por el contrario, del análisis de las normas legales sobre la materia, se deduce que el principal objetivo del derecho de la competencia en Colombia, es el de incrementar el bienestar del consumidor. Para el efecto, la legislación persigue el mejoramiento de la eficiencia del aparato productivo nacional, que las empresas puedan participar libremente en los mercados, y que los consumidores encuentren mayor cantidad y variedad de bienes y servicios de mejor calidad a un mejor precio.

En vista de lo expuesto, considero que sería un retroceso frente al desarrollo actual de la política de competencia en nuestro país, que se pretendiera utilizar el derecho de la competencia con el fin principal de redistribuir la riqueza o de eliminar las posiciones dominantes o monopolísticas en los mercados.

Si bien es cierto que Colombia acusa desde hace mucho tiempo de una gran concentración del ingreso, la riqueza, la propiedad accionaria y los medios de producción, también lo es que la política de la competencia no es el mecanismo llamado corregir tales desequilibrios,

y que su errónea o desorbitada aplicación puede convertirse en un factor de perturbación de la economía de mercado, como lo anuncia el profesor BORK en el título de obra principal: *La paradoja antitrust, una política en guerra consigo misma*: es decir, que el Estado expide la legislación de la competencia para preservar la libertad económica, pero su aplicación excesiva o errónea termina por convertirse en un enemigo implacable de la misma libertad de empresa que se pretendía proteger.

APPLICATION OF COMPETITION LAW IN COLOMBIA

1. INTRODUCTION

Colombia, like most of the countries in Latin America, is in the dawn of the formation of its competition law and policy.

In most of these countries there was an initial expression of competition law in the fifties and sixties, as a reaction to the development of this area under the Treaty of Rome and in the United States.

However in this initial approach very little was achieved in the formation of competition as a state policy. The reason for this lack of development, was that the structure of these economies, influenced by Cepaline lines of thought, did not permit a full development of the legal framework, but more important, foreclosed the general acceptance of the philosophical principles underlying competition policy.

It was only at the end of the eighties and during the nineties, that Latin American countries made a new approach to competition law, enacting laws and creating and restructuring its competition authorities, as a logic consequence of the introduction of the open market theories and the internationalization of the economy¹.

1 We have hence seen in the last few years the restructuring of the Superintendence of Industry and Commerce -sic- in Colombia, the formation of Procompetencia in Venezuela, Indecopi in Peru, Cade in Brazil and Clicac in Panama, and the developments of competition law in Argentina, Chile, Mexico, etc.

In Colombia this new era started when the Government of President CÉSAR GAVIRIA², using special constitutional powers granted by transitory article 20 of the 1991 Constitution³, issued Decree 2153 of 1992, and restructured the Superintendence of Industry and Commerce (hereinafter referred to as SIC). This special Decree included new rules regarding competition promotion, anti-competitive practices, and created three new capacities within SIC: The Superintendent Delegate for Promotion of Competition, the Division for Promotion of Competition and the Advisory Council of the Superintendent in Competition matters⁴.

According to article 66 of Law 489, 1998, a Superintendence is an administrative organism created by the law, that exercises functions of investigation and surveillance delegated by the President, duly authorized by the law, or granted directly by it⁵.

SIC is a high administrative police organization, whose general aim is the protection of economic public order and the preservation of free and loyal competition⁶. In addition to its capacity in regard to anti-

-
- 2 It is important to explain that the introduction of internationalization and liberalization of the colombian economy started with President VIRGILIO BARCO (1986-1990), was mainly perfected under actual Secretary General of OAS, President CESAR GAVIRIA, suffered great decay under President ERNESTO SAMPER (1994-1998), and is in its way to recovery under President Andrés Pastrana (1998-2002).
 - 3 The 1991 Constitution was issued by a Constitutional Assembly democratically gathered under the supervision of the Government and replaced the 1886 Constitution, which most important reforms were made in 1910, 1936, 1945, 1968 and 1985. It is also important to point out, that the 1991 Constitution for the first time in the history of Colombia, includes free competition as a specific economic right. Article 333 of the Constitution says that "...Free economic competition is a right of everyone that supposes responsibilities."
 - 4 Decree 2153 of 1992 therefore has a special constitutional origin, it has the same importance and stature as a law issued by Congress, and its constitutionality was already challenged and approved by the Council of State.
 - 5 Law 489, 1998, replaced Special Decree 1050, 1998, that referred to the organization of the executive branch of power.
 - 6 Specific objectives of SIC are listed by article 2° of Decree 2153, 1992, which states that the acts of SIC are performed "...in order to achieve, in particular, the following ends: improve efficiency of national productive infrastructure, that consumers are free to choose and have access to markets for goods and services, that enterprises can participate freely in the markets, and, that a variety of prices and qualities of goods and services coexists in the market".

It is generally considered in Colombia as in many other parts of the world, that the teleological nature of competition law points out to consumer welfare; which means that as a consequence of the application of competition laws, consumers should be able to buy a larger amount of goods and services of a wider variety and a higher quality, paying lower prices.

competitive practices, Law 446, 1998, gave SIC judicial authority to apply the Unfair Trade Law⁷ using the procedure contained in Decree 2153, 1992.

Due to the public interest nature of its activity, there is no need to demonstrate a special interest in order to request SIC to act in protection of free competition: any person can denounce the violation of competition laws, and SIC can also start an investigation on its own initiative⁸.

The activity of SIC is aimed towards the investigation and sanction of anti-competitive and unfair trade conducts. The punishments imposed by SIC consist in the prohibition to continue with the investigated conduct and the imposition of fines that can go up to US\$330.000,00 for each infraction for the enterprise and US\$50.000,00 for the directors and legal representatives that performed or allowed the practice.

SIC does not calculate the damages inflicted to any particular person because of the infraction and it does not order the indemnification of those damages. Even in the investigation of unfair trade practices, the intervention of SIC ends at the declaration of the existence of unfair trade, the prohibition to the accused to continue with the practice, and the imposition of fines. Those affected by anti competitive or unfair trade practices may seek relief of the damages they have suffered, before the civil courts.

2. MAIN PROBLEMS IN THE APPLICATION OF COLOMBIAN COMPETITION LAW

As stated before, the 1991 Constitution, referred to free economic competition as an economic right of the people for the first time in colombian constitutional history. As a result of the constitutional status of competition law, the legislative (Congress or Government in use of extraordinary faculties) issued special competition rules for different sectors of the economy, and has created additional competition authorities.

7 It is necessary to explain that before Law 446, 1998, unfair trade practices were only examined by the judiciary, using the general civil procedure, and according to the special law for the subject, Law 256, 1996.

8 There is debate as to the capacity of SIC to initiate without denounce, unfair trade investigations, due to the judicial nature of the unfair trade claim.

The most important problems that Colombia faces in the application of its competition policy, is that of the proliferation of the legislation and competition authorities. The system of competition law in Colombia is conformed by what I have called the “General Free Competition Regime”, applied by SIC to all economic activities, in the absence of a “Special Free Competition Regime”.

Within this structure, the “General Free Competition Regime” and SIC do not have more importance or authority than the “Special Free Competition Regimes” and acts of special competition authorities. This circumstance is beginning to create a problem because there are important differences in the laws and in the interpretation made by special authorities.

The system of competition law in Colombia is conformed by the following laws and authorities:

General Free Competition Regime: Mainly composed by Law 155, 1959 (anti-competitive practices) and its Decree 1302, 1964; Special Constitutional Decree 2153, 1992 (anti-competitive practices)⁹; Law 256, 1996 and Law 446, 1998 (unfair trade practices). This laws and decrees are applied by SIC. In the case of unfair trade practices the plaintiff can choose between SIC and the civil courts. In all cases as explained before, affected parties have to seek indemnification of damages before the civil courts.

Special Free Competition Regime for the Financial and Insurance Systems: Included in the Organic Statute of the Financial and Insurance System, contained in Decree 663, 1993. This statute compiled the rules contained in Law 45, 1990, which were later included in Decree 1730 of 1991. Decree 663, 1993 contains special provisions against anti-competitive and unfair trade practices. Competition authority is the Superintendency of Banks.

Special Free Competition Regime for the Port Sector: Included in Law 1, 1991, which contains special provisions against anti-competitive and unfair trade practices. Competition authority is the Superintendence of Ports.

Special Free Competition Regime for Public Residential Services: Included in Law 142, 1994, which contains special provisions against anti-competitive and unfair trade practices in the public residential

9 The General Free Competition Regime calls for investigation of: a) concentration of administrative positions in competing entities, b) mergers and take overs, c) anti-competitive agreements, d) anti-competitive unilateral acts, and e) abuse of dominant position.

services of electricity, gas, water and sewer, and telecommunications. This law creates three new authorities for promotion of competition: a) the Commission for Regulation of Energy and Gas - CREG, b) the Commission for Regulation of Drinkable Water and Sewer - CRA, and c) the Commission for Regulation of Telecommunications - CRT. Additionally, the law creates a competition authority for investigation and sanction of anti-competitive practices in these public services: the Superintendence of Residential Public Services - SSPD.

Special Free Competition Regime for Telecommunications: The telecommunications sector is subject to a triple competition regime, which makes very difficult to obtain the goals of competition law: a) basic telephony is a residential public service subject to the Special Competition regime for Public Residential Services; b) cellular telephony, trunking, value added, radio and other services are subject to the General Free Competition Regime; and c) television is subject to special rules issued by the National Television Commission – CNTV, an organism of constitutional origin that creates and applies the competition rules for television.

Special Free Competition Regime for the Health Sector: Included in Law 100, 1993, and Decree 1616, 1994, which contains special provisions against anti-competitive and unfair trade practices. Competition authority is SIC.

PROCEDURE AND CASES

According to article 52 of Decree 2153, 1992, all investigations initiated by SIC have two stages: a preliminary investigation and a formal investigation. SIC will initiate a formal investigation when it has gathered enough evidence to accuse a person or enterprise for violation of the competition statutes.

Once the decision for initiation of a formal investigation is notified to the accused, it will have the opportunity to request the introduction of additional evidence to the file, according to the general evidence rules. It will thus file documents, request testimonies, expert opinions, etc.

In any moment within the course of the investigation, the accused may offer the Superintendent guaranty that he will stop the practice. If the Superintendent, at his own discretion, finds this guarantee acceptable, it can admit it and terminate the investigation immediately without

sanctions. Violation of the guaranty by the accused will produce immediate sanctions.

If a guarantee is not offered or accepted, the investigation is terminated by the presentation of a case summary prepared by the Delegate for Promotion of Competition, who will recommend either to close the case, or to impose sanctions. If the Superintendent is prepared to impose sanctions, he will summon the Advisory Council. The opinion of the Council, however, is not mandatory for the Superintendent.

After this, the Superintendent will issue his decision, which will be contained in a resolution. The investigated can only request reconsideration of this resolution to the Superintendent. After that, the administrative procedure is finished, and the affected can go to the administrative jurisdiction to seek the declaration of nullity of the decision.

It is important to explain that to this date, SIC has not imposed sanctions for violation of competition laws, nor has it impeded any merger. SIC has so far decided around fifty cases, which have been terminated either because SIC has closed the investigation for lack of merits, or because it has accepted guaranties.

It is possible to classify the history of the activity of SIC in three very different stages:

Reduced Application: From the issuance of Law 155, 1959 to the expedition of Decree 2153, 1992, there were very few cases initiated by SIC. The lack of application of competition laws has been linked to the economic model of substitution of import goods applied in Colombia as well as in the rest of Latin America, and lack of political will of the Government to apply the law.

Promotion of Competition and Acceptance of Guaranties: From the expedition of Decree 2153, 1992 to 1998, SIC has investigated, fifty cases in which it has accepted guaranties. These cases have dealt with issues of horizontal and vertical price fixing, horizontal and vertical market distribution, discrimination, sharing of information and other issues.

Non Acceptance of Guaranties and Intensive Application: In 1998 SIC refused in at least four occasions to accept guaranties indicating in this way that is prepared to impose sanctions. In 1999, the new Superintendent has initiated investigations in many areas of the economy and has started the application of the unfair trade practices law, Law 256, 1996, creating great expectation in the country.

LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA EN EL PRESENTE GOBIERNO

La libre competencia económica fue consagrada por el artículo 333 de la Constitución Política de 1991 como “...un derecho de todos que supone responsabilidades”, lo cual quiere decir en general, que todas las personas tienen derecho a participar en los mercados en condiciones de igualdad, y que los consumidores tienen derecho a escoger bienes y servicios en condiciones de libre competencia. Para el efecto la propia Constitución propone la intervención del Estado con el fin de evitar que se obstruya o se restrinja la libertad económica, y de impedir o controlar “...los abusos que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”.

En la actualidad se considera que el principal objetivo de la política de la competencia es el de incrementar el bienestar del consumidor, para lo cual el Estado, al aplicar las normas sobre libre competencia, debe buscar el mejoramiento de la eficiencia del aparato productivo nacional, que las empresas puedan participar libremente en los mercados, y que los consumidores encuentren mayor cantidad y variedad de bienes y servicios de mejor calidad a un mejor precio. De la aplicación de la política de la competencia depende por lo tanto, la diferencia entre el capitalismo salvaje y la economía social de mercado a la cual pretendemos llegar.

Si bien Colombia cuenta con legislación sobre este tema desde la expedición de la Ley 155 de 1959, la verdadera aplicación de esta fundamental política estatal no se inició sino hasta que la Constitución Política de 1991 consagró por primera vez en nuestra historia constitucional el derecho de la competencia y el gobierno del presidente GAVIRIA dictó el decreto 2153 de 1992, por medio del cual se reestructuró

la Superintendencia de Industria y Comercio y se actualizó la legislación sobre promoción de la competencia.

No puede negarse que la política de la competencia ha tenido importantes avances en los últimos seis años, pero es necesario reconocer igualmente, que como consecuencia de la consagración constitucional del derecho a la libre competencia, se ha producido en Colombia una extraordinaria explosión legislativa sobre el tema, que ha llevado a la creación de una multitud de autoridades de la competencia en distintas áreas de la actividad económica, todas ellas con la misma importancia, las cuales aplican normas disímiles y criterios diversos sobre los mismos fenómenos, en lo que se ha manifestado como una gigantesca torre de babel de la libre competencia, en perjuicio del avance conceptual, doctrinal y jurisprudencial del tema, y sobre todo, de los intereses de los consumidores que deberían resultar favorecidos por su aplicación.

El actual presidente de la República prometió dentro de su campaña que aplicaría la legislación de promoción de la competencia existente y crearía los nuevos instrumentos jurídicos que se requieran para su eficaz implementación.

Como medida importante para el cumplimiento de sus programas, el gobierno debería proponerse la unificación de la legislación de la competencia, hoy día dispersa y carente de armonía, así como la estructuración de una autoridad única de la competencia que permitiera la aplicación uniforme de las normas.

Para el efecto se ha propuesto desde hace tiempo, la creación de una especie de “Comisión Nacional para la Promoción de la Competencia”, como un órgano colegiado de naturaleza administrativa, independiente del gobierno, el cual tendría a su cargo la aplicación de la política estatal de libre competencia en todas las áreas de la actividad económica con criterios eminentemente técnicos. Por razones de economía y especialidad, las investigaciones serían instruidas por las respectivas autoridades de inspección y vigilancia en cada sector, y correspondería a la Comisión Nacional la decisión de los casos mediante actos administrativos susceptibles de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Es importante además, que en el entretanto el gobierno dote a las actuales autoridades de la competencia de los recursos necesarios para el desarrollo de su función, y que los recién nombrados funcionarios apliquen en forma integral las normas existentes.

EL RÉGIMEN DE COMPETENCIA EN EL PROYECTO DE LEY DE TELECOMUNICACIONES

El título XI del Proyecto de Ley de Telecomunicaciones que el gobierno piensa presentar a consideración del Congreso de la República, se refiere al régimen de competencia para el sector.

Resulta de fundamental importancia para el sector de las telecomunicaciones, unificar, hasta donde sea posible, las reglas sobre competencia, ya que en la actualidad el sector se encuentra sometido a tres regímenes diferentes de libre competencia: los servicios públicos no domiciliarios de telecomunicaciones se someten al régimen general de libre competencia compuesto principalmente por la Ley 155 de 1959 y el decreto 2153 de 1992; los servicios públicos domiciliarios de telecomunicaciones se someten al régimen especial contenido en la Ley 142 de 1994; y los servicios de televisión se someten al régimen especial contenido en la Ley 182 de 1995 y la Ley 335 de 1996.

Cada uno de estos regímenes de libre competencia tiene sus propias particularidades y es interpretado de manera disímil por las diferentes autoridades encargadas de aplicarlos, razón por la cual resulta de suma importancia unificar dichas normas.

El proyecto de ley establece un régimen único de libre competencia para el sector de telecomunicaciones, aplicable a servicios públicos domiciliarios y no domiciliarios de telecomunicaciones. Los servicios de televisión continúan regidos por sus propias normas y autoridad de la competencia.

En el régimen propuesto las autoridades de la competencia son dos: la Comisión de Telecomunicaciones, que es una autoridad de promoción de la competencia a través de la regulación; y la Superintendencia de Industria y Comercio, que es la autoridad de inspección, vigilancia y

control del régimen de libre competencia para el sector de telecomunicaciones.

En adición a las facultades que ya le han sido otorgadas por otras normas, el proyecto le confiere a la Superintendencia de Industria y Comercio, facultades jurisdiccionales para declarar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia y prácticas de competencia desleal, así como para ordenar la indemnización de los perjuicios que se ocasionen con dichas conductas. La decisión jurisdiccional de la Superintendencia de Industria y Comercio, es susceptible del recurso de apelación ante el Consejo de Estado.

El régimen de competencia para el sector de telecomunicaciones que propone el proyecto de ley, tiene una estructura similar a la del régimen general de libre competencia que ya aplica la Superintendencia de Industria y Comercio. El título está dividido en seis capítulos que tratan de las disposiciones generales, las prácticas restrictivas de la competencia, las normas de competencia relacionadas con tarifas, el control a las fusiones y concentraciones jurídico-económicas, las normas de competencia relacionadas con usuarios y los procedimientos y sanciones.

Dentro de las prácticas restrictivas de la competencia, al igual que sucede en el régimen general, el proyecto identifica acuerdos anticompetitivos, actos anticompetitivos y conductas de abuso de la posición dominante en el mercado.

INTERNATIONAL LONG-DISTANCE TELEPHONY USING INTERNET PROTOCOL RULED ILLEGAL

In March of this year the Superintendency of Industry and Commerce (SIC) decided one of its most important cases so far.

Using the judicial powers granted by Laws 446, 1998 and 510, 1999 the SIC ruled that COMCEL, a Cellular carrier, entered in unfair trade by offering international long-distance calls to its customers, using the Internet Protocol. The SIC ordered COMCEL to stop providing the service, imposed the maximum fine available under the law, which is the equivalent to US \$250,000.00, and said it would evaluate damage claims from the plaintiffs¹.

COMCEL argued that the service was not "basic switched international telephony", but a value added service provided by Rey Moreno S.A., a different company that was using the latest technology to carry voice using the Internet Protocol.

The process started in December 1998 when three international long distance carriers licensed by the Ministry of Communications to operate in Colombia, TELECOM, ETB and ORBITEL, sued COMCEL under the unfair trade practices law (1996), and requested the SIC that the service be stopped immediately.

The SIC found that the accusations made by the licensed carriers were of a serious nature, and that the conduct of COMCEL had the potential to harm competition, and it issued a restraining order prohibiting COMCEL to provide and announce the service while the investigation was in progress. However, COMCEL guaranteed with a bond the damages

¹ COMCEL can still put up a motion to revoke the decision with the SIC

that its conduct could produce to the plaintiffs, and the SIC allowed COMCEL to continue providing the service, which it did for some months.

The investigation for unfair competition was not the only one initiated against COMCEL for the conduct described above:

- In February of this year the Ministry of Communications found that COMCEL and Rey Moreno had violated the communications act with the international long distance IP telephony service they were offering. The Ministry imposed a fine in the equivalent to US \$50,000.00.
- Still pending is an investigation at the Telecommunications Regulatory Commission – CRT, aimed to decide if it will submit IP telephony to Law 142, 1994 (Public residential Services Law), and its own regulation; case in which IP telephony will be subject to the same legal standards as basic telephony.

After collecting the evidence, the parties submitted their final arguments and the SIC produced its decision. It found that COMCEL acted against article 60 of Decree 741, 1993, which orders cellular carriers to route international calls through duly licensed international long distance carriers. Once this violation was established, the SIC concluded that COMCEL obtained a significant competitive advantage through the violation of the law, and that this conduct was unfair competition under article 18 of Law 256, 1996.

In addition, the SIC found that the capturing of costumers obtained by COMCEL was unfair competition under article 8 of Law 256, 1996.

NEW SUPERINTENDENCY OF INDUSTRY AND COMMERCE

In July, the Government used the extraordinary powers granted to it by Congress under article 120 of Law 489, 1998, which allow it to close down, restructure or transform entities and dependencies of the executive branch in order to improve the efficiency and reduce the cost of State administration, to introduce amendments to the competition regime.

Some of the most important changes intruded under article 120 will have the effect of fostering competition policy, an issue the present administration has made a priority.

The application of competition law will rest principally with two authorities: The Superintendency of Banks, for the financial and insurance sector, and the Superintendency of Industry and Commerce for all other sectors of economy.

The Superintendency of Industry and Commerce has been entrusted with monitoring violations of the competition law in the provision of utilities. The national copyright Institute, a body attached to the Ministry of Interior will be dissolved. Its functions will be transferred to the Superintendency of Industry and Commerce.

The Superintendency of Industry and Commerce has also been given a watchdog function over cellular phone services, which will include monitoring compliance with clauses establishing minimum periods of permanency as well as imposing penalties for early termination of contracts related to the garantinh of such services, ensuring yhat such clauses are signed independently of those agreed on the contracts.

The Superintendency has also beem assigned the functions of deciding appeals against decisions on requests, complaints, and demands related to non-domestic telecoms services.

The Law on mergers and acquisitions, intellectual property and unfair competition has thus been streamlined. Competition law received a further boost with the passing of Law 510 of August 3 1999, under which the Superintendency of Banks is given additional powers over the securities market.

The Law introduces the possibility of appeal to the courts against decisions of the superintendency of Industry and Commerce in unfair competition cases which it fails to investigate or in which it fails to reach a finding. The Superintendency has been empowered to redress damage produced by unfair trade practices .

What is now needed is to allocate to the Superintendency of Industry and Commerce sufficient resources to be able to expand its role and make good use of the tools it has at its disposal, with a view to promoting and protecting open and fair competition and consumers rights.

Although a recent decision by the constitutional court could result in a setback to the new legislation, the Government has announced that the reform will be implemented in any event.

KEY DECISIONS RAISE AUTHORITY'S PROFILE

The main Colombian Competition Authority, the Superintendency of Industry and Commerce (SIC), has concluded several important investigations in the past months, and is ready to make a final decision in many others. The following are some of the most important decisions that SIC has issued.

- *Unfair Trade:* SIC decided a case in favor of Pfizer, who complained for unfair trade practices in the publication of statements against the use of Viagra.
- *Merger Control:* SIC decided a case against AVIATUR, a leading travel agency which failed to request permission before entering into a franchise scheme with several small agencies. SIC found that these contracts in fact concentrated the market, were thus equivalent to mergers, and that AVIATUR should have filed a petition before signing them.
- *Investigation Power:* SIC imposed a fine to Gillette, for failing to cooperate with SIC officials who were sent to carry out an administrative visit in the company's head office.
- *Horizontal Price Fixing:* SIC reached a settlement with some of the most important milk producers, who were charged with horizontal price fixing. The settlement included promises to refrain from printing the price in the body of the product and fixing the price at which the wholesalers should sell the product to the retailers. It also included a promise to inform SIC of price changes, and the payment of a

performance bond as collateral to guarantee compliance with the terms of the settlement.

- *Influence in Prices:* SIC fined a manufacturer of water meters for influencing their retailers to sell their products at higher prices. This kind of practice had not been studied before by SIC, and together with several opinions and unsolved cases, has created an intense debate related to the legality of Resale Price Maintenance in Colombia.

Through these important decisions SIC has demonstrated it has the political and intellectual muscle to apply competition law and policy, and the market is beginning to take more seriously its investigations.

In the coming weeks SIC will decide very important cases that will become landmarks in Colombian Competition Law. To mention some of the most important, it will soon reach a final decision on the unfair trade complaint filed by the long distance carriers against COMCEL, a cellular operator that was providing international long distance using the internet protocol.

There is another pending investigation for unfair trade practices brought by private airlines against Satena, the military-owned airline that competes in several routes without abiding with the aviation regulations.

In the area of anti competitive practices, SIC has made progress in several investigations related to horizontal and vertical price-fixing and market distribution. Two of the most important refer to the soft drink industry which is charged with horizontal and vertical price fixing and market distribution agreements, and to the airlines which have been charged with horizontal price fixing agreements in relation to ticket refunding fees.

SECCIÓN IV

DOCTRINA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

CASO DEL CEMENTO

Por su trascendencia en el área del derecho de la competencia hemos considerado importante incluir esta resolución en este IV tomo del CEDEC.

MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN N° 17464 DE 1999

Por medio de la cual se cierra una investigación en contra del Instituto Colombiano de Productos de Cemento y unas fábricas productoras de cemento gris y se aceptan unas garantías.

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO *AD HOC*

De conformidad con la designación hecha mediante Resolución ejecutiva n° 90 de 1998, en uso de sus atribuciones legales y, en especial, las conferidas en los numerales 1° y 3° del artículo 11 del Decreto 2153 de 1992 y,

CONSIDERANDO

Primero: Que se recibieron varias comunicaciones que denunciaron la zonificación y monopolización del mercado por parte de los productores de cemento gris que abastecen los diferentes departamentos, en

menoscabo del derecho a la libre competencia e incrementando el precio al consumidor final (radicaciones n° 96027782, 96037817, 96060216).

Segundo: Que mediante auto n° 000033 de agosto 30 de 1996, se inició una averiguación preliminar con el fin de determinar la necesidad de “realizar o no una investigación por presunta infracción a las normas de libre competencia y prácticas comerciales restrictivas”.

Tercero: Que adelantada la averiguación preliminar, la Superintendencia de Industria y Comercio expidió la Resolución n° 318 de 1997 del 6 de marzo de 1997 por medio de la cual se ordenó abrir una investigación en contra del Instituto Colombiano de Productores de Cemento y las fábricas productoras de cemento gris que se relacionan en el numeral siguiente.

Cuarto: Que en dicha resolución y como consecuencia de la indagación preliminar, se establecieron los productores de cemento gris en el país, la ubicación de sus plantas de producción y los nombres de sus marcas de la siguiente manera:

PRODUCTORES

Cementos Diamante S.A., con domicilio en Santa Fe de Bogotá D.C., constituida en 1927, mediante escritura pública n° 1106 de la Notaría Tercera de Bogotá, cuyo objeto social principal consiste entre otros, en la producción, distribución, venta y transporte de toda clase de cementos.

Industria e Inversiones Samper S.A., con domicilio en Santa Fe de Bogotá D.C., constituida el 20 de abril de 1929, mediante escritura pública n°. 1195 de la Notaría Primera de Bogotá, cuyo objeto social principal, consiste entre otros, en la explotación de fábricas de cementos artificiales y de cales.

Cemento Argos S.A. con domicilio principal en la ciudad de Medellín, constituida con escritura pública n° 472 de 1934 de la Notaría Segunda de Medellín, cuyo objeto social principal consiste en la explotación de la industria de cemento, la producción de mezclas de concreto y de cualquiera otros materiales o artículos a partir del cemento, cal o arcilla.

Cementos del Nare S.A., con domicilio en Medellín, es subsidiaria, participa con el 15.06% de sus acciones.

Cementos del Caribe S.A., con domicilio en Barranquilla, es filial, posee el 64.93% de sus acciones.

Cementos del Valle S.A., con domicilio en la ciudad de Cali, es subsidiaria y posee el 27.47% de sus acciones.

Cementos del Cairo S.A. con domicilio en Medellín, es filial, posee el 94.86% de sus acciones.

Cementos Río Claro S.A., con domicilio en Medellín, es subsidiaria, posee el 18.88% de sus acciones.

Cementos de Caldas S.A., con domicilio en Manizales, es subsidiaria y posee el 24.26% de sus acciones.

Cementos Boyacá S.A., con domicilio en Santa Fe de Bogotá D.C., fue constituida en 1955, mediante escritura pública No. 3571 de la Notaría Segunda de Bogotá, cuyo objeto social principal, consiste entre otros, en la producción, distribución, compraventa, importación, exportación, suministro, y en general, comercialización en cualquier forma de calizas y sus derivados, yeso y sus derivados, cementos y otros aglomerantes hidráulicos, concretos y otros productos para la construcción.

Cementos Paz del Río S.A., con domicilio en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, fue constituida mediante escritura pública n° 0172 de la Notaría Cincuenta y Dos de Bogotá, cuyo objeto social principal, consiste entre otros, en la producción de cemento en todas sus fases y formas industriales o comerciales, en terrenos y fábricas propias o ajenas en el país o en el exterior.

UBICACIÓN PLANTAS DE PRODUCCIÓN Y MARCAS PRODUCIDAS

| Cementera | Ubicación | Planta |
|---------------------------|------------------------------|-------------|
| Cementos Diamante Samper | La Calera y Sopó (Antioquia) | Samper |
| Cemento Argos S.A. | Medellín (Antioquia) | Argos |
| Cementos del Nare S.A. | Medellín (Antioquia) | Nare |
| Cementos del Caribe S.A. | Barranquilla (Atlántico) | Caribe |
| Cementos del Valle S.A. | Yumbo (Valle) | Valle |
| Cementos del Cairo S.A. | Medellín (Antioquia) | El Cairo |
| Cementos Río Claro S.A. | Sonsón (Antioquia) | Río Claro |
| Cementos de Caldas S.A. | Manizales (Caldas) | Caldas |
| Cementos Boyacá S.A. | Nobsa (Boyacá) | Boyacá |
| Cementos Paz del Río S.A. | Belencito (Boyacá) | Paz del Río |

Quinto: Que en la misma resolución se señaló que Cementos Diamante S.A., e Industria e Inversiones Samper S.A., actúan como un solo

agente económico en el mercado y que, para efectos de esa resolución, se denominaron el *Grupo Diamante*.

Sexto: Que en la misma resolución se advirtió que el 14 de agosto de 1996 la Compañía de Cemento Argos S.A. registró ante la Cámara de Comercio de Medellín, que controla a las empresas productoras de cemento Cementos del Nare S.A., Cementos del Caribe S.A., Cementos del Valle S.A., Cementos del Cairo S.A., Cementos Río Claro S.A. y Cementos de Caldas S.A. y que por tal razón y para efectos de dicha resolución, el conjunto de estas empresas se denominaría *Grupo Argos*.

Séptimo: Que por medio de ese acto administrativo se ordenó investigar a las personas naturales y jurídicas que se citan a continuación y determinar las siguientes conductas:

| Investigado | Posible infracción |
|---|---|
| Instituto Colombiano de Productores de Cemento ICPC | Distorsión de las condiciones de libre competencia en el mercado del cemento gris en el territorio nacional, en contravención a lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, a través del intercambio de información sobre precios y monto diario de despachos de cemento gris a las diferentes regiones, entre los distintos productores de cemento gris. |
| Cemento Diamante S.A., Industria e Inversiones Samper S.A., Compañía de Cemento Argos S.A., Cementos Nare S.A., Cementos Caribe S.A., Cementos del Valle S.A., Cemento del Cairo S.A., Cementos Río Claro S.A., Cementos de Caldas S.A., Cementos Boyacá S.A. y Cementos Paz del Río S.A. | Violación de la prohibición establecida en el numeral 3° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por presunto reparto del mercado de cemento gris en el país, a través de disminuciones y participaciones proporcionales, en diferentes regiones del país. |
| CARLOS ALBERTO OSSA MORENO en su condición de representante legal del Instituto Colombiano de Productores de Cemento. | Autorización, ejecución o tolerancia del intercambio de información sobre precios y despacho diarios de cemento entre sus afiliados. |

Continúa

Continuación

| Investigado | Posible infracción |
|---|---|
| GUILLERMO RUBIO, JUAN ROMERO TORRES, ADOLFO ARANGO MONTOYA, JORGE MARIO VELÁZQUEZ, JUAN MANUEL RUISECO, LUIS FERNANDO VERGARA MUNARRIZ, GERMÁN BOTERO ARANGO, LUIS FERNANDO OCHOA, JORGE MURGUEITIO JARAMILLO, TOMÁS KNOEPPFEL y JOSÉ ALEJANDRO GÓMEZ MESA. | Autorización, ejecución o tolerancia, como representantes legales de las empresas productoras de cemento del país, de un reparto de mercado del cemento gris en Colombia, en contravención de la prohibición establecida en el numeral 3° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. |

Octavo: Que notificada la citada resolución, las partes involucradas se hicieron parte en la actuación respectiva y tuvieron la ocasión de manifestar en diferentes oportunidades las observaciones que se condensan a continuación:

OBSERVACIONES FORMULADAS A LO LARGO DE LA ACTUACIÓN

A continuación se presenta un resumen de las principales observaciones hechas por las investigadas una vez fueron notificadas del inicio de la investigación y antes del traslado del informe motivado, divididas en argumentos jurídicos y económicos.

ARGUMENTOS JURÍDICOS

Violación al debido proceso. La Superintendencia de Industria y Comercio no permitió controvertir las pruebas que sustentan los cargos, ni su pertinencia o conducencia, amparándose, de manera ilegítima, en la reserva legal de la investigación, ignorando que ella es oponible a terceros ajenos a la misma, pero no a los sujetos investigados. Adicionalmente, desconoce que la reserva documental se predica de la investigación, pero no de la averiguación preliminar.

Así, va en contravía de la doctrina de la Corte Constitucional que ha reconocido en reiterada jurisprudencia que el debido proceso penal se aplica a toda la actividad sancionatoria de la administración, incluyendo aquéllas relacionadas con la potestad punitiva del estado, irregularidad que ocasiona la nulidad de las pruebas obtenidas, según el artículo 29 C.P.

Indebida motivación de la investigación. Las quejas que aparecen en el expediente no pueden constituir soporte de la investigación iniciada por la Superintendencia de Industria y Comercio, pues no tienen relación con las conductas señaladas por esa entidad como objeto de transgresión y además no reúnen todos los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Penal para ser consideradas formalmente como denuncias, ni como pruebas idóneas de la conducta que informan.

Los hechos que soportan la investigación han sido objeto de una interpretación errónea. Ganar o perder una determinada participación en un mercado, en cualquier época, en manera alguna puede identificarse como un hecho inequívoco de la comisión de prácticas comerciales restrictivas o violatorias del derecho a la competencia.

El aumento de participación por parte de unas empresas y la pérdida de representatividad por parte de otras, constituyen muestra del dinamismo empresarial en determinadas regiones del país y no pueden ser consideradas, *per se*, la expresión de un acuerdo de repartición de mercado.

Inversión de la carga de la prueba. El requerimiento por parte de la Superintendencia de pruebas que desvirtúen la participación de los representantes legales de las empresas investigadas constituye una inversión de la carga de la prueba y la violación de uno de los principios rectores de la actividad probatoria que señala que las afirmaciones o negaciones indefinidas no son objeto de prueba.

Aplicación indebida del principio de responsabilidad objetiva. El incumplimiento de las normas que imponen un deber legal a cargo de una persona jurídica, no es causa para que por este solo hecho se sancione al administrador. Además, en materia de derecho administrativo sancionador, no se admite la responsabilidad objetiva.

El intercambio de información no constituye práctica restrictiva a la libre competencia. No existe norma alguna que califique que intercambiar información genérica sobre las empresas sea ilegal.

La Superintendencia de Industria y Comercio no es competente para declarar la situación de grupo empresarial. Este tipo de

declaraciones está por ley en cabeza de la Superintendencia Bancaria, de Valores o de Sociedades.

ARGUMENTOS ECONÓMICOS

Creación de un mercado natural. La cercanía de una planta constituye el elemento fundamental de elección de una marca específica, por razones de oportunidad en la entrega, tradición en la zona, alto costo de mantener inventarios, bajo costo de fletes y, por tanto, menor valor del cemento.

Costo del transporte fábrica-destino. El flete es un factor determinante del precio final de venta del cemento y de la cobertura geográfica que logra una fábrica. Entre más cercana esté la planta del lugar de entrega del cemento es menor el costo adicional al precio exfábrica.

Condiciones incompatibles con una repartición de mercado. La necesidad que tienen las fábricas de producir *a todo vapor*, combinado con la imposibilidad de almacenar el producto, desvirtúan cualquier posibilidad de implementar una repartición efectiva del mercado. Esto resulta más evidente si se tiene en cuenta la imposibilidad de almacenar el cemento por más de un mes antes de endurecerse y que los espacios requeridos para su almacenamiento son demasiado grandes lo cual aumenta el costo.

Diferencia entre los mercados de producción y de distribución. Los mercados de producción y de distribución de cemento gris en Colombia son absolutamente diferenciables, pues las cementeras entregan el producto exfábrica a la distribuidora quien conoce el destino pretendido del cemento sólo por indicación del comprador, pero es finalmente el cliente de éstas quien posee la responsabilidad directa del transporte y destino final.

Estabilidad del mercado a largo plazo. El mercado del cemento ha presentado estabilidad en cuanto a la participación de los diferentes grupos en zonas del país, no obstante presentar pequeñas fluctuaciones dentro del mismo período, de un mes a otro.

Eventos relevantes en la época estudiada. Durante el período de 1995-1996 se presentaron diversas situaciones que marcaron la variación en la demanda del cemento y por tanto la distinta participación temporal por grupos en el mercado nacional del cemento. Entre ellos se pueden citar los siguientes: inseguridad en las vías públicas por la guerrilla y la

delincuencia común, restricción del transporte e ingreso de cemento en esta zona del país, dificultades de transporte de cemento a San Andrés, aumento de la inflación y de las tasas de interés, llegada de la competencia extranjera y bajos precios del cemento en zonas fronterizas como Venezuela.

Crisis de la construcción. El *boom* de la construcción aumentó la demanda de cemento gris en Colombia y promovió que las cementeras abrieran su mercado hacia otras zonas del país a fin de cubrir los excedentes de consumo, los cuales eran tan altos que podían cubrir los costos de los fletes y generar un precio final competitivo. Luego, en 1995, 1996 y aún durante 1997 la caída de la construcción y la consecuente caída de la demanda del cemento obligó a las cementeras del país a retornar a sus nichos naturales alejándose de las zonas ajenas a su influencia, donde los costos de los fletes no eran superables por la baja demanda del cemento que se presentó, generándose así una obligada reacomodación del mercado y un alza de precios en los casos en que no se utilizara capacidad instalada de las plantas.

Incoherencia de los comportamientos con la interpretación de la Resolución 318 de 1996. Los comportamientos descritos en los considerandos 7, 8 y 9 de la resolución presentan incoherencias y fluctuaciones reiteradas que no permiten establecer un patrón de conducta que justifique las deducciones de la Superintendencia de Industria y Comercio respecto a un posible acuerdo de repartición del mercado, así:

Entrada por salida. No es claro cómo, para algunos casos, a ciertos grupos les habría correspondido el mercado de una zona, a pesar de perder participación *significativa* en ella en el período analizado.

Óptica de por lo menos 3 años. No existen cambios radicales que permitan afirmar que existe repartición de mercados. Los comportamientos descritos en la resolución son aplicables a algunos meses, pero no a todos, motivo por el cual resulta imposible generalizar las conductas.

Ausencia de comportamientos idóneos. En la resolución no se demuestra la existencia de comportamientos que prueben la presencia de un acuerdo de repartición del mercado según el numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. La única posibilidad de dirigir el producto hacia una zona determinada es dejando de vender en la propia zona o modificando los descuentos aplicables a los clientes que anuncien que venderán en algunos departamentos. No existe una sola indicación de que esto se ha presentado.

Novena: Que la superintendente delegada para la promoción de la competencia, instruida la investigación ordenada por la Resolución 318 de 1997, presentó informe motivado al superintendente de Industria y Comercio en el que afirma la existencia de prácticas restrictivas a la libre competencia por parte de las investigadas, basada en las siguientes razones de hecho y de derecho, contenidas en su integridad en el informe motivado:

Hechos que sustentan la investigación por parte de la superintendente delegada para la promoción de la competencia.:

La multiplicidad y el contenido uniforme de las denuncias. Los hechos en ellas señalados, aunado a la circunstancia de que se presentaron en la misma época (de mayo a septiembre de 1996) constituyen un indicio claro de que a partir de dicha época las circunstancias del mercado variaron.

La verificación parte de funcionarios de la Superintendencia acerca de la desaparición de varias marcas en una ciudad. La visita practicada el 3 de septiembre de 1996 por los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio a la ciudad de Neiva permitió verificar la desaparición simultánea de la diversidad de marcas de cemento, que antes se encontraban en el mercado, hasta quedar solamente una de ellas.

Los testimonios de los distribuidores son uniformes. Las respuestas de los distribuidores de cemento de las ciudades de Neiva y Armenia en julio y agosto de 1996, al ser interrogados sobre las marcas de cemento que habían dejado de distribuir en los últimos diez meses y las razones que tuvieron para hacerlo, fueron homogéneas.

El intercambio de información entre las productoras de cemento no encuentra justificación legítima. El intercambio diario de información entre productores, realizado a través del ICPC, ente que los agremia, sobre aspectos relevantes del mercado como despachos diarios y proyecciones de venta en cada una de las regiones del país, evidencia una conducta contraria al régimen de libre competencia.

La información estadística recopilada del ICPC acredita una reorganización del mercado. La información documental obtenida del ICPC evidencia también que en los primeros meses de 1996, particularmente entre marzo y mayo, el mercado del cemento gris sufrió una reorganización perceptible al verificarse que algunos productores aumentaron su participación al tiempo que otros la disminuyeron o se retiraron de las mismas regiones, observándose un paralelismo entre el

comportamiento de los distintos productores, en los diferentes mercados regionales.

El costo del transporte no sufrió variaciones significativas: el aumento del costo del transporte durante los años 1992 a 1996, que habría obligado a los productores a regresar a sus *mercados naturales* como lo argumentan los investigadores, no es tan relevante como para motivar una reorganización tan evidente.

Los atentados terroristas no se presentaron en el período analizado. No existe reporte alguno sobre atentados a los vehículos de las investigadas en el segundo semestre de 1995 en el primero de 1996, a excepción de un accidente en mayo 22 de 1996.

La crisis no motivó el repliegue simultáneo de las empresas. La crisis de la construcción es un argumento que sirvió a los investigadores, tanto para justificar la salida de sus mercados naturales, como para justificar su regreso, lo que le hace perder toda fuerza de convicción.

Aunque la decisión unilateral que una empresa tome de replegarse a sus áreas de influencia no sería extraña, sí lo es el hecho de que tal repliegue se realice simultáneamente por la totalidad de las investigadas, sin que aparezca obedecer a razones de tipo económico que lo justifiquen.

Como ha sido de público conocimiento, la crisis de la construcción se inició a comienzos de 1995. Sería razonable que como consecuencia de dicha crisis, algunas de las empresas productoras de cemento decidieran abandonar de una en una, en distintos períodos y de manera unilateral, ciertos mercados. El abandono o intercambio simultáneo de ciertos mercados por la totalidad de las productoras investigadas, a partir del primer trimestre de 1996, no resulta explicable por factores del mercado.

El intercambio de información antes que dar transparencia al mercado facilita la consolidación de carteles. El intercambio diario de información sobre despachos y las proyecciones mensuales de ventas resulta sospechoso, si se tiene en cuenta que sólo se comparte entre los mismos productores y que su propósito no era generar mayor eficiencia para el mercado, como se puede comprobar al verificar el aumento del precio del producto. Por el contrario, un intercambio en estos términos facilita la realización de acuerdos anticompetitivos.

Distinto es el caso de la información agregada sobre las variables principales del sector, útil para el DANE y para el Departamento Nacional de Planeación, que permite evaluar el comportamiento del sector económico de la construcción.

El descenso en la utilización de la capacidad instalada, como justificación del aumento de los precios del cemento, no es un argumento científicamente válido. Este argumento es contrario a toda lógica económica. Cuando la utilización de la capacidad instalada cae, significa que sobra capacidad de producción y que la planta y el equipo no están trabajando al nivel normal, sino por debajo de éste. De manera que lo indicado en estas circunstancias es bajar precios para competir con los otros productores, y no subirlos y vender menos aún. Cuando hay exceso de capacidad en un sector económico, como en efecto sucedió en la construcción durante 1996, la competencia obligaría a los productores a bajar precios para aumentar las ventas.

El período de análisis es suficiente y no fue arbitrariamente escogido. El período analizado fue determinado de acuerdo con las denuncias recibidas y con la información obtenida de la visita a la ciudad de Neiva y a la sede del ICPC hasta llegar al momento en el cual se habrían consolidado las nuevas condiciones.

La estructura de mercado no justifica el intercambio de información. Si bien la composición del mercado cementero en Colombia puede permitir que las fábricas tengan la capacidad de analizar y conocer la posición competitiva de cada una de sus competidoras, implementar el intercambio organizado de información permite fortalecer la integración de un cartel de productores con efectos nocivos para el consumidor.

La estabilidad del mercado en el ámbito nacional no justifica la reorganización regional. Si bien se presenta estabilidad en las participaciones de los diversos grupos cementeros en el mercado nacional, la variación de la participación en los diferentes mercados seccionales es importante.

Décima: Que surtido el traslado del informe motivado, las investigadas, además de insistir en las observaciones reseñadas en la consideración novena de esta resolución, hicieron los siguientes comentarios:

La visita hecha a la ciudad de Neiva no aporta elementos de juicio válidos. El acta de la visita practicada a la ciudad de Neiva no incorpora suficientes elementos como para considerar, a partir de ella, que existió un pacto con la competencia. En ella sólo constan declaraciones de oídas provenientes, a su vez, de declaraciones de oídas. De igual manera, al no cumplir con los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil, es nula de pleno derecho.

Los testimonios que reposan en el expediente no tienen fuerza probatoria. Las respuestas a los requerimientos de información son contradictorias entre sí, no están bajo la gravedad de juramento y no son representativas de la realidad del mercado en el ámbito nacional porque se limita a dos ciudades del país. Además, no es ilícito que una fábrica le asigne a un distribuidor una zona específica. Igualmente, al no cumplir con los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil, son nulos de pleno derecho.

Las denuncias no son un elemento probatorio válido. Las denuncias, lejos de probar que existe un acuerdo, demuestran que los gremios tienen un acuerdo para atacar al sector cementero. También, al no cumplir con los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil, son nulas de pleno derecho.

El intercambio de información no es ilegal. El intercambio de información que no es reservada no tiene efectos anticompetitivos, ni está prohibido por la legislación. El hecho de que el intercambio de información se hubiera iniciado cuando, a juicio de la Superintendencia, se implementó un acuerdo de repartición de mercado, solamente tiene relevancia circunstancial que no prueba la existencia del pacto.

Esta aseveración se sustenta, además, en la negativa de la Superintendencia de Industria y Comercio para aceptar las garantías tendientes a restringir o eliminar el intercambio de información.

Los costos del transporte. La importancia del incremento no radica en la excesiva alza de los transportes, sino en la imposibilidad económica de asumir con el precio del producto el valor de dicho transporte de largas distancias, así éste sea normal.

Los atentados terroristas. Exigir que se pruebe qué vehículos han sido inmovilizados o qué plantas cementeras han sido atacadas por la guerrilla, en una actuación que tiende a garantizar la libre competencia, excede al administrado. No se entiende como se pretende desconocer el evidente impacto negativo que la situación de violencia genera a las empresas cementeras y el hecho de que esta circunstancia particular haya, además, desestimulado el fallido intento por explorar mercados no tradicionales.

Las pruebas utilizadas no fueron públicas. La conducta paralela que advierte la Superintendencia no encuentra su justificación en los cuadros preliminares que ella misma ha elaborado. La fuente de la información con que fue alimentada la base de datos, a partir de la cual la Superintendencia

advierte una posible repartición de mercados, fue desconocida para los investigados y no fue objeto de contradicción.

El comportamiento de la distribución cementera descrito por la Superintendencia, difiere del comportamiento de las investigadas que se puede deducir de las cifras que maneja cada empresa. Adicionalmente, las cifras aportadas por la propia entidad no son consistentes en sí mismas y resultan insuficientes para soportar conclusiones definitivas sobre la existencia de un reparto de mercados.

Sobre este particular, se deja constancia del ofrecimiento hecho por las investigadas de poner a disposición de la entidad las cifras que sustentaron la información remitida y la negativa de la Superintendencia de solicitarlas y, en consecuencia, de recibirlas.

La negativa a decretar pruebas es ilegal. La Superintendencia de Industria y Comercio tiene la obligación de ordenar la práctica de las pruebas favorables como desfavorables. Durante la investigación, la Superintendencia fue reticente a decretar pruebas solicitadas por los investigados.

La información del ICPC no es confiable. No puede preferirse la información recaudada en el ICPC en contra de los investigados a la aportada por éstos, la cual al ser resúmenes de una parte de la contabilidad de la empresa, se constituyen en “estados financieros de propósito especial”. Al encontrarse debidamente certificados, los resúmenes se presumen auténticos y no pueden ser ignorados a la hora de hacer la valoración probatoria.

Además, no puede desconocerse información que para cada caso concreto fue enviada por cada una de las investigadas y que contradice claramente la información del instituto.

Desconocimiento de la existencia de hechos ajenos a las investigadas. La Superintendencia desconoce hechos ajenos a las propias cementeras que han contribuido a la disminución en la distribución de cemento en algunas regiones; por ejemplo, robos, disposiciones gubernamentales, cambios de destino del producto..., etc.

El período investigado es coyuntural y no representativo. El período investigado no es lo suficientemente representativo de lo que ha sido el comportamiento histórico de la actividad cementera, el cual consta en el expediente por haber sido aportado oportunamente por las investigadas en el proceso y que fue desconocido por la Superintendencia.

Los indicios en que se apoya la investigación no reúnen la calidad de tales. Los indicios que encuentra la Superintendencia para poner en

evidencia la existencia de las conductas que se investigan no reúnen los requisitos que la ley, la jurisprudencia y la doctrina exigen para que ellos sean considerados como soporte de la existencia de las conductas investigadas.

El traslado de las pruebas no fue oportuno. Dado que las partes no tuvieron acceso a las pruebas en la oportunidad establecida por la ley, ni con la amplitud necesaria, se violó el derecho a la contradicción.

No es precisa la conducta irregular. En la resolución no se hace la más somera indicación de cuál de las formas de acuerdo que pueden presentarse fue realizada, violando así el principio de tipicidad que debe regir debido proceso administrativo sancionatorio.

No existen pruebas de prácticas conscientemente paralelas. Los indicios en que se apoya la Superintendencia no resultan ser indicios necesarios y, por el contrario, resultan ser contradictorios. Para que se configure una violación de las normas de competencia, las prácticas paralelas deben ser conscientes, es decir, que exista voluntad de obrar paralelamente. De otra parte, se desestima el impacto negativo que sobre todas las empresas del sector tuvo la ocurrencia de las situaciones de tipo económico que forzaron a recobrar los mercados naturales tradicionales.

Décima primera: Que teniendo en cuenta que los investigados han presentado en dos oportunidades garantías, sin que la Superintendencia se haya pronunciado de fondo sobre ellas, las partes han solicitado expresamente un pronunciamiento sobre ellas.

Décima segunda: Que mediante Resolución ejecutiva n° 90 del once (11) de noviembre de 1998 el señor presidente de la República aceptó el impedimento presentado por el Dr. EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA y nombró al Dr. JORGE PINZÓN SÁNCHEZ como superintendente de Industria y Comercio *ad hoc* para que asumiera el conocimiento de todos los asuntos relacionados con las sociedades denominadas Cementos del Valle S.A. y Cementos Boyacá S.A.

Décima tercera: Que el expediente fue remitido para conocimiento del superintendente de Industria y Comercio *ad hoc* el día 27 de noviembre de 1998 con un total de siete cuadernos, conformados por veintisiete carpetas que suman 7.843 folios.

Décima cuarta: Que teniendo en cuenta el estado del proceso, las opiniones de las investigadas ya transcritas y los hechos en que se ha fundamentado la superintendente delegada para la promoción de la competencia, el superintendente de Industria y Comercio *ad hoc*,

formulará algunas consideraciones destinadas todas ellas a resolver el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta los pronunciamientos que las diferentes partes hicieron con ocasión de la expedición de la Resolución 318 de 1996 y del informe motivado.

Teniendo en cuenta que desde la expedición del Decreto 2153 de 1992 hasta la fecha, no existe antecedente de algún caso en el cual la Superintendencia haya determinado la existencia de una práctica violatoria del régimen de competencia y haya impuesto sanción al respecto, este Despacho se referirá a la naturaleza de la investigación en la legislación vigente, con el fin de atender adecuadamente algunas de las observaciones formuladas al proceso.

En relación con la finalidad y sentido de las normas de competencia este Despacho parte de la base de lo dicho por la Corte Constitucional:

“La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados.

“La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redundan en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. Por su parte, los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores.”¹ (cursivas fuera del texto original).

1 Corte Constitucional, sentencia C-535 del 23 de octubre de 1997, magistrado ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Adicionalmente, en esta sentencia dijo la Corte: “(2) la economía de mercado es un elemento constitutivo de la Constitución económica de cuyo funcionamiento adecuado depende la eficiencia del sistema productivo y el bienestar de los consumidores;

1. PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 52 DEL DECRETO 2153 DE 1992 – DEBIDO PROCESO

El artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 230 del Decreto 1122 de 1999, señala que es función de la Superintendencia de Industria y Comercio:

“Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio, exclusivamente, de las competencias señaladas en las normas vigentes a la Superintendencia Bancaria; ...”.

Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, la Superintendencia de Industria y Comercio cuenta con la facultad de adelantar investigaciones administrativas cuyo procedimiento está regulado en el artículo 52 del citado decreto², para lo cual debe interpretar las normas que informan el procedimiento en función de la finalidad que busca y no solamente como la expresión de la facultad punitiva del estado para los transgresores.

Por lo anterior, debe tomar las decisiones que estime pertinentes a la luz de las particularidades que incorpora la investigación de cada caso y, a la vez, con la plena aplicación de los principios generales consagrados en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y en el Código Contencioso Administrativo, entre los cuales se resaltan el de presunción de inocencia, el de contradicción, el de prevalencia del derecho sustancial y el de efectividad de las actuaciones administrativas.

(3) la competitividad y la soberanía de los consumidores, son elementos que sin una activa y transformadora acción estatal de tipo corrector, fácilmente decaen y pierden toda incidencia, pudiendo fácilmente ser sustituidos por la unilateralidad de las fuerzas predominantes en el mercado y por el alienante y desenfrenado consumismo de masas; (4) la importancia de mercados libres, competitivos y transparentes, justifica la permanente acción estatal dirigida a que estas características se mantengan o se impongan, en la medida en que ello sea posible, con el fin de preservar la libertad de opción de los individuos y la existencia de un proceso económico abierto y eficiente.”

2 Se analiza en la presente resolución el procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, pues al momento de expedir la Resolución 318 de 1996 se encontraba vigente. Por lo tanto, no se tendrán en cuenta las disposiciones del Decreto 1122 de 1999, que lo reforman al ya haberse agotado las instancias procesales que el artículo 52 contemplaba.

La consagración del derecho al debido proceso como un derecho fundamental constituye una de las garantías más importantes de los ciudadanos para evitar el ejercicio desbordado del poder por parte de las autoridades, y así lo reconoció el propio constituyente al extender expresamente el derecho al debido proceso a las actuaciones administrativas (artículo 29 C.P.).

Sobre este particular ha señalado la Corte Constitucional:

“... cuando de aplicar sanciones se trata, el debido proceso es exigente en materia de legalidad, ya que no solamente pretende que el servidor público cumpla las funciones asignadas, sino que además lo haga en la forma que lo determina el ordenamiento jurídico.

“El debido proceso es el mayor celo en el respeto de la forma en los procesos sancionatorios.

“La verdad no se ha de investigar a cualquier precio, sino protegiendo a la persona en su dignidad, su personalidad y su desarrollo; es por ello que existe una estrecha relación entre el derecho procesal y el derecho constitucional.

“Toda infracción merecedora de reproche punitivo tiene una misma naturaleza, como idénticas son las consecuencias, no obstante que provengan de una autoridad administrativa o jurisdiccional o que tengan origen en las diferencias formales de los trámites rituales. Por consiguiente, los principios que rigen todo procedimiento deben necesariamente hacerse extensivos a todas las disciplinarias sancionatorias en las que no ha existido un desarrollo doctrinal en esta materia.

“El proceso moderno se caracteriza por una progresiva y paulatina ampliación de los derechos de defensa. Por esta razón las constituciones contemporáneas consagran en sus textos disposiciones específicas para la protección de esta garantía jurídico-procesal.

“Los tratadistas contemporáneos de derecho administrativo, entre ellos GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN PARADA, sostienen que:

«los principios inspiradores del ordenamiento penal son aplicables, con ciertos matices, al derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal como lo refleja la propia Constitución».

“Así lo entendió el constituyente de 1991, y en el artículo 29 se hace una clara determinación del debido proceso a toda clase de actuaciones administrativas, como ya lo ha señalado a la Corte Constitucional”.

“...

“Por lo tanto, toda actuación administrativa deberá ser el resultado de un proceso en el que la persona tuvo la oportunidad de expresar sus opiniones así como de presentar las pruebas que demuestren su derecho, con plena observancia de las disposiciones que lo regulen”³ (negrillas fuera del texto original).

Y ha agregado que:

“9. El artículo 29 de la Constitución obliga al respeto del debido proceso en toda clase de actuaciones administrativas. La imposición de penas o medidas correccionales por la autoridad de policía debe sujetarse, por tanto, a las garantías procesales del derecho de defensa y contradicción y, en especial, al principio constitucional de la presunción de inocencia.

“...

“Toda persona tiene derecho a que antes de ser sancionada se lleve a cabo un procedimiento mínimo que incluya la garantía de su defensa. La sola existencia de una certificación secretarial o de la declaración de dos o más testigos presenciales para sancionar al acusado, prescindiendo de que éste pueda contradecir la veracidad de las pruebas, constituye una acción unilateral de la administración contraria al Estado de derecho democrático y participativo y a la vigencia de un orden jurídico justo.

“La prevalencia de los derechos inalienables de la persona humana (C.P. art. 5) entre los que se encuentra la libertad personal, desplaza la antigua situación de privilegio de la administración y la obliga a ejercer las funciones públicas en conformidad con los fines esenciales del Estado, uno de los cuales es la garantía de eficacia de los derechos, deberes y principios consagrados en la Constitución (C.P., art. 2). En consecuencia, las sanciones administrativas impuestas de plano,

3 Corte Constitucional, sentencia T-521, septiembre 19 de 1992, magistrado ponente, ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

por ser contrarias al debido proceso (C.P. art. 29), están proscritas del ordenamiento constitucional”⁴.

2. PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 52 DEL DECRETO 2153 DE 1992 - RESERVA DE LA INVESTIGACIÓN

Al revisar la actuación administrativa que por esta resolución se concluye, este Despacho encuentra que la Superintendencia de Industria y Comercio negó el acceso al acervo probatorio, amparándose en la reserva legal consagrada en el artículo 13 de la Ley 155 de 1959 que señala:

“La investigación de carácter estrictamente reservado se adelantará mediante la exigencia de informes sobre producción, importaciones, utilización de materias primas nacionales y extranjeras, sistemas de distribuciones y ventas, por medio de visitas a las referidas empresas, y en general, mediante la obtención de todas las pruebas indispensables.

“Del acta de conclusiones se dará traslado por un término prudencial hasta de treinta (30) días a las entidades denunciadas o que en el curso de la investigación resultaren implicadas, a fin de que puedan sus descargos”.

Teniendo en cuenta que el artículo 13 de la Ley 155 de 1959 establecía un proceso diferente al consagrado en el Decreto 2153 de 1992, se hará una comparación de los mismos, así⁵:

Ley 155 de 1959 Decreto 2153 de 1992

Artículo 52 inciso 1º. Apertura de la averiguación preliminar, de oficio o por petición de un tercero

4 Corte Constitucional, sentencia T-490, agosto 13 de 1992, magistrado ponente, EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

5 Se efectúa esta comparación, sin perjuicio de las modificaciones introducidas al procedimiento establecido al Decreto 2153 de 1992 por el Decreto Ley 1122 de 1999 y que por el estado actual de la presente investigación, no son aplicables.

- Artículo 52 inciso 1°. Desarrollo de la averiguación decreto de oficio y práctica de las pruebas que sean necesarias para probar la existencia o inexistencia de la conducta.
- Artículo 12. Apertura de la investigación.
De oficio o a petición de parte, mediante denuncia sustentada.
- Artículo 52 incisos 1°. y 2°. Apertura de la investigación
Cuando del resultado de la averiguación preliminar se desprenda la necesidad de abrir una investigación.
- Artículo 52 inciso 2°. Notificación de la apertura de la investigación a los investigados.
- Artículo 13 inciso 1°. Desarrollo de la investigación. De carácter estrictamente reservado, en ella se decretarán de oficio y se practicarán las pruebas que sean necesarias para demostrar la existencia o inexistencia de la conducta.
- Artículo 52 inciso 2°. Desarrollo de la investigación decreto y práctica de las pruebas solicitadas o de oficio necesarias para probar la existencia o inexistencia de la conducta, de oficio o a petición de los investigados.
- Artículo 13 inciso 2°. Elaboración de un acta de conclusiones.
- Artículo 52 inciso 3°. Elaboración de informe motivado.
- Artículo 13 inciso 2°. Traslado del acta a los denunciados y demás involucrados.

- Artículo 52 inciso 3°. Traslado del informe a los investigados.
- Artículo 14. Recepción de descargos.
- Artículo 35 C.C.A. Recepción de descargos.
- Artículo 14. Concepto previo del Consejo de Política Económica y Planeación, en caso de sancionar.
- Artículo 24 Inciso 2°. Concepto previo del Consejo Asesor
- Artículos 14 y 15 Expedición de la resolución, ante la cual procede recurso de reposición.
- Artículo 4 numerales 13, 15 y 16. Expedición de la resolución, por medio de la cual se concluye la investigación ordenando la modificación o terminación de las conductas contrarias a la libre competencia y sancionando o cerrando la investigación. Ante ellas procede recurso de reposición,
- Artículos 4 numerales 12 y 52 inciso 4°. En cualquier momento de la investigación el Superintendente puede ordenar su clausura cuando, a su juicio, las partes investigadas ofrezcan las suficientes garantías de que suspenderán o modificarán la conducta por la cual se les investiga.
- Artículos 4 numerales 12 En cualquier momento de la investigación el superintendente puede ordenar, como medida cautelar la suspensión de las conductas contrarias a la libre competencia

Para efectos de esta investigación deben destacarse las siguientes diferencias:

La primera, que en la nueva regulación se prevé una nueva etapa, llamada de averiguación preliminar, cuyo fin es determinar la necesidad de abrir investigación.

La segunda consiste en que era el Ministerio de Fomento el encargado de expedir la resolución por medio de la cual se exoneraba o se sancionaba a los denunciados; se trataba de un tercero ajeno a la investigación quien fundándose en los hechos que constaran en el expediente, tomaba la decisión de fondo. En el caso de la legislación vigente es la misma entidad la que investiga y sanciona, pero la ley estableció que la práctica de la investigación y la toma de la decisión estuvieran a cargo de dos funcionarios diferentes, y en los dos casos, con el concepto previo de un consejo si se imponen sanciones.

La tercera, es la posibilidad otorgada por la legislación vigente de declarar terminada la investigación cuando, a juicio del superintendente, las partes presenten suficientes garantías de que suspenderán o modificarán la conducta por la cual se les investiga, facultad que no existía en la legislación derogada.

La cuarta, se refiere a la oportunidad en que las partes investigadas pueden intervenir en el proceso. En la legislación anterior los investigados solamente podían intervenir cuando se les diera traslado de un acta que condensaba las conclusiones de la investigación y, que hasta ese momento era completamente reservada, con el fin de presentar sus descargos y solicitar las pruebas que estimaran conducentes. En la actual, su intervención se produce una vez se expide la resolución, fruto de una averiguación preliminar reservada, por medio de la cual se abre la investigación.

En la nueva legislación el esquema varía a favor de los administrados, pues la posibilidad de intervenir en el proceso es más amplia, teniendo en cuenta que la investigación no se hace a espaldas de éstos, sino que se adelanta con su presencia, con lo que queda manifiesto el deseo del legislador de garantizar así el derecho de defensa.

En este sentido, en la legislación anterior se preveía un acta en la que se condensaban las conclusiones de una investigación realizada bajo la más estricta reserva. En la nueva legislación, por el contrario, el informe motivado debe tener en consideración las observaciones formuladas por los intervinientes con ocasión del inicio de la investigación y las pruebas que solicitaron.

Por lo anterior, es necesario precisar si en la actualidad está derogado el artículo 13 de la Ley 155 de 1959, y puesto que en el Decreto 2153 de 1992 no se le deroga expresamente se debe establecer si hay o no una derogatoria tácita, para determinar los alcances de la reserva durante la investigación.

Según lo establecido en el artículo 71 del Código Civil, la derogación tácita procede cuando “la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior”. Teniendo en cuenta que la derogatoria de una ley puede ser total o parcial, que las leyes anteriores quedan vigentes en todo aquello que no pugne con las disposiciones de la nueva ley y que el intérprete, según lo establece el artículo 28 del Código Civil, debe atender el contexto de la ley para ilustrar su sentido, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía, este Despacho encuentra que no existe contradicción entre las dos normas. Por el contrario, ellas permiten que la reserva se mantenga en la primera etapa de la actuación administrativa, facilitando a la administración efectuar unas *averiguaciones preliminares* que le conduzcan a abrir o no formalmente una investigación y a vincular a los posibles involucrados en una conducta anticompetitiva.

Así, sólo se da a conocer la apertura de investigaciones que procedan a partir de indicios serios y se permite que la investigación sea conocida por los posibles responsables, quienes, al interior de un proceso administrativo, deben tener la plena posibilidad de defenderse y controvertir todas las pruebas que se esgriman en su contra, incluidas las recaudadas en la averiguación preliminar.

Se han efectuado estas consideraciones por cuanto si bien las partes involucradas a la investigación abierta mediante la Resolución 318 de 1997 tenían derecho a conocer el expediente, no era lícito que la Superintendencia de Industria y Comercio permitiera que cada uno de ellos conociera los libros y papeles de contabilidad de los demás, pues ellos conservan su calidad de reservados, aún dentro de la investigación. Sin embargo, que la administración haya negado el acceso a las pruebas que motivaron la apertura de la investigación y a las que, eventualmente pudieran esgrimirse como favorables o fueran inconsistentes, bajo el argumento de la reserva de la investigación, es un hecho que resulta contrario al artículo 29 C.P. y a los principios de la actuación administrativa señalados en el Código Contencioso Administrativo que rigen en este caso por remisión expresa del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

No obstante, se resalta que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante providencia del 19 de junio de 1997 tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el tema de la reserva documental en la investigación que nos ocupa, indicándole a la Superintendencia que no debía permitir el acceso a los documentos solicitados por las partes interesadas, como en efecto no lo permitió. Esta circunstancia, sumada al hecho de que al final de la investigación las partes tuvieron la oportunidad de sanear la inconsistencia al conocer el material probatorio, en particular el obtenido en la etapa de averiguación preliminar, pudiendo formular, como en efecto lo hicieron, las observaciones que estimaron conducentes, permite obviar el análisis de la existencia de una posible nulidad de la presente investigación.

Sin embargo, no escapa a este Despacho que la Superintendencia debe permitir a las partes involucradas conocer el material probatorio recaudado en la averiguación preliminar, como ya lo ha reconocido el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en recientes pronunciamientos en los que ha variado su doctrina sobre estos temas, coincidentes en un todo con lo que hasta aquí se ha expresado y que son aplicables al procedimiento descrito en el artículo 244 del Decreto 1122 de 1999.

Así, ha dicho lo siguiente el Tribunal al analizar la derogación del artículo 13 de la Ley 155 de 1959, en lo que respecta al procedimiento:

“Ahora, independientemente de la consideración sobre si la derogatoria alcanzó la previsión que respecto de la reserva de la investigación establecía esa norma, lo cierto es que aquélla sólo podría resultar oponible a terceros distintos de los investigados, mas no en relación con éstos, pues si se entendiera lo contrario, resultarían afectados en cuanto al ejercicio del derecho de defensa y de la operancia del principio de contradicción consagrados uno y otro en el artículo 29 de la Constitución Nacional (sic), así como en último en el artículo 3 del Decreto 01 de 1984

“Es decir que, en realidad, las personas respecto de las cuales se hubiese iniciado investigación por la Superintendencia de Industria y Comercio por infracción a las normas de promoción a la competencia y de prácticas comerciales restrictivas pueden conocer los documentos que hacen parte de aquélla, pues el ejercicio del derecho de defensa y a la contradicción resultaría afectado si no pudieran conocer las pruebas que obran en su contra. Quedan, si, sometidos a esa reserva los documentos que haciendo parte de la investigación tienen el carácter de privados, pues respecto de éstos opera esa reserva en virtud de lo dispuesto en el artículo 15

de la Constitución Nacional (sic) y en el artículo 61 del Código de Comercio en relación con los de los comerciantes”⁶.

3. PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 52 DEL DECRETO 2153 DE 1992. SENTIDO DE LA AVERIGUACIÓN PRELIMINAR Y VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS RECOLECTADAS

Como ya se dijo, el Decreto 2153 de 1992 introdujo una nueva etapa en la investigación denominada de averiguación preliminar, cuyo fin consiste en determinar si existen elementos de juicio razonables y suficientes para poner en marcha una investigación estatal y así determinar la existencia de una conducta contraria a la competencia y la identidad de los infractores.

Si efectuada la averiguación preliminar la Superintendencia concluye que hay hechos que, razonablemente interpretados, indican la posible ocurrencia de una infracción al régimen de competencia, debe abrir la investigación. No se exige aquí una certeza absoluta; solamente la probabilidad del hecho para continuar con una actuación administrativa que espera la participación de los investigados para encontrar la verdad. La razonabilidad de la interpretación debe ser apreciada en abstracto y no en concreto, lo que significa que si bien pueden presentarse otras explicaciones para entender los hechos, la interpretación propuesta no debe resultar absurda, ni descabellada; si la interpretación que se exigiera fuera la única posible, la etapa de investigación no tendría razón de ser.

4. LA INVESTIGACIÓN

Los investigados señalan de manera reiterada la indebida motivación de la investigación. Sobre este tema, el Despacho hace las siguientes precisiones:

6 Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera-Subsección B, providencia de abril 14 de 1999, magistrado ponente, Dr. DARÍO QUIÑONES PINILLA.

4.1. LA FINALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

La Resolución 318 de 1997 ordena la apertura de una investigación con el fin de determinar si existió violación del numeral 3° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 que establece:

“Artículo 47. *Acuerdos contrarios a la libre competencia.*- Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44⁷ 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”.

Teniendo en cuenta que el objeto de la investigación determinado por la Resolución 318 de 1996 era determinar la existencia de un acuerdo en los términos del numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, su forma de ejecución y las partes que intervinieron, mal podía la Superintendencia de Industria y Comercio motivar la resolución con el detalle de los acontecimientos que se pretendían comprobar. Lo que correspondía entonces, tal como se hizo, era señalar los hechos en los cuales la Superintendencia se basó para expedir la resolución, dejando en claro que ellos son fruto de una averiguación preliminar y que no son definitivos para concluir la existencia de la conducta anómala, porque, como ya se advirtió, ello es lo que precisamente se espera determinar. Por esta razón, la Superintendencia utiliza en la resolución expresiones como: habría incurrido, presume, correspondería, entregaría..., todas ellas encaminadas a indicar la posibilidad de violación del régimen de competencia.

Si a partir del cruce de la información remitida por los propios investigados y por el ICPC, la Superintendencia percibe disminuciones y aumentos de varias cementeras en sus participaciones en los diferentes mercados regionales; si recibe varias quejas de particulares y de asociaciones que advierten de la desaparición de diferentes marcas de

7 Artículo 44. *Ámbito funcional.*- La Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo las funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la Ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias, para lo cual podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante.

cemento gris en el mercado, y si encuentra en una visita efectuada a la ciudad de Neiva que efectivamente varias marcas ya no están en ese mercado, no podría esperarse nada distinto de la administración que continuar con el procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, como en efecto lo hizo.

4.2. TIPICIDAD DE LA CONDUCTA INVESTIGADA

De acuerdo con lo anterior, era procedente que la investigación tuviera como finalidad determinar la eventual violación del numeral tercero del artículo 47 del decreto en comento, sin determinar con precisión la modalidad utilizada, pues ella sólo sería posible definirla al final de la misma. Adicionalmente, no debe perderse de vista que en el artículo antes citado el legislador no determinó taxativamente todos los posibles acuerdos que podrían presentarse, sino que apenas hizo una enunciación de aquéllos que suelen ocurrir con mayor frecuencia; en este sentido, debe recordarse que si bien la aplicación de las normas prohibitivas es restrictiva, ellas no excluyen la interpretación extensiva. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha señalado que:

“Pretender que absolutamente todas las decisiones que deban adoptarse frente a un sinnúmero de hipótesis posibles, encuentren una consagración detallada en las normas no constituye más que una ilusión y por ello resulta apropiada y conveniente la combinación de los parámetros normativos con la apreciación que, sin perderlos de vista y ajustándose a ellos, efectúe, en las situaciones particulares, ... con base en la aproximación a la realidad de los hechos”⁸.

No es requisito indispensable que en la resolución de apertura de la investigación se determine específicamente la infracción cometida con detalle de su modalidad, pues ello es consecuencia de la investigación y no de una averiguación previa, aunque sí lo es que se señale de forma genérica el tipo vulnerado, como en realidad ocurrió⁹. Por lo tanto, resulta suficiente determinar de manera abierta la conducta investigada

8 Corte Constitucional, sentencia C-233, septiembre 19 de 1992, magistrado ponente, FABIO MORÓN DÍAZ.

9 Al revisar el texto de la Resolución 318 de 1996 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio se puede encontrar que se investiga la posible ocurrencia de un acuerdo de repartición de mercados, sin que se precise con claridad cuál de las posibles modalidades de acuerdo que advierte el artículo 45 fue el utilizado.

a fin de delimitar el campo de la investigación y garantizar el ejercicio del derecho de defensa de las personas que a partir de la averiguación preliminar aparezcan como posibles responsables de la conducta que se investiga.

Aspirar a que terminada una averiguación preliminar y sin haberse surtido la investigación, la Superintendencia hubiera identificado la modalidad de acuerdo restrictivo de la competencia que se utilizó, quiénes fueron con exactitud los que lo celebraron y cómo se implementó, no pasa de ser una exageración y una interpretación errónea del artículo en mención. Resulta ilustrativo el hecho de que en el procedimiento penal tan sólo se precisa con claridad el tipo penal en la resolución de acusación que el fiscal competente expide al cerrar la investigación previa, pues con frecuencia ocurre que un tipo penal que inicialmente se consideró realizado no era el adecuado, sin que ello quiera decir que se esté violando el derecho a la defensa y, de contera, el derecho a un debido proceso. Es más, en algunas oportunidades, y así lo han aceptado la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, el juez puede adecuar el tipo penal a la realidad reflejada por los hechos probados en el proceso¹⁰.

10 Cf. Corte Constitucional, sentencia C-491, septiembre 26 de 1996, magistrado ponente. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ. En esta oportunidad señaló: “No se puede interpretar en el sentido que las reglas legales plasmadas para los distintos procesos sean inmodificables, pues el legislador tendrá siempre las posibilidades de introducir en ellas las variaciones y adaptaciones que estime indispensables. Lo que la Constitución exige es la observancia de la normatividad en el curso de los procesos y en modo alguno la petrificación de ella.

“... ”

“No es posible dar a las formas legales propias de cada juicio el significado de que, en los asuntos de carácter penal, la calificación inicial sobre el delito y acerca de los hechos deba permanecer invariable. Por el contrario, el objetivo de todo proceso, en especial los que se inicien en materia criminal, es el de esclarecer lo acontecido, para administrar justicia con apoyo en la verdad real y en la convicción razonada de quien resuelve. De lo cual se desprende que el funcionario o corporación a cuyo cargo se encuentra la decisión final debe estar en condiciones de modificar, parcial o totalmente, las apreciaciones con base en las cuales se dio principio al proceso.

“... ”

“La profesionalidad de la calificación —que, por supuesto implica la posterior facultad judicial de modificarla— cobra sentido en esta etapa procesal por cuanto mediante la resolución de acusación se da lugar al juicio, con base en unos motivos estimados suficientes por la Fiscalía a la luz de las reglas procesales aplicables y como resultado de la investigación, pero no se decide, lo cual corresponde al juez, de acuerdo con la estructura del proceso penal en el sistema acusatorio previsto por la Constitución. La calificación a cargo de dicho organismo debe ser provisional —por su misma naturaleza intermedia, sujeta a la posterior decisión del juez— y el solo hecho de serlo no deja al procesado en indefensión, ya que, no obstante la posibilidad de que se haya preparado para su defensa con base en los datos y

5. LA DETERMINACIÓN DE LA CONDUCTA INVESTIGADA EN LA PRESENTE INVESTIGACIÓN

Con base en lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, ya citado, la investigación administrativa abierta por la Superintendencia mediante la Resolución 318 de 1996, en los términos del artículo 52 del decreto citado se dirigió, en primer lugar, a determinar si un instituto, algunas empresas y sus representantes legales habían violado las prohibiciones de la Ley 155 de 1959 y del Decreto 2153 de 1992, en particular las del numeral tercero del artículo 47. Por lo tanto, la apertura de la investigación no constituye, como tal, un pliego de cargos en contra de unos investigados, y las conductas por las cuales se les investiga, en principio, no son las únicas por las que se les podría imponer una sanción, pues lo que en el fondo busca la investigación es determinar la existencia o no de la conducta anómala, siempre y cuando, previamente a la imposición de la sanción, se les escuche en descargos.

Si en el transcurso de la investigación puede detectarse, a partir de los hechos que constan en el expediente y del análisis de los mismos, que efectivamente se vulneró el régimen de competencia, pero no a través de la modalidad que se había creído sino por una distinta, debe redefinirse el objeto de la investigación¹¹, aprovechando el material probatorio recaudado, sin que sea conducente cerrar la investigación porque las conclusiones de la investigación no concuerdan con los motivos que llevaron a su apertura. Resultaría contrario al principio de economía abrir una nueva investigación con un objeto distinto, pues al participar los investigados en la actuación, han podido aportar las pruebas que estimen conducentes y, en este sentido, ejercido su derecho a la defensa.

critérios iniciais que la hayan inspirado, aquél siempre podrá, supuestas todas las condiciones y garantías del debido proceso, velar por la real verificación de los hechos y hacer efectivos los mecanismos jurídicos tendientes a la búsqueda de la verdad, con miras a la genuina realización de la justicia. El carácter provisional de la calificación se aviene con la garantía del debido proceso, toda vez que sostiene la presunción de inocencia del procesado en cuanto al delito por el cual se lo acusa, presunción únicamente desvirtuable mediante sentencia definitiva”.

Véase también, Corte Suprema de Justicia, auto de febrero 17 de 1998, magistrado ponente, DÍDIMO PÁEZ VELANDIA. En *Jurisprudencia y doctrina* t. XXVII n° 317, mayo de 1998, págs. 555 y 556.

11 GALÁN CORONA, EDUARDO. *Acuerdos restrictivos de la competencia*. Ed. Montecorvo, Madrid, 1977, págs. 318 y 319.

De igual manera, si en el transcurso de la investigación la administración encuentra que hay otras personas involucradas, está en la obligación de vincularlas a la misma notificándolas para que participen en ella, evitando actuaciones administrativas secretas que conduzcan a la nulidad de las pruebas que se practiquen y, por ende, al fracaso de la investigación.

6. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA

El artículo 1 de la Ley 155 de 1959 prohíbe la realización de 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, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

Esta norma debe interpretarse en concordancia con el Decreto 2153 de 1992 que incorpora en su artículo 47 una lista no taxativa de acuerdos que considera contrarios a la libre competencia y dentro de los cuales se encuentran, entre otros, los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores

Para determinar la existencia de este tipo de prácticas restrictivas a la libre competencia, la Superintendencia debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, el cual indica que entenderse por acuerdo: *“Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”*.

Teniendo en cuenta que en el informe motivado se hizo alusión a la ocurrencia de prácticas paralelas, y que las partes hicieron algunas aseveraciones sobre los requisitos que ellas deberían cumplir para ser consideradas como prácticas restrictivas a la competencia, este Despacho efectúa las siguientes precisiones sobre el particular.

La consideración de las prácticas conscientemente paralelas como una de las formas de vulneración del derecho a la libre competencia, tuvo origen en la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos a partir de la aplicación de la sección 1 de la *Sherman Act*. Debido a que muchas veces los acuerdos entre comerciantes permanecen ocultos y la prueba de lo mismos se hace muy difícil, la jurisprudencia norteamericana

desarrolló la doctrina del *conscious parallelism*, la cual implica que de la actuación concreta de las empresas puede deducirse la existencia de la colusión¹². Tal y como lo señala el profesor español GALÁN CORONA al resumir la actual posición de los tribunales americanos, este

“paralelismo consciente en la conducta de varias empresas, en sí, no supone violación alguna de la *Sherman Act*, pero es evidente que tal paralelismo, en relación con otras circunstancias, puede permitir concluir la existencia de una *conspiracy* prohibida por la sección 1.ª de la *Sherman Act*”.

La existencia de una práctica paralela no es suficiente para denotar una violación al régimen de competencia, pues dependiendo de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que las empresas desarrollan su objeto social, las conclusiones pueden ser diferentes¹³.

Así, el primer elemento que se requiere para que las prácticas paralelas sean contrarias a la ley, es que ellas no sean justificables en condiciones normales de mercado, es decir, que no obedezcan al libre juego de la oferta y la demanda.

Un segundo elemento, que se deduce del anterior, es que este comportamiento debe ser consciente y coordinado. La consciencia en el paralelismo hace relación a que la conducta desarrollada no sea fruto del azar. Esta consciencia, ampliamente debatida en el campo del derecho europeo y en particular del derecho español¹⁴, lleva incluso a afirmar que no basta la decisión unilateral de una empresa de alinear su conducta a la de aquélla a la que desea imitar, sino que es necesario que siempre exista un acuerdo, un consenso, una particular decisión entre dos o más empresas o agentes del mercado de actuar coordinadamente para alterar las condiciones normales de competencia.

En nuestra legislación, al parecer, se ha tomado igual posición, pues como se puede observar en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, las prácticas conscientemente paralelas se encuentran tipificadas como una

12 En este sentido debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, el número de competidores, el tipo de productos, el precio, los costos de producción, los costos de transporte, los canales de distribución, etc.

13 *Op.cit.*, págs. 337–344.

14 Cfr. sentencia del tribunal europeo del 24 de julio de 1969 citada por DELIO GÓMEZ LEYVA, en *De las restricciones del abuso y de la deslealtad en la competencia económica*, Cámara de Comercio, 1998, págs. 142 y 143.

de las formas de acuerdo posible y se les identifica con las prácticas concertadas.

Esta identificación resulta útil para precisar que en las prácticas concertadas el paralelismo de conducta no significa uniformidad de comportamiento, sino un mutuo consentimiento entre dos o más agentes en comportarse de una manera que denota una cooperación práctica entre ellas, en perjuicio del mercado¹⁵, con lo que se supera la discusión de si las prácticas paralelas son o no una modalidad de acuerdo.

Sobre este tema, la doctrina nacional más reciente ha precisado que:

“(…) para que el elemento colusorio, coordinación y cooperación pueda ser valorado, se requiere que la restricción de la competencia se produzca, pues sólo materializada la acción limitante de la competencia, puede ser sancionada como contraria al artículo 85-1,¹⁶ diferente, desde luego, de lo que se presenta en los “acuerdos” y “decisiones” que pueden ser sancionados antes de generar los efectos, cuando se constate que tienen por “objeto”, limitar la competencia”¹⁷.

Por lo anterior, es claro que la autoridad encargada de velar por el cumplimiento del régimen de competencia, para declarar y sancionar este tipo de conductas debe establecer si se presentó un cambio en las condiciones normales de competencia en el mercado, lo cual sólo es posible si logra un conocimiento claro y confiable del comportamiento histórico del mismo, de los agentes que participan en él y de todas aquellas circunstancias que bajo una situación de normalidad alteran su funcionamiento.

Igualmente, debe precisarse la conducta que desarrollaron las empresas y la incidencia que su proceder tuvo en el funcionamiento del mercado, con el fin de identificar de manera objetiva, esto es, a partir de los hechos, la práctica paralela y la conciencia de los agentes que la desarrollaron¹⁸.

15 Se refiere al artículo 85 del Tratado de Roma.

16 Cfr. *op.cit.*, DELIO GÓMEZ LEYVA, *De las restricciones ...*, pág. 144.

17 Un estudio detallado sobre el particular puede verse en EDUARDO GALÁN CORONA, *op.cit.*, págs. 318 a 372.

18 Se entiende por zona de influencia aquélla cercana a las plantas productoras a los centros de consumo. Para efectos del presente estudio se han determinado las siguientes zonas: Costa Atlántica, Antioquia, Santanderes y suroccidente del país.

7. LAS PRUEBAS

A continuación se hará una relación de las pruebas recaudadas en el proceso, para posteriormente efectuar una valoración de las mismas a la luz de las normas y de los principios que rigen esta actuación, considerando las observaciones formuladas por los intervinientes en esta investigación.

7.1. DENUNCIAS

Carta dirigida por la Federación Nacional de Comerciantes, seccional Huila al Dr. SABAS PRETELT DE LA VEGA el 13 de mayo de 1996 en la cual informa la grave situación a la que se verán sometidos los encargados de la distribución de diferentes marcas de cemento por la “decisión” que han tomado las grandes fábricas al querer zonificar el país y monopolizar el mercado de acuerdo a las áreas que cada una tendría a su cargo.

Carta de CARLOS ENRIQUE SOTO, diputado de la Asamblea de Risaralda, al señor ministro de Desarrollo Económico del 5 de julio de 1996 donde aduce que la desaparición paulatina en el mercado en las ciudades de Pereira, Armenia y todos los municipios del eje cafetero de algunas marcas de cemento, ha conducido a un aumento de precios sustancial, consecuencia de la especulación. Adicionalmente comenta que es posible que la llegada al país del grupo cementero CEMEX haya motivado un acuerdo cuyo fin sería el de entregarle una importante participación nacional y cuya consecuencia sería la disminución de la competencia y el aumento de los precios al consumidor.

Carta de la Sociedad de Ingenieros del Quindío y de la Sociedad de Arquitectos del Quindío dirigida al ministro de Desarrollo Económico el 10 de julio de 1996 en la que pone en conocimiento un incremento en el precio del cemento aproximadamente del 75% en lo transcurrido de ese año. Advierte en la misma comunicación un manejo concertado por las empresas cementeras para zonificar el mercado en la distribución de este producto y manejar el volumen de la oferta.

Carta de la Sociedad Nariñense de Ingenieros, de la Sociedad Antioqueña de Ingenieros y Arquitectos, Asociación Caucana de Arquitectos, Asociación de Ingenieros de Risaralda, Sociedad Caldense de Ingenieros y Arquitectos y la Sociedad de Ingenieros del Quindío,

dirigida al ministro de Desarrollo el 27 de septiembre de 1996 en la que pone en conocimiento un incremento del precio del cemento en un 75% aproximadamente durante ese año. Advierte en la misma comunicación un manejo concertado por las empresas cementeras para zonificar el mercado en la distribución de éste producto y manejar artificialmente el volumen de la oferta.

Es de advertir que esta comunicación se originó en el marco del III Encuentro de Presidentes de las Asociaciones de Ingenieros del Occidente Colombiano, según se puede observar en comunicación del 7 de noviembre de 1996 dirigido por el director ejecutivo de la citada asociación.

7.2. REQUERIMIENTOS

Ferretería La Tercera Ramírez y Fierro Ltda. domiciliada en Neiva responde a un requerimiento de la Superintendencia el 24 de junio de 1996 informando que durante los últimos diez meses la distribución de cemento gris de Cementos Diamante, Cementos Paz del Río y Cementos Boyacá ha sido constante.

Ferretería El Maestro Salustiano de Neiva responde a un requerimiento de la Superintendencia el 18 de junio de 1996 señalando que la empresa no es distribuidora de cemento.

Ferretería Americana Ltda. domiciliada en Neiva responde a un requerimiento de la Superintendencia el 18 de julio de 1996, señalando que en los últimos diez meses se dejaron de vender las marcas Cementos Río Claro, Nare, Paz del Río, Conquistador, Cementos Boyacá y que la única que se mantiene es Diamante, pues según se le comunicó, las fábricas habían hecho un acuerdo entre ellas para distribuirse las diferentes zonas del país y actuar así como monopolios dentro de esas zonas. Adicionalmente señala que el aumento del precio del bulto de cemento entre enero y junio de 1996 fue del 21%.

DISTRICEMENTOS, domiciliada en Armenia responde a un requerimiento de la Superintendencia el 22 de agosto de 1996, que distribuye en los departamentos de Quindío y Valle, señalando que de las marcas distribuidas Conquistador, Diamante y Blanco Nare, sólo han dejado de repartir cemento en los meses de mayo y junio por 10 días hábiles de la marca Conquistador. Adicionalmente señala que el aumento del precio del bulto de cemento Conquistador entre diciembre y junio

de 1996 fue del 57% y que durante los meses de mayo y junio el 90% del cemento comercializado fue Cemento del Valle y Cemento Diamante.

Bodega de Materiales la 20, domiciliada en Armenia responde a un requerimiento de la Superintendencia el 26 de agosto de 1996, afirmando que el área de distribución de su establecimiento era del 80% al departamento del Quindío, y en un 20% de Cementos del Valle, datos éstos, según afirma expresamente, anteriores a la redistribución por zonas de las cementeras. Adicionalmente señala que el aumento del precio del bulto de Cementos del Valle entre enero y junio de 1996 fue del 50%.

Distribuidor de Materiales de Construcción (DIMACO) domiciliada en Armenia responde a un requerimiento de la Superintendencia el 20 de agosto de 1996, advirtiendo que no ha dejado de distribuir Cementos Diamante durante los últimos diez meses. Adicionalmente señala que el aumento del precio del bulto de Cementos Diamante entre enero y junio de 1996 fue del 64%.

Distribuidora de Cementos, domiciliada en Armenia, responde a un requerimiento de la Superintendencia el 23 de agosto de 1996 afirma que se dejó de distribuir Cemento Cairo por su costo, los fletes urbanos, los cargues y descargues que ofrecían bajo margen de utilidad. Solamente se distribuye Cementos Diamante y Cementos Boyacá. Adicionalmente señala que el aumento del precio del bulto de Cementos Boyacá entre enero y junio de 1996 fue del 17%.

KARIM HADAD GÓMEZ de la ciudad de Armenia, responde a un requerimiento de la Superintendencia el 26 de agosto de 1996 señalando que se ha dejado de distribuir Cementos Samper debido a la distribución de zonas de acuerdo a la localización de la fábrica y continuando solamente con Cementos Diamante y Cementos del Valle. Adicionalmente señala que el aumento del precio del bulto de Cementos Diamante entre enero y junio de 1996 fue del 17%.

Depósito 2—HUMBERTO RAMÍREZ BARONA, domiciliado en Armenia, responde a un requerimiento de la Superintendencia el 26 de agosto de 1996 señalando que ha dejado de distribuir Cementos del Nare, continuando tan sólo con Cementos del Valle y Cementos Diamante.

La Sociedad de Ingenieros del Quindío domiciliada en Armenia, responde a un requerimiento de la Superintendencia el 9 de septiembre de 1996 afirmando que el precio de Cementos Diamante subió entre diciembre de 1995 y junio de 1996 un 51%.

La Asociación Nariñense de Ingenieros domiciliada en San Juan de Pasto, responde a un requerimiento de la Superintendencia el 7 de noviembre de 1996 señalando que el aumento de precios de cemento en dicha entre el mes de octubre de 1995 y junio de 1996 es del 33%.

Igualmente, da cuenta de una información recopilada por CAMACOL, en la cual se señala que el precio de ha aumentado de enero de 1996 a noviembre de ese mismo año en un 63.4%.

Posteriormente, en oficio del 13 de diciembre de ese año amplía su declaración indicando que en dicha zona el dominio es amplio por parte de Cementos del Valle y Cementos Diamante.

7.3. VISITA A NEIVA

La Superintendencia de Industria y Comercio realizó una visita a la ciudad de Neiva el día 3 de septiembre de 1996 con el fin de dar cumplimiento a una cita fijada en esa fecha, a las diez de la mañana, en la sede de FENALCO Huila con el director de esa corporación y ocho comerciantes de cemento.

Esta visita, practicada por el jefe de la División de Promoción de la Competencia Dr. PEDRO LUIS ESCOBAR y por el Dr. SIGIFREDO LLANOS, funcionario de la Superintendencia de Industria y Comercio, tuvo como fin profundizar en las razones que motivaron la queja interpuesta a través de FENALCO – Huila por un grupo de comerciantes de cemento de Neiva que se sienten afectados por la:

“medida tomada por los productores de cemento del país al repartirse el mercado por zonas geográficas atentando presuntamente contra la libre competencia y favoreciendo el monopolio, circunstancia ésta que presuntamente viola lo dispuesto en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992”.

En esta reunión los comerciantes presentes y firmantes reiteraron su queja y, adicionalmente, informaron problemas colaterales a este hecho, relacionados con el monopolio en el transporte del producto por parte de Cementos Diamante S.A. y un aumento sustancial de los fletes.

Posteriormente, los funcionarios de la Superintendencia procedieron a visitar el comercio y así constatar en la realidad las afirmaciones de los quejosos e inspeccionar personalmente la forma como se desenvuelve ese mercado en Neiva.

A través de esta verificación personal, los funcionarios de la Superintendencia pudieron establecer que varios de los distribuidores de cemento que ejercían esa actividad meses antes, desaparecieron en el mercado regional; entre ellos, Distribuidora Luisar, Cementos del Valle (*sic*), Centro de Acopio del Cemento del Valle y Depósito la Séptima.

Adicionalmente, los funcionarios pudieron verificar que las marcas Nare, Paz del Río, Conquistador, Samper y Río Claro desaparecieron del mercado regional y que únicamente se vende Cemento Diamante gris en presentación de bultos de 50 kilos.

Los comerciantes visitados manifestaron que, oportunamente, fueron enterados por las productoras distintas a Diamante que en adelante no iban a volver a colocar esos productos en Neiva porque, en un convenio con otras fábricas, habían acordado que Cementos Diamante abastecería el mercado.

7.4. TESTIMONIO DE LA DOCTORA DIANA ALEXANDRA HERNÁNDEZ SARAVIA

El 20 de diciembre de 1996 la señorita DIANA ALEXANDRA HERNÁNDEZ SARAVIA, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 65.761.812 de Ibagué rindió testimonio ante el Despacho de la División de Competencia. En esa oportunidad la Dra. HERNÁNDEZ, asistente de la Dirección Ejecutiva del Instituto Colombiano de Productores de Cemento, manifestó que a partir de febrero de 1996 se elaboran estadísticas diarias de despacho de cemento gris, discriminadas por departamento y por empresa. Estas estadísticas son aportadas directamente por las empresas vía fax y se divulgan solamente entre ellas, a través de un resumen de los despachos diarios, los acumulados hasta la fecha y la proyección del mes.

La Dra. HERNÁNDEZ en su testimonio también relató que el ICPC realiza mensualmente y desde 1995 un estudio de precios que se efectúa telefónicamente desde Medellín a establecimientos comerciales ubicados en diferentes ciudades del país, dando origen a un documento donde se menciona las marcas que se venden en los diferentes establecimientos comerciales, discriminadas en ciudades grandes e intermedias con relación de los precios.

Preguntada la Dra. HERNÁNDEZ sobre la utilidad de esta información ella respondió que no sabía y que suponía que era para hacer un seguimiento del mercado.

8. VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS

8.1. QUEJAS

Teniendo en cuenta la forma como pueden iniciarse las actuaciones administrativas (artículo 4 Decreto 01 de 1984) y que el régimen de las quejas dista mucho de ser el de la denuncia contemplada en el Código de Procedimiento Penal, habrán de ser tenidas en cuenta en la valoración de pruebas tanto las que fueron formuladas con antelación a la apertura de la averiguación preliminar, como las que fueron allegadas durante su transcurso. Para tal efecto, se considerarán las observaciones formuladas por las partes en los descargos al Informe motivado presentado por la superintendente delegada para la promoción de la competencia.

En el caso de la carta dirigida por FENALCO Huila a FENALCO Nacional se puede notar que el interés que la motiva no radica tanto en la repartición del mercado como tal, sino los perjuicios que causaría a los firmantes: más de 34 distribuidoras y 139 personas naturales dedicadas al cargue y descargue del cemento.

Esta comunicación, como se puede ver en su texto, no tiene como finalidad atacar la integridad de las empresas investigadas, sino buscar la intervención del presidente de FENALCO Nacional para que evitara, en lo posible, la consolidación de un reparto de mercado que ellos percibieron como real y cierto, a tal punto que es el presupuesto de la comunicación.

De igual manera, habrá de ser considerada la carta, que en los mismos términos, fue dirigida por el III Encuentro de Presidentes de las Asociaciones de Ingenieros del Occidente Colombiano, según se puede observar en comunicación del 7 de noviembre de 1996 dirigido por el director ejecutivo de la citada asociación.

Sin perjuicio de considerar que los quejosos (ingenieros–arquitectos) tienen intereses económicos opuestos a los de las sociedades investigadas sobre el precio que el cemento debe tener en el mercado, la valoración de la denuncia no conduce a establecer o probar la existencia de un acuerdo, pero sí alerta a la Superintendencia sobre la existencia de una conducta anómala que debía investigar, como en efecto lo hizo, y que a la luz de las pruebas debía corroborar o desvirtuar.

Con base en lo anterior, esta Superintendencia encuentra que estas quejas pueden considerarse como el punto de partida de una actuación

administrativa, y no como la corroboración de un presunto acuerdo de mercados. En este sentido, sólo pueden tenerse como la manifestación o uno de los efectos de un cambio en las condiciones del mercado que sí podían conocer directamente, sin que sean la prueba de su causa.

8.2. RESPUESTA A REQUERIMIENTOS

Aunque las respuestas a los requerimientos no fueron dadas bajo la gravedad de juramento, no encuentra este despacho que estas pruebas sean nulas de pleno derecho por haber sido obtenidas con violación del debido proceso. Ello es así porque, si bien es claro que la administración no puede prescindir de las formas del debido proceso, también lo es que sus actuaciones deben mirarse a la luz de los acontecimientos que impulsan la actuación administrativa.

Así, no debe perderse de vista que la administración cuenta con facultades oficiosas que le permiten efectuar unas indagaciones preliminares con el fin de obtener elementos de juicio para abrir o no una investigación y que estos requerimientos que se acusan como nulos fueron obtenidos durante la etapa de la averiguación preliminar, sin consideración alguna sobre posibles investigados, porque hasta ese momento no los había. Además, sería contrario a los principios que orientan la actuación administrativa que cada vez que la administración efectuara un requerimiento, en desarrollo de sus funciones, se le impusiera al administrado la carga de declarar bajo juramento, hecho que, además, contraría los artículos 83 y 84 de la C.P.

Con estas observaciones como base, al analizar las respuestas a los requerimientos en conjunto pueden deducirse con claridad, básicamente, dos hechos que, a la vez, han sido confirmadas por las partes en sus respectivos alegatos. La primera, la presencia dominante de ciertas marcas en las ciudades de Neiva (Cementos Diamante Samper) y Armenia (Cementos Diamante Samper y Cementos del Valle). La segunda, un significativo aumento de los precios en proporciones superiores a la inflación de 1996.

8.3. VISITA A NEIVA

El artículo 13 de la Ley 155 de 1959 faculta expresamente a la Superintendencia a realizar visitas y a obtener todas las pruebas indispensables. De igual manera, el Decreto 2153 de 1992 en el artículo 2, numeral 11, le confirma esta facultad administrativa.

Ya que ha sido recurrente por parte de los investigados el hecho de solicitar la nulidad de las pruebas obtenidas durante la etapa de averiguación preliminar, en particular por no permitirse el derecho de contradicción y por no cumplir las formalidades establecidas en el Código de Procedimiento Civil, debe este Despacho señalar que la visita practicada por dos funcionarios y dirigida por el jefe de la División para la Promoción de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio permite corroborar los hechos que más adelante se señalarán.

Ignorarlos, sería obligar a la Superintendencia a no practicar, de oficio, ningún tipo de indagaciones o investigaciones que le permitieran esclarecer la verdad de los hechos, sin la presencia de todos los que pudieran estar interesados en ellas, so pena de nulidad. Además, se reitera, esta visita fue realizada en la etapa de averiguación preliminar, cuando se estaban estableciendo de manera sumaria y preliminar algunos de los hechos que motivaron la apertura de la investigación que nos ocupa, sin que existiera formalmente ningún vinculado a la actuación.

En el recorrido hecho por los visitantes se pudo observar el alto posicionamiento de Cementos Diamante, a diferencia de otras marcas que no se encontraron. Adicionalmente, la Superintendencia, a través de sus funcionarios, pudo verificar cambios en el comportamiento tradicional del mercado, perceptibles en la desaparición de locales comerciales dedicados a la comercialización de otras marcas distintas a Diamante.

Lo anterior lleva a concluir que, al menos en Neiva, sí existió un cambio en las condiciones del mercado. Cambio que, en opinión de los comerciantes que asistieron a la reunión efectuada en la sede de FENALCO en Neiva, tuvo como origen un acuerdo de reparto de mercados; causa que, sin embargo, no puede deducir la Superintendencia de esa visita, pues en ella no se recaudaron los elementos probatorios suficientes ni para confirmar esa aseveración, ni para desvirtuarla.

Este Despacho, por lo tanto, no desestimaré la visita a Neiva, ni el acta en la que ella consta por una supuesta violación al derecho de contradicción, pues si bien estas piezas procesales no tuvieron la oportunidad de ser controvertidas en el transcurso de la actuación, la reserva legal de la etapa de investigación, respaldada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, impedía dar traslado de los documentos obtenidos con anterioridad, hecho respecto del cual este Despacho ya expresó su posición.

De otra parte, no puede este Despacho desestimar las pruebas por falta de contradicción, cuando pudieron haberse controvertido al presentar los descargos, oportunidad en la que se podían solicitar y aportar las que se consideraran necesarias para rebatirlas. No obstante lo anterior, en la valoración de estas pruebas se han tenido en cuenta las observaciones formuladas a los documentos dados en traslado por los apoderados de las partes investigadas.

8.4. TESTIMONIO DE LA DRA. HERNÁNDEZ

Este Testimonio permite conocer la forma como era recolectada la información que poseía el ICPC. Este Despacho encuentra que los datos recaudados mediante encuesta telefónica permiten establecer, desde una época anterior a la del inicio de esta investigación, datos de marcas y precios en las ciudades grandes e intermedias; esta información merece credibilidad, pues se trata de datos cuya confiabilidad la confirma su continua utilización por las propias sociedades productoras de cemento durante varios meses.

Es evidente la coincidencia del inicio del intercambio de información diaria de despachos de cemento (febrero de 1996), con la fecha a partir de la cual comienza a hacerse perceptible de una mayor manera la reorganización del mercado. Es claro también que la utilidad de la información recolectada radica en que ella permite efectuar un seguimiento del mercado que si bien no es ilícito, no deja de ser extraño si se tiene en cuenta que la información que se está intercambiando entre los mismos competidores es la cantidad de mercancía despachada por cada uno de ellos, discriminada por departamentos y por marcas.

Este hecho contrasta con el intercambio de información consolidada que permite elaborar tendencias y efectuar proyecciones, todas ellas libres e independientes y que era la que existía antes del inicio del intercambio de la información diaria. No obstante lo anterior, este intercambio de información diaria no permite corroborar la existencia de un acuerdo, ni endilgar una conducta ilícita al ICPC o a sus administradores.

9. ANÁLISIS ECONÓMICO SOBRE LA DISTRIBUCIÓN DEL MERCADO DEL CEMENTO A PARTIR DE LA INFORMACIÓN RECIBIDA POR EL ICPC ENTRE ENERO Y NOVIEMBRE DE 1996

Por resultar de vital importancia para la presente investigación, se analiza en numeral independiente la información documental obtenida del ICPC. Esta información estadística evidencia que en los primeros meses de 1996, particularmente entre marzo y mayo, el mercado del cemento gris sufrió una reorganización perceptible, por cuanto algunos productores aumentaron su participación al tiempo que otros la disminuyeron o se retiraron de las mismas regiones, observándose un paralelismo entre el comportamiento de los distintos productores, en los diferentes mercados regionales. (Carpeta n° 4 ICPC, folios 1191 a 1214).

Dicha información fue evaluada en el informe motivado de la siguiente manera:

9.1. CLASIFICACIÓN

Para efectos de comparar el comportamiento de cada uno de los productores de cemento se clasifican así:

Grupo Argos: produce las marcas Caribe, Argos, Nare, Río Claro, Caldas y Valle.

Grupo Diamante (actualmente CEMEX): produce las marcas Diamante y Samper.

Cemento Boyacá: produce la marca Boyacá.

Cementos Paz del Río: produce la marca Paz del Río.

Teniendo en cuenta la observación formulada por el apoderado de Cementos Boyacá, en el sentido de que la Superintendencia de Industria y Comercio no es competente para declarar la situación de grupo empresarial, este Despacho encuentra que la Superintendencia jamás declaró la situación de grupo empresarial de las empresas arriba mencionadas, en los términos del inciso tres del artículo 28 de la Ley 222 de 1995 y que tan sólo lo que ha hecho es reconocer una realidad de mercado que las mismas empresas han aceptado en la presente investigación, abstracción hecha de su calificación desde el punto de vista del derecho societario. Será, pues, con ese mismo sentido sin que aquí se utilizará la expresión *grupo*.

9.2. DESPACHOS DE CEMENTO GRIS POR GRUPO CEMENTERO A LOS DEPARTAMENTOS CONSIDERADOS MERCADOS MARGINALES

Con el fin de verificar la salida de los diferentes grupos cementeros de su área de no influencia, a partir de la información del ICPC este Despacho procedió a clasificar los departamentos que componen *la zona de influencia y de no influencia de cada grupo*,¹⁹ así como los despachos realizados a estos departamentos por cada grupo en forma comparativa entre los meses de febrero y noviembre de 1996, lapso en el cual aparentemente se configuró el acuerdo de repartición de mercados.

Despachos de cemento por grupo cementero a los departamentos de no influencia en toneladas de febrero a noviembre de 1996

19 Los apoderados de las sociedades investigadas advirtieron que el aumento de precios tenía varias explicaciones; entre las más relevantes se encuentran el incremento del valor de los fletes y el crecimiento relativo de los costos de producción debido a la disminución de la oferta.

Este Despacho observa que si bien el aumento de los fletes pudo incidir en el incremento del precio final de venta del cemento, el impacto que sobre el mismo pretenden hacer ver los apoderados es exagerado, pues dentro del valor final del cemento el transporte es sólo uno de los componentes del precio. Se destaca este punto porque al ver los alegatos pareciera que el porcentaje en el cual aumenta el flete tuviera que ser el mismo en el que debe aumentar el cemento, lo cual no es totalmente cierto, si se tiene en cuenta que la incidencia del flete varía en función de la cantidad de cemento que se transporte.

Sobre el crecimiento de los costos de producción ocasionado por la disminución de la demanda, este Despacho encuentra que esta explicación sería admisible si ella se presentara al interior de un mercado monopólico e inelástico en el cual el aumento de los precios no pusiera en peligro el volumen de ventas debido a la competencia de las demás empresas.

| Grupo Argos | Febrero | % Part. | Noviembre | % Part. | Dif./ TN | Dif. % |
|---|---------|------------|-----------|------------|-------------|-----------|
| Santander | 3262 | 1.14 | 1273 | 0.48 | 1989 | 0.66 |
| Bogotá | 17482 | 6.10 | 9208 | 3.46 | 8274 | 2.63 |
| Cundinamarca | 4228 | 1.47 | 0 | 0.00 | 4228 | 1.47 |
| Boyacá | 679 | 0.24 | 539 | 0.20 | 140 | 0.03 |
| Huila | 8235 | 2.87 | 146 | 0.05 | 8089 | 2.82 |
| Meta | 2441 | 0.85 | 0 | 0.00 | 2441 | 0.85 |
| Tolima | 6649 | 2.32 | 169 | 0.06 | 6480 | 2.26 |
| Caquetá | 718 | 0.25 | 0 | 0.00 | 718 | 0.25 |
| Risaralda | 8374 | 2.92 | 3888 | 1.46 | 4486 | 1.46 |
| Quindío | 3813 | 1.33 | 1932 | 0.73 | 1881 | 0.60 |
| Cesar | 4334 | 1.51 | 1616 | 0.61 | 2718 | 0.90 |
| Subtotal despachos zona de no influencia | 60215 | 21.01 | 18771 | 7.06 | 41444 | 13.94 |
| Total despachos zona de influencia | 226453 | 79.99 | 246990 | 92.94 | 20537 | |
| Total despachos | 286668 | 100.00 | 265761 | 100.00 | 20907 | |
| Grupo CEMEX | Febrero | % Part. | Noviembre | % Part. | Dif./ TN | Dif. % |
| Bolívar | 1981 | 0.87 | 1115 | 0.55 | 866 | 0.32 |
| Atlántico | 1682 | 0.74 | 647 | 0.32 | 1035 | 0.42 |
| Magdalena | 3385 | 1.48 | 2736 | 1.35 | 649 | 0.13 |
| Córdoba | 685 | 0.30 | 372 | 0.18 | 313 | 0.12 |
| Guajira | 1283 | 0.56 | 539 | 0.27 | 744 | 0.30 |
| Arauca | 1829 | 0.80 | 1768 | 0.87 | 61 | -0.07 |
| Casanare | 371 | 0.16 | 115 | 0.06 | 256 | 0.11 |
| Boyacá | 1390 | 0.61 | 269 | 0.13 | 1121 | 0.48 |
| Meta | 9462 | 4.14 | 8919 | 4.40 | 543 | -0.25 |
| Caquetá | 4537 | 1.99 | 322 | 0.16 | 4215 | 1.83 |
| Chocó | 346 | 0.15 | 4 | 0.00 | 342 | 0.15 |
| Valle | 24244 | 10.61 | 13611 | 6.71 | 10633 | 3.90 |
| Cauca | 3490 | 1.53 | 2051 | 1.01 | 1439 | 0.52 |
| Nariño | 3095 | 1.35 | 1082 | 0.53 | 2013 | 0.82 |

Continúa

Continuación

| Grupo CEMEX | Febrero | % Part. | Noviembre | % Part. | Dif./ TN | Dif. % |
|---|---------|------------|-----------|------------|-------------|-----------|
| Putumayo | 126 | 0.06 | 0 | 0.00 | 126 | 0.06 |
| Subtotal despachos zona de no influencia | 57906 | 25.35 | 33550 | 16.54 | 24356 | 8.81 |
| Total despachos zona de influencia | 170541 | 74.65 | 169336 | 83.46 | 1205 | |
| Total despachos | 228447 | 100.00 | 202886 | 100.00 | 25561 | |
| Cementos Boyacá | Febrero | % Part. | Noviembre | % Part. | Dif./ TN | Dif. % |
| Bolívar | 1406 | 2.30 | 537 | 0.75 | 869 | 1.55 |
| Magdalena | 671 | 1.10 | 34 | 0.05 | 637 | 1.05 |
| Atlántico | 1560 | 2.55 | 913 | 1.28 | 647 | 1.27 |
| Arauca | 1028 | 1.68 | 0 | 0.00 | 1028 | 1.68 |
| Huila | 1149 | 1.88 | 50 | 0.07 | 1099 | 1.81 |
| Tolima | 834 | 1.36 | 0 | 0.00 | 834 | 1.36 |
| Antioquía | 3676 | 6.01 | 1372 | 1.92 | 2304 | 4.09 |
| Caldas | 966 | 1.58 | 450 | 0.63 | 516 | 0.95 |
| Valle | 2569 | 4.20 | 509 | 0.71 | 2060 | 3.49 |
| Risaralda | 543 | 0.89 | 202 | 0.28 | 341 | 0.60 |
| Quindío | 1115 | 1.82 | 279 | 0.39 | 836 | 1.43 |
| Subtotal despachos zona de no influencia | 15517 | 25.36 | 4346 | 6.08 | 11171 | 19.28 |
| Total despachos zona de influencia | 45674 | 74.64 | 67120 | 93.62 | 21446 | 21446 |
| Total despachos | 61191 | 100.00 | 71466 | 100.00 | 10275 | |

Continúa

Continuación

| Cementos Paz del Rfo | Febrero | % Part. | Noviembre | % Part. | Dif./ TN | Dif. % |
|--|---------|---------|-----------|---------|----------|--------|
| Santander | 2389 | 5.57 | 1202 | 2.61 | 1187 | 2.96 |
| Atlántico | 563 | 1.31 | 35 | 0.08 | 528 | 1.24 |
| Huila | 2012 | 4.69 | 0 | 0.00 | 2012 | 4.69 |
| Tolima | 2159 | 5.03 | 510 | 1.11 | 1649 | 3.92 |
| Antioquía | 977 | 2.28 | 0 | 0.00 | 977 | 2.28 |
| Caldas | 733 | 1.71 | 0 | 0.00 | 733 | 1.71 |
| Valle | 3701 | 8.63 | 0 | 0.00 | 3701 | 8.63 |
| Quindío | 439 | 1.02 | 0 | 0.00 | 439 | 1.02 |
| Subtotal despachos zona de no influencia | 12973 | 30.24 | 1747 | 3.80 | 11226 | 26.44 |
| Total despachos zona de influencia | 29929 | 69.76 | 44256 | 96.20 | 14327 | 14327 |
| Total despachos | 42902 | 100.00 | 46003 | 100.00 | 3101 | |

Al analizar la información anterior se puede observar cómo, para el Grupo Argos, en el mes de febrero de 1996 los despachos de cemento gris a los departamentos de no influencia fueron de 60.215 toneladas, que representaron para este grupo el 21.01% del total de sus despachos en el ámbito nacional; sin embargo, para el mes de noviembre de este mismo año los despachos a dichos departamentos bajaron a 18.771 toneladas, que representaron tan solo el 7.06% de sus despachos en el ámbito nacional. Lo anterior denota que este grupo despachó 41.444 toneladas menos entre febrero de 1996 y noviembre del mismo año a estos departamentos, lo que equivale al 13.94% del total de sus despachos efectuados en noviembre de 1996. Estas 41.444 toneladas se consideran una cantidad nada despreciable para este grupo, más aún si se tiene en cuenta la disminución de la demanda de cemento en lo transcurrido de 1996 como consecuencia de la crisis que sufrió el sector de la construcción y que, por lógica económica, un productor no estaría en condiciones de perder en tan poco tiempo.

Las 41.444 toneladas dejadas de despachar a los departamentos de no influencia para el Grupo Argos, fueron suministradas por Cementos Boyacá, Cementos Paz del Río y al Grupo Diamante-Samper a raíz de la salida de estas cementeras de la zona de influencia del Grupo Argos en

donde este último aumentó en 20.537 toneladas sus despachos de cemento, al pasar de una participación del 78.99% en febrero a 92.24% en noviembre de 1996, del total de los despachos de cemento en dicha zona.

Del mismo cuadro, se tiene que el Grupo Diamante-Samper dejó de despachar, en el mismo lapso, a sus departamentos de no influencia, la cantidad de 24.356 toneladas, al pasar de 57.906 toneladas en febrero de 1996 (25.35% de sus despachos nacionales en ese mes) a 33.550 toneladas en noviembre del mismo año (16.54% de sus despachos a escala nacional en este mes); lo que significó el 8.81% de lo despachado en ese período en la zona de no influencia. Esta cantidad fue vendida por el Grupo Argos tal como se pudo observar en el párrafo anterior, observándose, de manera simultánea, una salida de este grupo de la zona de influencia de las cementeras Diamante-Samper.

Por su parte, Cementos Boyacá dejó de despachar en los departamentos de no influencia la cantidad de 11.171 toneladas (el 15.63% de los despachos nacionales de esta empresa en noviembre de 1996), al pasar de 15.517 toneladas en febrero de 1996 (equivalentes al 25.36% de sus despachos totales a escala nacional en este mes) a 4.346 toneladas en noviembre del mismo año (apenas representaron el 6.08% de sus despachos nacionales en noviembre). Esta cantidad fue distribuida por el Grupo Argos y Cementos Diamante-Samper, observándose que estas cementeras salieron de la zona de influencia de Cementos Boyacá, dado que en su zona esta última compañía aumentó sus despachos en 21.446 toneladas al pasar de 45.674 toneladas en febrero de 1996 (74.64% del total de sus despachos en el ámbito nacional en este mes) a 67.120 toneladas en noviembre del mismo año (equivale al 93.62% de sus despachos a escala nacional en ese mes). Como puede notarse 11.171 toneladas menos de despachos de cemento gris que la compañía Cementos Boyacá deja de enviar a los departamentos considerados de no influencia para esta firma, no pueden considerarse para nada como una cantidad marginal, dado que este volumen representa el 15.63% del total de despachos de cemento en el ámbito nacional de esta empresa en noviembre de 1996, y menos aún cuando se presenta una caída en la demanda de cemento.

A la luz de la información que se analiza, el anterior comportamiento denota la salida del mercado por parte de Cementos Boyacá S.A. de unos departamentos considerados de no influencia a favor de los Grupos Argos y Diamante-Samper, dominantes en estos departamentos, y la

consolidación de esta compañía en su zona de influencia en la que logró compensar las 11.171 toneladas de cemento dejadas de despachar a los departamentos de no influencia.

Al analizar el comportamiento de Cementos Paz del Río, se puede ver cómo dejó de despachar a los departamentos considerados de no influencia, la cantidad de 11.226 toneladas en el período comprendido entre febrero de 1996 a noviembre del mismo año, al pasar de 12.973 toneladas en febrero de 1996 (correspondiente al 30.24% del total de despachos de cemento de esta compañía a nivel nacional en este mes) a 1.747 toneladas en noviembre de este mismo año (que representan tan sólo el 3.8% de los despachos totales de cemento a nivel nacional de la empresa en este mes). Este volumen de despachos 11.226 toneladas fue suministrado por el Grupo Argos y Cementos Diamante-Samper, presentándose un retiro simultáneo de estas cementeras de la zona de influencia de Cementos Paz del Río, con lo que esta última compensó la cantidad dejada de despachar a los departamentos de no influencia.

La compañía Cementos Paz del Río aumentó la cantidad de despachos de cemento gris en su zona de influencia en 14.327 toneladas, al pasar de 29.929 toneladas en febrero de 1996 (que equivalen al 69.76% del total de despachos de cemento en el ámbito nacional de esta compañía en este mes) a 44.256 toneladas en noviembre del mismo año (el 96.20% del total despachado en el país por esta empresa en este mes), logrando compensar de esta manera la no distribución de cemento a los departamentos de influencia de las otras cementeras.

De acuerdo con la información recibida, no puede entenderse por qué Cementos Paz del Río, decidió no despachar la cantidad de 11.226 toneladas en mercados ya penetrados, siendo que este valor representa para esta compañía el 24.40% del total de despachos de cemento a escala nacional en el mes de noviembre de 1996. La única explicación posible radica en que a cambio de su retiro tuviera la absoluta seguridad de poder compensar su menor distribución en mercados lejanos, con un mayor abastecimiento en su zona de influencia, lo cual no resulta lógico si se tiene en cuenta la participación de su competencia y la depresión en la demanda del producto.

10. ANÁLISIS DE LOS DESCARGOS

Una lectura desprevenida de los hechos que se acaban de describir parece indicar la existencia de un acuerdo de repartición de mercados. Sin embargo, en ejercicio del derecho de defensa, los investigados hacen algunas observaciones que afectan la anterior conclusión, en particular porque desvirtúan la confiabilidad de la información obtenida del ICPC durante la investigación, la cual sirvió de base para el análisis hecho en el numeral anterior.

Teniendo en cuenta que algunos de los descargos tienen la contundencia suficiente para modificar el curso de la investigación, este Despacho solamente se pronunciará sobre ellos, advirtiendo que la omisión en el análisis de los demás no implica aceptar o negar su suficiencia.

10.1. DESCARGOS DIAMANTE SAMPER

El apoderado de Diamante-Samper advierte que las cifras sobre las cuales se basó la Superintendencia para elaborar el estudio (las cifras del ICPC) no pueden ser preferidas sobre aquéllas que reposan en la compañía y cuyo resumen gráfico ha sido aportado al proceso.

Al analizar la información suministrada por el apoderado, este Despacho encuentra que los documentos aportados muestran datos que no fueron oportunamente valorados en la investigación y a los que no se hizo alusión al momento de efectuar su análisis económico. Es así como Cementos Diamante Samper entregó una relación de la facturación de todas sus plantas de producción de la compañía que no fue tomada en cuenta en el análisis de la información.

Igualmente, puede verse cómo en la investigación no se corroboró ni se desvirtuó la veracidad de los gráficos aportados por el apoderado que reflejan el comportamiento de las ventas de la empresa, optando la administración en el informe motivado por reafirmar el valor de la información del ICPC, sin analizar la remitida por la empresa. Así al hacer una comparación simple de los datos del ICPC con las tendencias mostradas por las gráficas aportadas, se observa cómo los datos muestran un comportamiento diferente en los departamentos de Cesar, Cundinamarca y Arauca, sin que este Despacho pueda confirmarlos o desvirtuarlos.

10.2. DESCARGOS DE CEMENTOS BOYACÁ

El apoderado de Cementos Boyacá advierte que la Superintendencia no tuvo en cuenta la participación de Cementos Boyacá en los despachos mensuales totales a los departamentos desde enero de 1996 a abril de 1997, elaborado por el ICPC. Este Despacho, tomando en cuenta esta consideración, observa que si bien estas cifras fueron elaboradas por el ICPC el análisis que hace el apoderado no es consecuente con lo que está debatiendo, pues, al reflejar la participación de la empresa a escala nacional y departamental en el mercado cementero del país, no muestra el efecto que tiene sobre la propia empresa el aumento o la disminución de los despachos de su producto en los diferentes departamentos y regiones de la nación.

Así, puede verse cómo, por ejemplo, a pesar de disminuir la oferta de cemento en casi todos los departamentos, la contracción de la demanda ocasionó que la participación de las diferentes empresas que competían minoritariamente no hubiera disminuido en la misma proporción, como sí hubiera podido ocurrir de haberse mantenido la demanda normal de cemento; es el caso de Cementos Boyacá en el departamento de Antioquia.

A pesar de este análisis, al igual que en el caso anterior, este Despacho encuentra que varios de los documentos aportados por el apoderado no fueron oportunamente valorados en la investigación, en particular, el resumen de la facturación de Cementos Boyacá S.A. entre marzo de 1996 y marzo de 1997, autorizados por el gerente y el revisor de la compañía y que tampoco reposa en el expediente que fue remitido a este Despacho *ad hoc*.

10.3. DESCARGOS DE CEMENTOS PAZ DEL RÍO

Al igual que en los dos casos anteriores, el apoderado de Cementos Paz del Río afirma que los

“datos del ICPC, para el caso de mí representada, son inexactos y no concuerdan con la información oficial que reposa en la compañía...” (folio 34 del memorial presentado por el apoderado de Cementos Paz del Río).

Sobre este particular este Despacho puede ver cómo, por ejemplo, el comportamiento del departamento del Huila, de acuerdo con la información remitida por el ICPC, es sustancialmente diferente al que acredita la sociedad solamente en la ciudad de Neiva. Es así cómo, para el mes de noviembre de 1996, la sociedad prueba, mediante las facturas correspondientes, que suministró 1.312 toneladas, mientras que el ICPC advierte que su presencia en el mercado había desaparecido completamente.

Con base en estos datos —aportados sobre uno de los mercados más críticos y en los que mayor diligencia se había puesto—, este Despacho debe reconocer que la información que reposa en el Instituto no concuerda con la proveniente de los libros y papeles de los productores, quienes, como comerciantes que son, los llevan en cumplimiento de obligaciones legales. La eficacia probatoria que le reconoce la ley a estos documentos, de por sí, demuestra la relevancia de los mismos y pone en evidencia que la información del ICPC referente a tales comerciantes, por sí sola, no puede ser tenida en cuenta para derivar responsabilidad en contra de éstos.

10.4. DESCARGOS DEL GRUPO ARGOS

El apoderado de Cementos del Valle S.A. y Cementos Caribe S.A. además de insistir en otros argumentos que ya han sido analizados, propone uno en particular que, por ser suficiente para que este Despacho adopte una posición, es el que se analizará y que está relacionado con el esquema de distribución de estas empresas a través de filiales.

En este sentido, puede observarse que Cementos del Valle S.A. y Cementos Caribe S.A. no efectúan la distribución directa de sus productos, sino que entregan su producción a dos personas jurídicas diferentes, respectivamente: Distribuidora de Cementos del Occidente Ltda. DICENTE y a Distribuidora de Cementos Ltda. DISCEMENTOS.

Si las empresas inicialmente vinculadas a la investigación no distribuyen directamente sus productos, sino a través de filiales, un mayor rigor jurídico en la investigación exigía haberlos vinculado, máxime si se tiene en cuenta la relación de subordinación que existe entre ellas y sus matrices, como puede observarse en los certificados de Existencia y Representación de DISCEMENTOS Ltda. y de Cementos Caribe, de conformidad con los artículos 26 y 27 de la Ley 222 de 1995.

Dado que esto no ocurrió en la presente investigación, no se configura un nexo causal entre la conducta denunciada y el autor de las mismas, si se tiene en cuenta que no consta en el proceso la prueba de la unidad de propósito y dirección entre las matrices y las dos empresas subordinadas que conduzca a una declaración de grupo empresarial en los términos de la legislación societaria vigente.

10.5. ALEGATO COMÚN

Todos los involucrados en el proceso, al referirse sobre la manera en que se analizó la información, hacen dos observaciones. La primera se refiere al corto período de análisis que no permite, por sí mismo, verificar con suficiencia la existencia de un pacto y la segunda, a la insuficiencia del análisis aislado del comportamiento del mercado en dos meses separados.

Sobre la primera, los apoderados de las investigadas afirman que si se toman datos históricos, por lo menos de cinco años atrás, puede verse con claridad la existencia de ciclos en la construcción que reflejan la mayor o menor participación de las diferentes marcas en las regiones que se analizan, para llegar a la conclusión de que la presencia de una marca en un departamento que no pertenece a su zona de influencia, lejos de ser homogénea, presenta notorios altibajos que sólo permiten establecer tendencias generales que, dependiendo de los períodos analizados, serán diferentes.

La segunda observación común que hacen las investigadas es que el análisis del comportamiento del mercado en los meses de febrero y noviembre de 1996, lejos de mostrar una visión cercana a la realidad, lo que hace es distorsionarla. Este estudio ignora los datos de producción de otros meses que, si se tuvieran en cuenta, llevarían a conclusiones diferentes. Así, los apoderados acreditan, también con base en la información del ICPC, cómo en algunos departamentos el comportamiento homogéneo de retiro no resulta tan claro al verificar las cifras de meses intermedios y de meses posteriores.

Por ejemplo, en Cundinamarca el comportamiento de los meses de junio, agosto, septiembre y octubre no concuerda con lo dispuesto en la Resolución 318 de 1997 de la Superintendencia de Industria y Comercio, porque Cemento Argos S.A. no pierde participación en estos meses, ni Cementos Diamante S.A. la gana en los de marzo, junio y agosto; igual

para Cementos Boyacá S.A., que no aumenta participación en abril, julio, septiembre y noviembre, y para Cementos Paz del Río S.A., que pierde participación en julio, septiembre y noviembre.

En Meta puede observarse cómo, si bien es cierto que Cementos Diamante S.A. pierde participación hacia el mes de junio, como lo describe la resolución, también es cierto que a partir de septiembre inicia un acelerado ascenso. Tampoco para Cementos Paz del Río S.A. y Cementos Boyacá S.A. la ganancia de mercado en este departamento fue constante, por cuanto se presentan meses de baja. En Caldas, si bien es cierto que Cemento Argos S.A. aumenta participación en mayo y junio, en julio empieza a bajar y Cementos Diamante S.A. baja en mayo, pero, a partir de septiembre, inicia un fuerte ascenso, logrando el pico más alto en noviembre. En Valle se puede ver cómo hay pequeños picos hacia arriba y abajo para Cementos Argos S.A. y Cementos Diamante S.A., sin que con ello se pueda establecer un patrón de conducta. En Risaralda el comportamiento es fluctuante para todas las cementeras, lo que impide establecer una conducta general

Frente a estas observaciones, este Despacho encuentra que, en efecto, la consideración de cifras anteriores a las del período analizado se requería para determinar un patrón de conducta del mercado más sólido y objetivo para confrontar las cifras que resultaran de la investigación. Igualmente, analizar la participación de una determinada marca en el mercado, sin hacer referencia alguna al consumo total del departamento, no otorga plena confiabilidad a las conclusiones, pues una determinada marca podría haber aumentado su participación sin que necesariamente hubiera incrementado su oferta, si la contracción de la demanda de cemento afectara especialmente la marca con presencia dominante en el mercado.

De otra parte, el haber tomado como punto de referencia el análisis estadístico de dos meses, sin consideración alguna del período intermedio, sólo lleva a conclusiones sesgadas que dan pie, como ocurrió en este caso, a que las partes formulen cuestionamientos lógicos, que no pueden ser desconocidos a la luz de la información que reposa en los diferentes expedientes.

Teniendo en cuenta que el análisis de los descargos no puede convertirse en una nueva etapa en la que, a discreción del superintendente, pueda instruirse nuevamente la investigación, decretando y practicando las pruebas que se estimen necesarias para confirmar o desvirtuar los hechos que se han puesto de relieve en el

informe motivado, debe resaltarse que las partes han utilizado para desvirtuar las conclusiones del informe motivado la misma información respecto de la cual han demostrado su inexactitud, por lo que este Despacho llama la atención sobre la veracidad de la información remitida por la industria cementera al ICPC. Es bien conocido y así lo afirman algunos apoderados, que el ICPC tradicionalmente ha suministrado la información estadística agregada sobre el sector cementero que periódicamente solicitan entidades estatales como el DANE y el Departamento Nacional de Planeación; información que en su mayor parte es recogida de o con la aprobación de los afiliados al ICPC, que son las empresas cementeras.

Por lo anterior, este Despacho ordenará en la parte resolutive, bajo el entendido de que los reportes de información entregados por las investigadas al ICPC fueron puestos en tela de juicio por las mismas empresas que los suministraron y que ella es la base para la elaboración de diversos informes sectoriales que son entregados a múltiples instituciones públicas y privadas, que la información que en el futuro se remita al instituto sea suscrita por quien tenga la condición de representante legal y que ello se haga con el alcance propio de una constancia o certificación, de manera que en el futuro cualquier inexactitud informada a sabiendas tenga las implicaciones propias del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 222 de 1995, que señala:

“Artículo 43. *Responsabilidad penal.* Sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas, serán sancionados con prisión de uno a seis años, quienes a sabiendas:

“1. Suministren datos a las autoridades o expidan constancias o certificaciones contrarias a la realidad”.

No puede dejarse de advertir que la investigación adelantada por el Estado tuvo soporte principal en la información proveniente del Instituto conformado por las propias investigadas, y que en los alegatos aludidos no han hecho nada distinto de defenderse desvirtuando la credibilidad de su propia organización gremial, lo cual, aunque encuentra el respaldo propio de las reglas y principios de la contradicción y valoración de las pruebas, deja mucho que desear en lo que tiene que ver con la organización y funcionamiento del ICPC.

11. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL COMPORTAMIENTO DEL MERCADO DEL CEMENTO A PARTIR DE LOS PRECIOS DEL CEMENTO GRIS

El Informe motivado presentado por la superintendente delegada para la promoción de la competencia incorporaba un análisis económico del comportamiento del mercado del cemento, con el fin de comprobar que éste presentaba las características propias del efecto económico derivado de un reparto de mercado. En él se confrontaron los despachos de cemento con el comportamiento los precios durante el mismo período, para concluir que el aumento de precios que se presentó durante este lapso fue una consecuencia lógica del reparto del mercado entre las sociedades cementeras, por cuanto no resultaba lógico que el valor del cemento haya aumentado en una época en la que la demanda de cemento gris disminuía debido a la recesión del sector de la construcción.

Toda vez que la información sobre despachos de cemento proveniente del ICPC ha sido puesta en tela de juicio por los apoderados de las investigadas y que, según lo advertido por este Despacho no resulta procedente derivar ninguna conclusión basado en ella, esta Superintendencia procederá a formular algunas observaciones solamente sobre el comportamiento de los precios del cemento gris.

Encuentra este Despacho que los datos que constan en el informe motivado y que fueron compilados por la superintendente delegada para la promoción de la competencia a partir de la información suministrada por el DANE y por las mismas empresas en su respuesta al auto de pruebas n° 0032 de 1997, permiten observar una conducta aparentemente paralela de las empresas cementeras consistente en un aumento simultáneo de precios por encima de los índices de inflación.

En este sentido, debe observarse que si bien las partes formularon algunas explicaciones que resultan insuficientes para justificar el aumento de los precios del cemento gris²⁰, esta alza simultánea no denota

20 Artículo 52. *Procedimiento*.

Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por solicitud de un tercero y adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.

Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el funcionario competente considere procedentes.

objetivamente la existencia de un acuerdo en tal sentido, pues tal como se advirtió anteriormente al analizar los elementos necesarios para configurar una situación de prácticas conscientemente paralelas, la decisión unilateral de una empresa de alinear su conducta a la de aquélla a la que desea imitar, no supone necesariamente la existencia de un acuerdo. Además, si bien los porcentajes de aumento de los precios son similares, en términos reales, estos incrementos no fueron analizados por separado en cada una de las empresas, ni confrontados con las circunstancias que rodeaban los mercados de cada una de las ciudades a las cuales ellas despachaban y que fueron tomadas como base para efectuar el análisis.

Esta aparente conducta paralela que aparece de plano en el informe motivado no fue objeto de investigación durante la presente actuación. Por sí sola, ella debiera haber motivado a la superintendente delegada para la promoción de la competencia a redefinir el objeto de la investigación y a efectuar un estudio más detallado con el fin de determinar si efectivamente esta conducta paralela se presentó y si ella se desarrolló de manera concertada o consciente por las empresas que operan en el mercado.

No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta que a la luz del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992²¹ y del numeral 6 del artículo 244 del

Instruida la investigación se presentará al superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado al investigado.

Durante el curso de la investigación, el superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga;

En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo.

21 Artículo 244. *Procedimiento para la toma de decisiones.*

Para adoptar decisiones en las investigaciones de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, competencia desleal y protección al consumidor, la Superintendencia de Industria y Comercio seguirá el siguiente procedimiento:

1. Una vez se encuentre que existen motivos suficientes para continuar con el procedimiento, se abrirá la investigación en contra del presunto infractor y se le solicitan explicaciones.
2. Las explicaciones se deberán rendir por escrito dirigido al firmante del requerimiento, dentro del plazo que se señale.
3. Al escrito de explicaciones el presunto infractor deberá acompañar las pruebas que pretenda hacer valer y solicitar aquéllas que considere necesarias para su defensa. Para los fines pertinentes se dará traslado simultáneamente al denunciante.
4. La Superintendencia practicará y evaluará las pruebas procedentes y aquéllas que estime convenientes. Los gastos que ocasionen la práctica de pruebas serán a cargo de quien las pidió y si son usuarios o si se decretan de oficio, el costo se distribuirá en cuotas iguales entre los interesados.

Decreto 1122 de 1999²² el análisis del informe motivado no podía convertirse en una etapa en la que a discreción del superintendente se pueda sustanciar nuevamente la actuación para subsanar las falencias de la investigación y rebatir a su vez los descargos previamente formulados por los apoderados de las partes investigadas; que las facultades sancionatorias, de acuerdo con el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, caducan a los tres años de producido el acto que pueda ocasionarlas, y que conocida la complejidad del presente caso y el período transcurrido entre los hechos y esta etapa de la investigación administrativa, sería muy probable que en el interregno operara el fenómeno de la caducidad, en contravía de los principios de economía y eficacia de las actuaciones administrativas, este Despacho procederá tomar una decisión con base en el acervo probatorio existente.

Y respecto de la eventual consideración del derecho colectivo a la libre competencia para efectos de la acción popular, este Despacho encuentra que con la decisión que se tomará en la parte resolutive de este acto administrativo se previene su vulneración, impidiendo la celebración de acuerdos contrarios a él y de prácticas que alteren las condiciones del mercado, por lo que se hace innecesario su ejercicio en la medida en que se produzca el efecto preventivo que se buscará con dicha decisión.

12. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

Los apoderados de las partes investigadas en los descargos al informe motivado insisten en que la Superintendencia al requerir pruebas que

-
5. Durante el curso de la investigación sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas o competencia desleal, el superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura, cuando el investigado ofrezca que suspenderá o modificará la conducta por la cual se investiga y garantías suficientes de ello.
 6. Al finalizar el período probatorio se deberá proceder, mediante resolución motivada, a tomar las decisiones que sean procedentes o a ordenar el archivo de la investigación.

Parágrafo. En lo no previsto en este artículo, se aplicarán las disposiciones del Código Contencioso Administrativo y, en subsidio, el Código de Procedimiento Civil

22 "Artículo 23. (...)

"En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

"1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.

"2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias (...)"

desvirtúen la participación de los representantes legales de las empresas vinculadas invierte la carga de la prueba y viola uno de los principios rectores de la actividad probatoria que señala que las afirmaciones o negaciones indefinidas no son objeto de prueba. Agregan, además, que el incumplimiento de las normas que imponen un deber legal a cargo de una persona jurídica no es causa para que, por este solo hecho, se sancione al administrador porque en materia de derecho administrativo sancionador, no se admite la responsabilidad objetiva.

Debe recordar este Despacho que la forma en la cual los administradores deben cumplir sus deberes está señalada en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 el cual advierte en su primera parte:

“Artículo 23. *Deberes de los administradores.*

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

Sobre el contenido y límites de esta norma la Superintendencia de Sociedades se pronunció mediante la circular externa n° 09 del 18 de julio de 1997, en los siguientes términos:

“2. *Deberes de los administradores.* El artículo 23 de la nueva normatividad hace imperativo para los administradores obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios.

“2.1. Los anteriores principios imponen a los administradores una conducta transparente y una actividad que vaya más allá de la diligencia ordinaria porque la ley exige un grado de gestión profesional, caracterizada por el compromiso en la solución de los problemas actuales y en el aprovechamiento de las oportunidades en curso, por el análisis de la información contable de la compañía y por el diagnóstico del futuro de los negocios sociales, procurando en cada caso satisfacer las exigencias del negocio de que se trate, actuando siempre con lealtad y privilegiando los intereses de la sociedad sobre los propios o los de terceros.

“La Ley 222, adicionalmente impone a los administradores el deber de observar una diligencia superior a la que hasta ahora se les exigía. *En efecto, ya no basta conducir los negocios con diligencia y prudencia simplemente medianas, esto es, con la que se espera de un buen padre de familia. La nueva ley exige a los*

administradores actuar con la diligencia propia de un buen hombre de negocios, es decir, con aquella que pondría un comerciante normal en sus propios asuntos, lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para los administradores en la conducción de los asuntos sociales”.

Y agrega:

“El cumplimiento u observancia de las pautas que enuncia la Ley 222 para delinear el comportamiento ideal de los administradores no significa el agotamiento de sus deberes. Éstos solamente están limitados por la buena fe, la lealtad, la diligencia del buen hombre de negocios y los intereses de la sociedad y los asociados. De suerte que la frontera de sus deberes tiene que buscarse en los principios enunciados y no en la relación simplemente ilustrativa que trae el artículo 23 de la Ley 222 de 1995”.

Estas apreciaciones, unidas al deber legal impuesto por los dos primeros numerales del artículo en comentario²³, explican porqué resulta apenas lógico que en materia civil el legislador haya consagrado en el artículo 24 de la Ley 222 de 1995 una presunción de culpa en contra del administrador que incumpla o se extralimite de sus funciones, viole la ley o los estatutos:

“Artículo 24. Responsabilidad de los administradores. El artículo 200 del Código de Comercio quedará así:

“Artículo 200. Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

“No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

“En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador” (cursivas fuera del texto original).

Sobre el alcance de esta norma, la citada circular señaló:

23 Oficio SL 7717 del 22 de marzo de 1991, expedido por la Superintendencia de Sociedades.

“3. Responsabilidad de los administradores

“3.1. El artículo 24 de la Ley 222 se ocupa del tema de la responsabilidad de los administradores, como también lo hacía el artículo 200 del Código de Comercio, norma a la cual sustituyó. Si bien es cierto que el artículo 24 retoma las previsiones que contenía el artículo sustituido, la nueva regla puntualiza que la responsabilidad de los administradores es solidaria e ilimitada, por lo cual, al paso que resuelve viejas controversias académicas y prácticas, *advierte a los administradores sobre los efectos que en relación con sus patrimonios individuales pueden tener sus desaciertos, descuidos o negligencia; y, por otra parte, señala en qué casos se presume la responsabilidad de los administradores y en qué eventos pueden exonerarse de ella.*

“(…)

“3.4. Igualmente relevante es la consagración legal de la presunción de culpa, prevista en los incisos tercero y cuarto del artículo 24 de la norma en comento, consistente en que en los casos de violación de la ley o del contrato, así como en los eventos de transgresión al régimen sobre reparto de utilidades, se invierte la carga de la prueba, en el sentido de que el perjudicado no necesita demostrar que el administrador actuó con culpa, siendo a éste último a quien corresponde desvirtuar la presunción legal que lo afecta (...).”

Entonces, si bien en caso de incumplimiento de las normas que imponen deberes a cargo de las personas jurídicas, como las contenidas en la Ley 155 de 1959 o el Decreto 2153 de 1992, se presume la culpa del administrador, el Estado en cumplimiento de sus funciones de policía administrativa solamente puede sancionar al administrador cuando éste no haya podido acreditar su diligencia, lo cual simplemente es la incorporación de los principios de responsabilidad civil, en particular los de la responsabilidad profesional del administrador, de los que el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995 son el principal punto de referencia.

Esta inversión de la carga de la prueba es diferente a la responsabilidad objetiva y que en la presente investigación no se ha debatido por no ser procedente. En todo caso, debe señalarse que la sanción por parte del Estado al administrador culpable o negligente tiene como presupuesto la prueba del incumplimiento de sus funciones, la ley o los estatutos de

la empresa, prueba que en la presente investigación no ocurrió, por lo que se desestimarán los cargos.

De otra parte, este Despacho encuentra una gran inconsistencia en la formulación de cargos que se hizo al señor JOSÉ ALEJANDRO GÓMEZ como segundo suplente del representante legal de Cementos Paz del Río, pues no solamente no se acreditó que hubiera ejercido la representación legal de la empresa, sino que tan sólo ejerce tal calidad como suplente desde el 26 de marzo de 1996.

Sobre el tema de la suplencia ha dicho la Superintendencia de Sociedades:

“Ahora bien, estando instituida la suplencia con la única finalidad de remplazar al titular en sus ausencias, es del caso tener en cuenta que, de acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española*, suplencia es ‘acción y efecto de suplir una persona a otra y también el tiempo que dure esta acción’, lo que permite aseverar que en ningún caso es factible que actúen de manera conjunta o concomitante el titular y el suplente, puesto que para que éste pueda desempeñar el cargo, es indispensable la ausencia de aquél”²⁴.

24 Cfr. *XXVI Informe de la Comisión Europea sobre la política de competencia*, publicado en relación con el informe general sobre la actividad de la Unión Europea, 1996, Bruselas, Luxemburgo, 1997, págs. 161–164. Por ser ilustrativo sobre la materia, a continuación se transcriben algunos apartes del compromiso:

“1. Introducción

AC Nielsen se compromete de buena fe a cumplir con las obligaciones expuestas en el presente compromiso, cuyo objeto, en cuanto a la conducta con respecto a un país como mínimo del espacio económico europeo (el EEE), es contribuir a que la Comisión de las Comunidades Europeas (“la Comisión”) quede convencida de que no se infringe el artículo 86 del Tratado CE ni el artículo 54 del Acuerdo sobre el EEE.

“2. Definiciones

“(…)”

“3. Aplicación

Este compromiso se aplica a AC Nielsen Company, 150 North Martingale Road, Schaumburg, Illinois, 60173, USA, a todas sus filiales, sucursales o sucesores y a los ejecutivos, directores, agentes y empleados de las mismas.

“4. Comportamiento acordado

Contratos con los minoristas

4.1. AC Nielsen no concluirá un contrato con un minorista en el que:

(…)”

4.2. AC Nielsen suprimirá de los contratos en vigor con los minoristas cualquier cláusula que ...

Lo mismo cabe decir de los señores GUILLERMO RUBIO y JUAN ROMERO TORRES, quienes fueron nombrados como representantes legales de Diamante Samper el 26 de agosto de 1996 e inscritos en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio el 2 de septiembre de 1996.

Décima quinta: Que las sociedades investigadas presentaron garantías en dos oportunidades con el fin de que la Superintendencia de Industria y Comercio diera aplicación al inciso cuarto del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 que señala:

“Durante el curso de la investigación, el superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga”;

Contratos con los clientes

4.3. Todos los contratos ofrecidos o concluidos entre AC Nielsen y sus clientes que consten de ...

4.4. Cuando AC Nielsen ofrezca a un cliente un contrato que ...

4.5. AC Nielsen no ofrecerá ni concluirá ningún contrato para ...

(...)

Información

(..)

Datos históricos

(...)

5. Cláusulas administrativas

5.1. AC Nielsen reconoce que la Comisión debe estar en condiciones de determinar en qué medida se aplica el presente compromiso. A tal efecto, en la fecha de entrada en vigor del presente compromiso y posteriormente a intervalos de seis meses, AC Nielsen presentará a la Comisión una lista completa de todos sus clientes multinacionales, tal y como se definen en la cláusula 2.4., así como de los contratos que han concluido o tratado de concluir con AC Nielsen. La Comisión podrá asimismo solicitar cualquier dato que considere pertinente al respecto.

5.2. El presente compromiso estará vigente durante tres años o hasta la entrada en vigor de una decisión de la Comisión relativa al objeto del compromiso, si ésta se produce antes.

5.3. El presente compromiso entrará en vigor inmediatamente.

Ante la primera solicitud de admisión de las garantías, la Superintendencia de Industria y Comercio señaló que el ofrecimiento de las sociedades investigadas de no celebrar acuerdos que condicionen la decisión de venta de cemento al lugar de destino final del producto y de abstenerse de venderlo por razones del mismo; del ICPC de participar en dichos acuerdos, y de los representantes legales de no autorizar o tolerar dichos acuerdos,

“no constituyen cosa diferente que una promesa de cumplimiento de disposiciones legales que son de obligatorio acatamiento por parte de las empresas investigadas, así como por parte de todas las personas que ejerzan actividades en Colombia”.

Esta promesa en los términos descritos, señaló el Despacho en esa oportunidad, no constituía garantía suficiente que permitiera a la Superintendencia evaluar si podía o no dar aplicación al numeral 12 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, por lo que la rechazó.

En el segundo ofrecimiento la Superintendencia de Industria y Comercio rechazó nuevamente la solicitud señalando que, al tratarse de una facultad discrecional, no resultaba procedente una vez conocido el informe motivado decretar la clausura de la investigación.

Toda vez que las partes han formulado reparos a la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio de rechazar el ofrecimiento de las garantías, este Despacho reitera que la facultad de aceptar o rechazar el ofrecimiento de las garantías es discrecional. Así lo confirmó la Sala de lo Contencioso Administrativo Sesión Primera del Consejo de Estado del pasado 26 de noviembre de 1998, consejero ponente doctor LIBARDO RODRÍGUEZ R., expediente 4919.

Hay que poner de presente que la aceptación de las garantías como una de las maneras de dar por terminada una investigación, constituye una decisión legítima que contribuye a construir un clima de competencia, más que a imponerlo, y que su objeto sólo puede consistir en asegurar ante la autoridad correspondiente que las normas pertinentes se observarán, por lo cual no es de recibo ni rechazarlas so pretexto de que ellas simplemente consisten en una promesa de cumplimiento de la ley, ni rechazarlas en atención a que su aceptación es discrecional, pues la discrecionalidad debe ser ejercida de conformidad con los principios orientadores de la función administrativa en general y de las reglas a aplicar en el caso concreto.

Esta clase de compromisos aceptados por la autoridad de competencia es también utilizada con frecuencia en la Unión Europea para concluir investigaciones. En el caso de AC Nielsen, por ejemplo, la Comisión Europea aceptó el compromiso de esta empresa a cumplir con las obligaciones expuestas en él y cuyo objeto era contribuir a que la Comisión quedara convencida de que no se infringía el artículo 86 del Tratado de la Comunidad Europea.²⁵

Décima sexta: Que teniendo en cuenta el estado de la presente investigación el Superintendente de Industria y Comercio *ad hoc* estimó conveniente precisar el alcance de las garantías ofrecidas durante el transcurso de la actuación, para lo cual expidió la Resolución 01 del 18 de marzo de 1999, con el fin de citar a las partes investigadas a una audiencia el veintiséis (26) de marzo de 1999.

Décima séptima: Que en dicha audiencia, según consta en el acta n° 01 de esa fecha, el superintendente *ad hoc* manifestó haber encontrado procedente examinar el sentido y alcance de las garantías ofrecidas en el transcurso de la investigación, teniendo en cuenta que, en los términos del artículo 52, ellas deben permitirle decidir sobre la terminación de investigaciones por presuntas violaciones a las disposiciones sobre competencia, según lo previsto en los numerales 10 y 12 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, cuando, a su juicio, las garantías ofrecidas por el presunto infractor sean suficientes para suspender o modificar la conducta por la cual se le investiga.

El superintendente *ad hoc* observó que la finalidad de las normas protectoras de la competencia como elemento esencial de un buen orden económico se consulta examinando en qué pueden consistir esas propuestas y de qué manera son conducentes para asegurar lo que se propone la ley, que es, finalmente, un equilibrio entre los intereses de quienes desarrollan actividades económicas con fines lucrativos y los del consumidor y la comunidad.

Además, cuando existe la posibilidad de brindar garantías suficientes, la suficiencia de la garantía no puede estar determinada por la coincidencia casual de criterios entre quien la ofrece y aquél a quien se la propone, sin posibilidad de evaluarlas conjuntamente. Se requiere determinar entonces, con mayor exactitud, quienes son los garantes de la obligación caucionada, en qué consiste ésta, y cuáles serían las

25 Grupo Argos.

consecuencias para las investigadas en caso de incumplimiento. Sobre el primero de esos aspectos se debe precisar que, dada la naturaleza del mercado cementero, el ámbito de las garantías no se reduce a las empresas productoras de cemento, sino que debe incluir, entre otras, a las empresas filiales o subsidiarias encargadas de la distribución del producto, en los términos del artículo 26 de la Ley 222 de 1995. Igualmente, es importante asegurar la permanencia de las garantías, incluso después de cambios en los órganos de administración de las empresas.

El superintendente *ad hoc* observó que, sin perjuicio del esquema señalado en el literal 2.1 del documento de ofrecimiento de garantías presentado por los investigados el 12 de febrero de 1998 y que sirve de partida para examinar la cuestión en conjunto, tienen que individualizarse las garantías ofrecidas teniendo en cuenta que, en su propuesta, cada una de las partes debe especificar la manera en que habrá de asegurar, individualmente, que ellas se cumplan.

Décima octava: Que, como consecuencia de lo anteriormente expuesto, se expidió la Resolución 02 del 30 de marzo de 1999, en la que se determinaron las fechas en las que se evaluó la forma en que se debería complementar el escrito que corresponde a cada una de las investigadas, con base en las pautas definidas en la primera audiencia. Todo ello bajo el entendido de que las garantías ofrecidas deberían reunir la suficiencia indispensable para que el superintendente *ad hoc* decidiera si ellas son pertinentes o no para dar por concluida la investigación.

Décima novena: Que, en desarrollo de las reuniones celebradas entre el 9 de abril y el 21 de abril del presente año, las investigadas precisaron las garantías ofrecidas, en los términos acordados en la audiencia celebrada el día 26 de marzo de 1999, de la siguiente manera:

Personas jurídicas

| N° | Propuesta | GA ²⁶ | CB ²⁷ | CPR ²⁸ | CDS ²⁹ | ICPC ³⁰ |
|----|---|------------------|------------------|-------------------|-------------------|--------------------|
| 1. | No celebrar acuerdos cuyo objeto u efecto sea la repartición de mercados ³¹ . | X | X | X | X | |
| 2. | No celebrar acuerdos que condicionen la decisión sobre la venta de cemento al destino final ³² . | X | X | X | X | X |
| 3. | Hacer explícito el esquema de distribución del cemento gris. | X ³³ | X ³⁴ | X ³⁵ | X ³⁶ | |

Continúa

26 Grupo Argos.

27 Cementos Boyacá.

28 Cementos Paz del Río.

29 Cemento Diamante Samper.

30 Instituto Colombiano de Productores de Cemento..

31 Se entiende que los sujetos de dichos acuerdos son los demás productores, excluyendo así los acuerdos verticales de distribución.

32 Debe interpretarse dentro de la política de comercialización del grupo al que pertenezca.

33 Señala que no tiene una política de transporte definida, pues si bien algunas empresas tienen participación en sociedades transportadoras, ello busca evitar que la movilización de su producto dependa exclusivamente de terceros.

34 No obstante, se entiende que ello no impedirá a Cementos Boyacá S.A. determinar en forma autónoma la estructura de su red de comercialización con el objeto de hacerla más eficiente y competitiva, para lo cual podrá asignar exclusividades territoriales con los comercializadores (repartición vertical).

Igualmente, permite exigir a los comercializadores mayoristas la atención de zonas geográficas en las que no exista presencia suficiente del producto de Cementos Boyacá.

35 Esta empresa se compromete voluntariamente a no suspender el suministro o la venta de cemento, ni a imponer condiciones más gravosas, por el hecho de que sus mayoristas vendan o suministren el cemento en uno u otro destino. Se resalta que este ofrecimiento está fundado en su forma de distribución.

No obstante, se entiende que ello no obsta para que CPR nombre mayoristas con exclusividad de territorio cuando ello haga más eficiente la comercialización del cemento en la zona respectiva y exija a sus mayoristas que atiendan o vendan el cemento a algunos destinos que no estén adecuadamente atendidos.

Continuación

| Nº | Propuesta | GA | CB | CPR | CDS | ICPC |
|----|--|----|-----------------|-----------------|-----------------|------|
| 4. | Informar cualquier modificación sobre los esquemas de distribución | X | X | X | X | |
| 5. | Ordenar, a través de la junta directiva o del órgano social competente, a los representantes legales y a los directivos actuales y futuros el acatamiento de la política empresarial sobre competencia y el cumplimiento y ejecución de las garantías. | X | X | X | X ³⁷ | |
| 6. | Aprobar por medio de la junta directiva una decisión que contenga la política de la compañía en materia de cumplimiento de las normas sobre derecho de la competencia. | X | X | X | X | |
| 7. | Mantener disponible la información sobre precios, cantidades, destino de venta del cemento y valor del flete. | X | X ³⁸ | X ³⁹ | X ⁴⁰ | |
| 8. | Vincular en las garantías a todas las sociedades controladas o vigiladas, con el alcance de lo que la doctrina llama grupo económico, en el cumplimiento de las garantías. | X | X | N.A. | X | |

Continúa

36 Teniendo en cuenta que el esquema de distribución se hace a través de terceros, no presentan ninguna propuesta, advirtiendo que no hay ningún tipo de restricción por el destino del cemento que ellos comercializan.

37 No refiere los administradores futuros, pero sí incluye las relaciones comerciales entre sus empleados y terceros.

38 Se compromete a entregarla semestralmente.

39 Sólo refiere cantidades despachadas y solicitadas.

40 Sólo refiere cantidades despachadas y solicitadas.

Continuación

| N° | Propuesta | GA | CB | CPR | CDS | ICPC |
|-----|---|----|----|-----------------|-----|------|
| 9. | Impulsar la aprobación en el órgano social competente de las sociedades distribuidoras de las que sean socias la obligación de acatar las garantías de no coadyuvar la celebración o implementación de pactos cuyo objeto u efecto sea la repartición de mercados y la de no implementar acuerdos que condicionen la decisión sobre la venta de cemento al lugar de destino del producto. | X | X | X ⁴¹ | X | |
| 10. | Imponer a los distribuidores directos la obligación de acatar las garantías. | X | | | | |
| 11. | Monitorear periódicamente la actividad de sus principales comercializadores e informar cualquier irregularidad. | | X | X | | |
| 12. | Procurar que el ICPC adopte una política sobre cumplimiento de las normas relativas a la promoción de la competencia. | | X | X | | |
| 13. | Requerir a sus clientes la colaboración necesaria para hacer eficaces las garantías ofrecidas. | | | | X | |
| 14. | Ilustrar a los clientes sobre las garantías y las disposiciones legales vigentes en materia de competencia. | | | X | | |

Continúa

41 En el evento en el cual CPR pasare a ser parte de un grupo económico esta compañía podrá acatar y respetar las políticas de ventas que determine la administración y dirección del grupo en cuestión.

Continuación

| Nº | Propuesta | GA | CB | CPR | CDS | ICPC |
|-----|---|----|----|-----|-----|------|
| 15. | No remitir a sus afiliados información sobre despachos, precios y fletes de cemento gris discriminada por empresas, que haya sido obtenida de los mismos productores de cemento de Colombia, sus filiales y sus matrices, salvo la que corresponda a informes que detallen los estados financieros de fin de año. | | | | | X |
| 16. | Promover la aprobación en la junta directiva de una decisión que contenga la política del Instituto en materia de cumplimiento de las normas sobre derecho de la competencia. | | | | | X |
| 17. | Promover la aprobación en la junta directiva de una orden al representante actual y a los directivos actuales y futuros de comprometerse con el cumplimiento de las normas sobre competencia y, de manera específica, con el cumplimiento y ejecución de las garantías que se ofrecen por medio del presente escrito. | | | | | X |

Personas naturales

| | | | | | | |
|----|---|---|---|---|---|---|
| 1. | No autorizar, tolerar o ejecutar la realización de pacto o acuerdo alguno que tenga por objeto o como efecto la repartición del mercado de cemento gris. | X | X | X | X | X |
| 2. | No autorizar, ejecutar o tolerar el intercambio de información sobre despachos, precios y fletes de cemento gris discriminada por empresas, que haya sido obtenida de los mismos productores de cemento de Colombia, sus filiales y sus matrices, salvo la que corresponda a informes que detallen los estados financieros de fin de año. | X | | | | |
| 3. | Actuar con la diligencia necesaria para que se cumplan las garantías ofrecidas. | | | | | |

Vigésima: Que la Superintendencia de Industria y Comercio no profirió ninguna medida de tipo cautelar durante el transcurso de la investigación que tuviera como objeto la suspensión de las actividades “presuntamente” violatorias de las normas de competencia.

Vigésima primera: Que el superintendente de Industria y Comercio *ad hoc* encuentra procedente aceptar las garantías ofrecidas por las sociedades investigadas, en los términos que se definen en la parte resolutive de esta providencia, e impartir unas órdenes adicionales, entendiendo que ellas promueven un mejor funcionamiento del mercado, brindan una mayor transparencia y garantizan que en el futuro no se presentarán distorsiones, en particular del precio, que restrinjan la libre competencia, con todo lo cual se benefician los consumidores y se consulta la finalidad del derecho de la competencia.

RESUELVE

Primero: Reconocer al Dr. LUIS GABRIEL BOTERO PELÁEZ, identificado con cédula de ciudadanía n° 8.238.020 y con tarjeta profesional n° 3079 expedida por el Ministerio de Justicia como apoderado de la Compañía de Cemento Argos S.A., Cementos Nare S.A., Cementos de Caldas S.A., Cementos El Cairo S.A., Cementos Río Claro S.A., según poderes conferidos el 14 de mayo de 1997, de Cementos del Valle S.A. y LUIS FERNANDO VERGARA MUNARRIZ, según poder conferido el 28 de septiembre de 1998 y de Cementos Caribe S.A. y JUAN ROMERO TORRES, según poderes otorgados el 20 de octubre de 1998 y el 25 de marzo de 1999, respectivamente.

Segundo: Aceptar como garantía los siguientes ofrecimientos presentados por las personas vinculadas a la investigación mediante la Resolución 318 de 1997 de la Superintendencia de Industria y Comercio, en los siguientes términos:

Por parte de las sociedades investigadas:

No celebrar pactos o acuerdos cuyo objeto u efecto sea la repartición de mercados, ni que condicionen la decisión sobre la venta de cemento al destino final. Se entiende que los sujetos de estos acuerdos son los productores, excluyendo así los acuerdos verticales de distribución;

Mantener a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio el esquema de distribución del cemento gris ante la

Superintendencia de Industria y Comercio, así como cualquier modificación sustancial del mismo;

Dar cumplimiento a las normas sobre libre competencia y a las garantías ofrecidas. La junta directiva o el órgano social competente y el revisor fiscal velarán por el cumplimiento de esta disposición en cabeza de los representantes legales y de los administradores actuales y futuros;

Aprobar, por medio de la junta directiva o el órgano social competente, una decisión que contenga la política de la compañía relacionada con la forma como se dará cumplimiento a las normas sobre derecho de la competencia;

Mantener a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio información sobre precios, tipo, cantidades y destino de venta del cemento y de los costos de transporte, sean ellos fletes terrestres, ferroviarios, marítimos o fluviales, bajo el entendido que dicha información deberá estar consolidada, y

Vincular a todas las sociedades controladas o vigiladas cuyo objeto sea o esté relacionado con la producción o distribución del cemento gris, al cumplimiento de las garantías y de las normas de competencia. Esta vinculación incluye de manera especial a las sociedades distribuidoras de las que sean socias o accionistas, y deberá aplicarse en forma armónica con la política de comercialización del grupo al que pertenezca.

Por parte del ICPC

Dar cumplimiento a las normas sobre libre competencia y el cumplimiento y ejecución de las garantías ofrecidas. La junta directiva o el órgano social competente y el revisor fiscal velarán por el cumplimiento de esta disposición, en cabeza de los representantes legales y de los administradores actuales y futuros, y

No remitir a sus afiliados, ni a las controlantes, matrices o subordinadas de éstas, información sobre despachos, precios y fletes de cemento gris discriminada por empresas que haya sido obtenida de los mismos productores de cemento de Colombia, sus filiales y sus matrices, salvo la que corresponda a informes que detallen los estados financieros.

Por parte de CARLOS ALBERTO OSSA MORENO, GUILLERMO RUBIO, JUAN ROMERO TORRES, JUAN MANUEL RUISECO, LUIS FERNANDO VERGARA MUNARRIZ, TOMÁS KNOEPFEL y JOSÉ ALEJANDRO GÓMEZ MESA:

No autorizar, tolerar o ejecutar la realización de pacto o acuerdo alguno que tenga por objeto o como efecto la repartición del mercado de cemento gris, y

No remitir a las demás sociedades cementeras, ni a las controlantes, matrices o subordinadas de éstas, información sobre despachos, precios y fletes de cemento gris discriminada por empresas que haya sido obtenida de los mismos productores de cemento de Colombia, sus filiales y sus matrices, salvo la que corresponda a informes que detallen los estados financieros.

Por parte de CARLOS ALBERTO OSSA MORENO:

No remitir a las demás sociedades cementeras, ni a las controlantes, matrices o subordinadas de éstas, información sobre despachos, precios y fletes de cemento gris discriminada por empresas que haya sido obtenida de los mismos productores de cemento de Colombia, sus filiales y sus matrices, salvo la que corresponda a informes que detallen los estados financieros.

Tercero: Ordenar a JORGE MARIO VELÁZQUEZ, JORGE MURGUEITIO JARAMILLO y ADOLFO ARANGO MONTOYA, GERMÁN BOTERO ARANGO, LUIS FERNANDO OCHOA ACEVEDO identificados respectivamente con las cédulas de ciudadanía 70.551.175 de Envigado, 14.941.247 de Cali y 8.215.542 de Medellín, 8.290.797 de Medellín, 8.302.144 de Envigado, mientras ejerzan la calidad de representantes legales y administradores de Cementos Nare S.A., Cementos de Caldas S.A. y Cemento Argos S.A., Cementos El Cairo S.A. y Cementos Río Claro S.A.:

No autorizar, tolerar o ejecutar la realización de pacto o acuerdo alguno que tenga por objeto o como efecto la repartición del mercado de cemento gris, y

No remitir a las demás sociedades cementeras, ni a las controlantes, matrices o subordinadas de éstas, información sobre despachos, precios y fletes de cemento gris discriminada por empresas que haya sido obtenida de los mismos productores de cemento de Colombia, sus filiales y sus matrices, salvo la que corresponda a informes que detallen los estados financieros.

Cuarto: Ordenar a los representantes legales de Cementos Diamante Samper S.A., Cemento Argos S.A., Cementos del Nare S.A., Cementos del Caribe S.A., Cementos del Valle S.A., Cementos El Cairo S.A., Cementos Río Claro S.A., Cementos de Caldas S.A., Cementos Boyacá S.A. y Cementos Paz del Río S.A., que el reporte de la información que suministren al ICPC sobre cantidades, tipo y destino de venta del cemento

tenga el carácter de una certificación o constancia suscrita por quien tenga la condición de representante legal.

Quinto: Ordenar a los representantes legales de Cementos Diamante Samper S.A., Cemento Argos S.A., Cementos del Nare S.A., Cementos del Caribe S.A., Cementos del Valle S.A., Cementos del Cairo S.A., Cementos Río Claro S.A., Cementos de Caldas S.A., Cementos Boyacá S.A. y Cementos Paz del Río S.A.:

Ilustrar a sus clientes sobre las garantías y las disposiciones legales vigentes en materia de competencia y requerirles la colaboración necesaria para hacerlas eficaces, y supervisar semestralmente la actividad de sus principales comercializadores e informar cualquier cambio o alteración de las condiciones del mercado a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Sexto: Ordenar al Instituto Colombiano de Productores de Cemento, Cementos Diamante Samper, Cemento Argos S.A., Cementos del Nare S.A., Cementos del Caribe S.A., Cementos del Valle S.A., Cementos del Cairo S.A., Cementos Río Claro S.A., Cementos de Caldas S.A., Cementos Boyacá S.A. Cementos Paz del Río S.A. y CARLOS ALBERTO OSSA MORENO en su condición de representante legal del Instituto Colombiano de Productores de Cemento y GUILLERMO RUBIO, JUAN ROMERO TORRES, ADOLFO ARANGO MONTOYA, JORGE MARIO VELÁZQUEZ, JUAN MANUEL RUISECO, LUIS FERNANDO VERGARA MONARREZ, GERMÁN BOTERO ARANGO, LUIS FERNANDO OCHOA, JORGE MURGUEITIO JARAMILLO y TOMÁS KNOEPFEL como representantes legales de las sociedades investigadas reportar a este Despacho dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de notificación de la presente resolución un informe sobre la ejecución y el cumplimiento de las garantías y órdenes impartidas; y mantener, en adelante, a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio, información completa sobre la forma en que se están cumpliendo los ofrecimientos aceptados mediante la presente resolución, así como las demás órdenes impartidas.

Séptimo: Dar por concluida la investigación abierta mediante la Resolución 318 de 1997 del 6 de marzo de 1997 en contra del Instituto Colombiano de Productores de Cemento, Cementos Diamante Samper, Cemento Argos S.A., Cementos del Nare S.A., Cementos del Caribe S.A., Cementos del Valle S.A., Cementos del Cairo S.A., Cementos Río Claro S.A., Cementos de Caldas S.A., Cementos Boyacá S.A. Cementos Paz del Río S.A. y CARLOS ALBERTO OSSA MORENO en su condición de representante legal del Instituto Colombiano de Productores de Cemento

y GUILLERMO RUBIO, JUAN ROMERO TORRES, ADOLFO ARANGO MONTOYA, JORGE MARIO VELÁZQUEZ, JUAN MANUEL RUISECO, LUIS FERNANDO VERGARA MONARREZ, GERMÁN BOTERO ARANGO, LUIS FERNANDO OCHOA, JORGE MURGUEITIO JARAMILLO, TOMÁS KNOEPFEL Y JOSÉ ALEJANDRO GÓMEZ MESA como representantes legales de las sociedades investigadas.

El incumplimiento de las anteriores garantías y de las órdenes impartidas en la presente resolución, dará lugar a la imposición de las sanciones previstas en el Decreto 2153 de 1992.

Contra la presente resolución procede recurso de reposición.

Notifíquese y cúmplase

Dada en Santa Fe de Bogotá D.C.

JORGE PINZÓN SÁNCHEZ

TODOS CONTRA TODOS OPERADORES DE LARGA DISTANCIA*

- “Guerra” de campañas publicitarias entre operadores de larga distancia, ha generado numerosas denuncias por competencia desleal ante la Superintendencia.
- El más denunciado es ORBITEL, y el que más protesta es TELECOM.
- “De todas estas promociones de minutos gratis quien se beneficia es el consumidor” dice el superintendente, EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA.

La apertura del mercado de operadores de larga distancia en Colombia, que comenzó en 1998, está mostrando sus primeros frutos.

A lo largo de este lapso, se ha visto que uno de los sectores que mayor dinamismo y presencia ha alcanzado en los medios masivos como televisión, prensa y radio, es el de las telecomunicaciones.

Pero lo más interesante se está presentando en el terreno de las denuncias hechas ante la Superintendencia de Industria y Comercio por competencia desleal, en donde los competidores, TELECOM, ETB y ORBITEL, se quejan —bien de manera individual o en conjunto— por la manera como sus adversarios conquistan un mercado que anualmente puede mover hasta 2 billones de pesos.

Desde diciembre de 1998 —inmediatamente se abrió el mercado para operadores de larga distancia distintos a TELECOM, entidad oficial que durante 51 años fue el único prestador de este servicio— empezaron

* Documento preparado por la Oficina de Prensa de la SIC.

las denuncias. En este momento unidos, Telecom, Orbitel y la ETB decidieron denunciar a COMCEL (operador celular) por competencia desleal pues sin tener licencia para operar el servicio de larga distancia, lo prestaba bajo el uso de una nueva tecnología (recordemos el famoso IP) a un costo menor.

En el último año y medio, en lo relacionado con operadores de larga distancia internacional se han abierto por denuncias de competencia desleal 6 investigaciones y en este momento se encuentran en estudio dos más –ORBITEL contra la ETB y TELECOM contra la ETB por cuanto ésta última realizó en el mes de las madres una agresiva campaña que ofrecía al consumidor la posibilidad de hablar “todo lo que quiera” con un cargo único fijo nacional de \$15.000 y un cargo fijo nacional e internacional de \$30.000, durante las 24 horas del día.

Al parecer el más molesto con todo este asunto por la disputa es TELECOM, pues a raíz de sus denuncias, se han abierto dos investigaciones contra la ETB y dos contra ORBITEL. Le sigue la ETB quien demandó a TELECOM y a ORBITEL. Por ahora, éste último parece estar a la zaga en cuestión de “protestar” a pesar que es el más denunciado, debido precisamente a la agresividad de sus campañas.

LOS CASOS

La primera investigación se abrió a raíz de las acusaciones que por separado hicieron la “Liga de usuarios de telecomunicaciones y telefonía celular”, LITECEL y TELECOM, ambas contra la ETB ya que en el directorio telefónico de páginas blancas de Bogotá esta última empresa incluyó en la portada una gráfica en la que aparecía un cartón con el 09 y la multitud emitía chiflidos de desaprobación y cuando aparece el cartón con el 05 se vitoreaba su entrada.

TELECOM fue el denunciante y la SIC encontró méritos para abrir la investigación contra ORBITEL por actos de engaño y descrédito.

El tercer caso está relacionado con una campaña de descuentos telefónicos a través de una tarjeta que lanzó la ETB la que luego hizo llegar a los usuarios del Banco de Colombia. La tarjeta contenía en el anverso la frase distintiva “Aló mamá”, mencionando en el reverso el premio que obtenía su titular. Como se sabe el lema “Aló mamá” es utilizado por TELECOM en sus campañas publicitarias. Esta empresa fue

la denunciante ante la SIC, entidad que encontró méritos para abrir investigación por actos de desviación de clientela y de confusión.

La ETB también le respondió a TELECOM. Según la primera, en la reciente campaña de publicidad en donde TELECOM ofrecía gratis durante el sábado el total de minutos llamados por larga distancia en el curso de la semana, se estaría contrariando el principio de la buena fe comercial dado que la oferta no cumplía con las características de gratuidad que ofrecía, pues según la ETB, el operador estatal recuperaba en forma “directa, inmediata e inclusive anticipada, el costo del servicio que anuncia como gratis”.

Sea abrió investigación contra TELECOM por prohibición general, actos de desviación de la clientela y violación de normas.

Por la misma época y argumentando los mismos motivos la ETB también denunció a ORBITEL a raíz de la campaña de promoción que anunciaba que todas las llamadas de larga distancia que se hicieran el sábado 5 de febrero de 2000 y que duraran 5 minutos, serían gratis. Después, a partir del 6 de febrero se inició otra promoción que ofrecía a los usuarios igual número de minutos gratis el sábado que los hablados durante la semana. La denuncia se elevó ante la entidad de control y vigilancia y los motivos por los cuales se abrió la investigación fueron prohibición general, desviación de clientela y violación de normas.

Por esta misma campaña TELECOM decidió denunciar a ORBITEL. A propósito, en estas últimas dos denuncias, tanto ETB como TELECOM solicitaron a la SIC, que como medida cautelar se le ordenara a ORBITEL suspender de manera inmediata la emisión de dicha promoción. En ambos casos la entidad negó la petición

“Sin duda los más beneficiados por estas agresivas campañas publicitarias en donde los descuentos están a la orden del día, somos todos los colombianos. Creo que las cosas en un futuro cercano se normalizarán en el sentido en que los operadores dejarán de quejarse tanto y se pondrán efectivamente a competir no sólo con tarifas sino con calidad y oportunidad del servicio”,

afirmó el superintendente de industria y comercio, EMILIO JOSÉ ARCHILA.

CASO DEL SERVICIO TELEBIP

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO

1. METODOLOGÍA

Para resolver el caso se deben seguir las instrucciones que se detallan a continuación:

La situación fáctica que se describe en este examen es completamente ficticia. Los personajes y/o empresas que aquí se describen, no tienen relación con ninguna empresa o persona de la vida real.

El caso deberá ser resuelto en forma individual y por escrito, en un tiempo máximo de dos horas treinta minutos.

Los estudiantes deberán producir sus respuestas estrictamente desde el punto de vista del *rol* que se les asigne en el ejercicio. El análisis que se haga sobre cada uno de los interrogantes señalados al final deberá ser profundo, claro y perfectamente sustentado en las disposiciones jurídicas a su alcance.

2. PLANTEAMIENTO

A pesar de su juventud, pero teniendo en cuenta su excelente preparación en derecho de la competencia y telecomunicaciones (rara especialidad de gran auge en estos días de apertura), usted ha sido llamado por el gobierno a desempeñar el cargo de superintendente delegado para telecomunicaciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD).

Inmediatamente después de su posesión, el superintendente lo llama a su despacho para encargarle de manera muy especial el caso que a continuación se propone, el cual se encuentra totalmente documentado en el expediente, en el cual usted encuentra plena prueba de lo siguiente:

El audaz e ingenioso empresario español PEDRO AZNAR llegó a Colombia hace poco más de un año y ya ha generado un gran revuelo en el mercado de las telecomunicaciones del país. AZNAR compró inicialmente una pequeña compañía habilitada para prestar el servicio de buscapersonas “CALLBEEP Ltda.,” la cual poco tiempo después lanzó al mercado un revolucionario sistema basado en tecnología rusa, por medio de la cual los usuarios, utilizando las frecuencias para buscapersonas y un novedoso y diminuto terminal desarrollado inicialmente para la KGB (denominado KGB 2001), pueden comunicarse con cualquier teléfono fijo o móvil dentro del país y en el exterior, sin utilizar la red telefónica pública conmutada ni la red celular.

El servicio ofrecido por “CALLBEEP Ltda.” fue anunciado con bombos y platillos por AZNAR, quien bautizó el nuevo servicio como “TELEBIP” y lanzó una agresiva campaña de publicidad y promociones, con el objeto de posicionar su nuevo servicio en el mercado colombiano de las telecomunicaciones inalámbricas, para lo cual tomó la decisión corporativa de cobrar a sus usuarios una tarifa de solamente Col. \$50,00 por minuto a cualquier lugar del mundo, la cual no cubría sus costos operacionales promedio, pero le permitiría ganar por lo menos el 30% del mercado de telefonía inalámbrica en pocos meses. AZNAR pensaba reponer las pérdidas ocasionadas por la promoción inicial de BEEPTEL, mediante el cobro de una tarifa dos veces más alta que la que existiría en un mercado en competencia, a los usuarios de su otra compañía, dedicada a la prestación de servicios de *trunking*, “CALLTRUNK Ltda.”. Asimismo, esperaba recaudar importantes recursos mediante la venta de los equipos KGB 2001, que según su publicidad eran los únicos que podían prestar los servicios de telecomunicaciones inalámbricas ya descritos.

Frente a esta situación, las compañías de Telefonía Móvil Celular (TMC) y las de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia (TPBCLD), otrora enemigas acérrimas, se aliaron y lanzaron una agresiva campaña publicitaria que contenía toda clase de insultos personales contra AZNAR, así como información evidentemente errónea con relación a las características técnicas del producto y con las supuestas ventajas que la TPBC y la TMC ofrecían a los usuarios. Adicionalmente decidieron no otorgarle interconexión a “CALLBEEP Ltda” ni a “CALLTRUNK Ltda.”

con la clara intención de bloquear la dura competencia que planteaba AZNAR y llegaron a un acuerdo para igualar las tarifas de TPBCLD y las de TMC en Col. \$30,00 el minuto, con lo cual esperaban desterrar del mercado a AZNAR, a pesar de la pérdida que ello implicaba.

Ante esta angustiada situación, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT) adelantó una investigación de emergencia en ejercicio de las facultades que le otorga el artículo 73.2. de la Ley 142 de 1994 y llegó a la conclusión que a pesar de no utilizar la Red Telefónica Pública Conmutada (RTPC), el servicio “TELEBIP” reducía la competencia entre las empresas de TPBC y le permitía a “CALLBEEP Ltda.” abusar de la posición dominante en el mercado de los servicios de TPBCLD, razón por la cual tomó la determinación de someter a dicha empresa a su regulación, a la vigilancia de la SSPD y al imperio de la Ley 142 de 1994.

AZNAR reaccionó de manera inmediata, y antes de 24 horas ya había radicado una furiosa demanda contra las compañías de TMC y TPBCLD, ante la SSPD, por la realización de varias prácticas de competencia desleal. Ni cortos ni perezosos, los operadores de TMC y TPBC presentaron también ante la SSPD, una demanda por prácticas restrictivas de la competencia y de competencia desleal contra “CALLBEEP Ltda.”.

3. PREGUNTAS

Su tarea consiste en escribirle un memorando interno de trabajo al superintendente de servicios públicos domiciliarios, en el cual usted deberá contestar de manera detallada y sustentada en normas jurídicas, los siguientes interrogantes:

- a. ¿Es competente la SSPD para adelantar el caso iniciado ante ella por las compañías de TMC y TPBCLD en contra de “CALLBEEP Ltda.”? En caso contrario, ¿quién es competente? Además indique qué tipo de procedimiento se seguiría para decidir el caso, la naturaleza de la decisión que lo concluiría y el camino para obtener el resarcimiento de los perjuicios, por parte del afectado.
- b. ¿Es competente la SSPD para adelantar el caso iniciado ante ella por “CALLBEEP Ltda.”, contra las compañías de TMC y TPBCLD? En caso contrario, ¿quién es competente? Además indique qué tipo de

procedimiento se seguiría para decidir el caso, la naturaleza de la decisión que lo concluiría y el camino para obtener el resarcimiento de los perjuicios, por parte del afectado.

- c. ¿Es competente la CRT para adelantar la investigación mencionada contra “CALLBEEP Ltda.”? ¿En caso contrario, explique quién es competente y por qué razón?
- d. Analice las prácticas que le fueron probadas a “CALLBEEP Ltda.” y explique qué normas vulneran. Si considera que no vulneran ninguna, explique porqué razón.
- e. Analice las prácticas que le fueron probadas a las compañías de TMC y TPBCLD y explique qué normas vulneran. Si considera que no vulneran ninguna, explique porqué razón.

Esta publicación se terminó
de imprimir en enero de 2001
en la Fundación Cultural Javeriana
de Artes Gráficas —JAVEGRAF—
Bogotá, D.C.

SEMINARIOS

- 1** Anotaciones sobre derecho indiano
- 2** El daño justificado
- 3** Fichas y reseñas bibliográficas
- 4** Banco de casos
- 5** "CEDEC" Centro de Estudios de Derecho de la Competencia 2ª Edición
- 6** Derecho del trabajo y relaciones laborales en España
- 7** Jornadas colombo-venezolanas de derecho público
- 8** "CEDEC II" Centro de Estudios de Derecho de la Competencia
- 9** Memorias foro de política criminal
- 10** "CEDEC III" Centro de Estudios de Derecho de la Competencia
- 11** Talleres de divulgación e implementación de la convención interamericana contra la corrupción



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



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
Facultad de Ciencias Jurídicas