

Aproximación al régimen de defensa de la competencia en Colombia

Approach to the colombian antitrust law

*Camilo Ortega Sáchica**

Resumen

El objetivo principal de este artículo es proporcionar una revisión general sobre la ley de competencia en Colombia. En este documento se describen los principales aspectos de los enfoques dados por las autoridades de Colombia desde la promulgación de la Ley de Promoción de la Competencia (Ley 1340 de 2009).

Por lo tanto, este documento describe la base de la Ley de Competencia de Colombia a través de una vista panorámica de la política de competencia de Colombia y el papel que desempeñan las autoridades locales en los últimos marcos (Ley 1340 de 2009). Este enfoque ofrece información sobre los puntos fuertes y débiles del sistema en el contexto del desarrollo económico, al mismo tiempo que muestra el notable papel que la aplicación de la ley antimonopolio ha tenido en la superación de los diferentes temas que Colombia está enfrentando como una economía en crecimiento.

Palabras clave: política de competencia, la legislación sobre competencia, marco legal, de defensa de la competencia, promueve la competencia.

Abstract

The main purpose of this article is to provide a general review about Colombian competition law. This paper will describe the main aspects of the approaches given by the

* Abogado de la Cámara de Comercio de Bogotá vinculado a la vicepresidencia de servicios registrales. Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

Colombian Authorities since the enactment of the “Law of the promotion of Competition” (Law 1340 2009).

Therefore, this paper describes the basis of Colombian Competition Law through a panoramic view of the Colombian Competition policy and the role that the local authorities play in recent frameworks (Law 1340 2009). This approach offers insights about the strong and weak points of the system in the context of economic development at the same time that it shows the remarkable role that the antitrust law enforcement has had in overcoming the different issues that Colombia is confronting as a growing economy.

Key words: competition policy, competition law, legal framework, competition defense, promotes competition.

Introducción

El derecho de la competencia o derecho antimonopolio (*Anti-trust Law*), como es más conocida mundialmente esta disciplina jurídico-económica, tiene como propósito fundamental el adecuado funcionamiento del modelo de economía de mercado y de los principios que la orientan, es decir que exista libertad de entrada y salida del mercado, que la fijación de precios se establezca conforme a la ley de oferta y demanda, que haya un mantenimiento de la calidad de los bienes y servicios que se ofrecen en el mismo y se garantice la libertad de elección del consumidor.

Bajo dichos presupuestos se orienta el desarrollo de la política de libre competencia, la cual surge como la garantía fundamental que sustenta el modelo de desarrollo económico de libre mercado¹ el cual necesariamente requiere del amparo de un marco jurídico para responder a los desafíos que impone la apertura económica, que como fenómeno propio de la globalización, debe ser tenido en cuenta cuando se habla de política de competencia.

En este trabajo se establecerá si las normas vigentes responden a los fines del derecho de la competencia y si estas logran el objetivo de modernizar y mejorar la actividad de las autoridades que intervienen en su promoción y defensa en el ámbito local.

¹ Los modelos económicos de desarrollo referidos principalmente en la doctrina económica son: 1. modelo liberal de economía de libre mercado, 2. modelo de economía centralmente planificada y 3. modelo de economía mixta (Sarmiento, 2002).

Los ejes temáticos que se desarrollarán dentro de la aproximación general al marco jurídico que nos ocupa son los siguientes: i. Origen y características fundamentales del derecho de la competencia, ii. Conductas y prácticas restrictivas de la libre competencia, iii. Integraciones empresariales que restringen la competencia, iv. Excepción al régimen de promoción y protección de la competencia, v. Régimen sancionatorio, vi. Conclusiones en relación con el análisis crítico propuesto.

Esta revisión normativa permitirá aproximarse al régimen de competencia colombiano y formular desde el ejercicio académico, algunas consideraciones que ofrecerán una visión general de la materia y su estado actual a través de la evolución doctrinaria y jurisprudencial, que permitirá establecer los fines que se persiguen cuando un Estado decide entrar en la dinámica del libre mercado y la promoción y protección de la competencia.

Planteamiento del problema de investigación

El presente trabajo tiene como propósito fundamental el examen del régimen legal en materia de competencia, teniendo en cuenta las diferentes normas existentes al respecto, en especial la Ley 1340 (2009), norma con la que se pretendió modernizar el régimen y se designó a la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC) como autoridad única de competencia, dejando a su cargo el liderazgo de las investigaciones e imposición de sanciones en coordinación con las superintendencias sectoriales especializadas². Los actuales desafíos de una economía de mercado necesitan de una política de Competencia clara y de un régimen legal e institucional adecuado, por lo cual resulta

² Artículo 8 (Ley 1340, 2009). *Aviso a otras autoridades (...)* la Superintendencia de Industria y Comercio deberá comunicar tales hechos a las entidades de regulación y de control y vigilancia competentes según el sector o los sectores involucrados (...) Los conceptos emitidos por las referidas autoridades deberán darse en el marco de las disposiciones legales aplicables a las situaciones que se ventilan y no serán vinculantes para la Superintendencia de Industria y Comercio. Sin embargo, si la Superintendencia de Industria y Comercio se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar, de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos jurídicos o económicos que justifiquen su decisión.

oportuno llevar a cabo la revisión normativa que se propone, con el fin de determinar si la reciente disposición (Ley 1340, 2009) logró el propósito de actualizar y mejorar el sistema de promoción de la competencia colombiano.

La eficacia de la política de competencia y de una legislación sobre la materia depende de la actividad coordinada y eficaz de los agentes que desarrollan la gestión de control y vigilancia administrativa de las actuaciones contrarias a la competencia, que bajo el esquema definido en la Ley 1340, fue reorientado con la incorporación de instituciones jurídicas, procedimientos y competencias, en donde la SIC asume un papel fundamental con la función de abogacía de la competencia a esta otorgada³. Este esfuerzo académico pretende dar a los lectores un análisis del régimen general de competencia colombiano considerando los antecedentes de esta disciplina jurídica y la justificación de su existencia en una economía de mercado, resaltando las bondades y posibles debilidades del régimen actual.⁴

Origen y características fundamentales del derecho de la competencia⁵

El derecho antimonopolio o derecho de la competencia se originó en los Estados Unidos de América en torno al debate sobre

³ Artículo 7 (Ley 1340, 2009). *Abogacía de la Competencia*. Además de las disposiciones consagradas en el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados...

⁴ Algunas debilidades que señalaron autores nacionales del régimen de competencia colombiano previo a la reforma legislativa de 2009 se refirió a lo siguiente: a) problema de la legislación, y b) la debilidad institucional de la Superintendencia de Industria y comercio (SIC). Véase Miranda (2011) y Cortázar (2003).

⁵ El derecho de la competencia se define como el conjunto de normas correctivas y preventivas cuyo objetivo o fin es proteger y promover la libre competencia en los mercados (Cortázar Mora, 2011, p. 4). También es definido como el ordenamiento jurídico que pretende regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado en aras del interés público (Miranda, 2006).

dos ideas opuestas, relacionadas con el concepto de mercado y el papel del Estado en la dinámica de las transacciones propias de una economía capitalista.

En el desarrollo de ese debate y el contexto socio-político por el que atravesaba Estados Unidos (Guerra Civil 1861-1865) y el crecimiento económico acelerado de la federación, en el contexto de la Revolución Industrial, impulsado por la clase empresarial surgida en la post-guerra, fueron los principales hechos antecedentes al surgimiento de este derecho (Cortázar, 2011).

Dadas esas circunstancias, fue necesaria una respuesta por parte del Estado que dentro del marco de las reglas del derecho común (*common law*), los contratos y la propiedad, creó un instrumento legal que posibilitara el control de la ruda competencia existente entre las empresas y así evitar la concentración de los medios de producción, los cuales eran controlados a través de “los acuerdos económicos (*corporate trust*) y los carteles de precios (*pooling agreements*) que permitían a la clase empresarial fijar artificialmente los precios y repartirse el mercado” (Miranda, 1992). Estos hechos, si bien produjeron un desarrollo económico en los Estados Unidos, también generaron un costo social considerable y un desmesurado enriquecimiento de la clase empresarial norteamericana de la época.

Bajo esa realidad, los movimientos sociales (pequeños empresarios y consumidores) exigían un cambio radical de postura por parte de la federación, lo cual creó el ambiente propicio para la discusión del tema de los *trust* en el seno del Congreso de los Estados Unidos, con el objetivo de buscar un remedio que solucionara la problemática social que afrontaba la nación norteamericana de la post-guerra. La cuestión fundamental se concentró en la discusión sobre la actuación activa o pasiva que debía asumir el Estado, en la dinámica del comercio, es decir la decisión de controlar o no la concentración del poder de mercado mediante una ley que estableciera reglas correctivas, o si por el contrario, esa labor era propia de las relaciones privadas de negocios, en donde la intervención del Estado era considerada como una barrera de entrada para nuevos participantes en la dinámica de la economía.

Esta disyuntiva surgió en torno a dos visiones: la visión evolutiva de los mercados y la visión intencional de los mercados. La visión evolutiva (*evolutionary visión*), conforme lo expresa Page (1991, 2008), señala que las reglas del mercado destruyen los monopolios, sin que haya la necesidad de ningún tipo de intervención estatal; y la visión intencional (*intentional visión*), en cambio, considera que el mercado tiende al monopolio, a menos que el Estado intervenga para preservar la competencia en razón del interés y del poder que envuelven las dinámicas del comercio, puesto que la conducta de dichos agentes está encaminada a maximizar beneficios y a aumentar su poder dentro del mismo.

Antes de la llegada del Estatuto Sherman (1890) bajo las ideas del liberalismo, se creía, siguiendo a Dewey (1964), que era improbable que la libertad contractual y la rivalidad comercial pudieran ser usadas por una empresa para excluir a un rival de manera permanente en el mercado, pues para ese entonces se consideraba al estatus de competencia un bien superior al bienestar de los consumidores. El Estatuto Sherman promulgado en el año 1890 fue una respuesta en contra del modelo económico liberal, pues este instrumento procuró desde su vigencia, conforme Dilozenzo (1985) “la preservación de buena conducta en los negocios y el mantenimiento de mercados competitivos”, dado que el modelo económico soportado en el principio de dejar hacer pasar, propio del liberalismo de la época, no estaba reportando mayores beneficios a la ciudadanía y estaba generando malestar en diversos grupos sociales (consumidores y pequeñas empresas).

Este instrumento legal, conforme lo expresa Posner, “fue el punto de partida para combatir la desenfrenada cartelización y monopolización de la economía americana” (citado por Dilozenzo, 1985) y fue concebida como una ley de libre empresa y/o un código de conducta en los negocios, para mantener mercados competitivos utilizado más como medida de protección a los pequeños empresarios (especialmente granjeros) frente a los trust, que el resultado de una ideología de protección a la libre competencia (Dilozenzo, 1985). La Ley Antimonopolio, bajo esta óptica, buscaba aislar a ciertos pequeños grupos de empresarios de

la dinámica de un mercado en competencia, más que prohibir los *trust* y fue usada por los grupos de presión (pequeños empresarios y granjeros) como una válvula de escape que redujera la presión de la competencia sobre sus industrias (Dilorenzo, 1985).

El Estatuto Sherman, bajo este enfoque, ostenta una doble dimensión: 1. Como medida de protección a los pequeños empresarios y 2. Como un instrumento que propuso por primera vez reglas de juego a la dinámica de la economía y los negocios.

Esta norma, y en general el derecho de la competencia, irradia una connotación socio-política y otra puramente económica, las cuales, conforme lo expresan Miranda y Gutiérrez (2006), “se han aplicado (desde el punto de vista sociológico-político) con la finalidad exclusiva de controlar el poder de los grandes conglomerados industriales en favor de los pequeños empresarios, aunque esto signifique una reducción en la eficiencia del mercado y más altos costos para los consumidores”. Lo que desde el punto de vista económico, por el contrario, se refiere a la maximización de la eficiencia productiva, sin consideraciones de ninguna clase y proteger el estatus de competencia bajo el principio según el cual, “entre más eficiente sea el mercado, mayor bienestar obtendrá el consumidor” (Gutiérrez, 2006; Grandy, 1993).

En un escenario lleno de incertidumbre respecto de los fines de quienes impulsaron la iniciativa legislativa, surgió la Ley Antimonopolio Norteamericana la cual, como pionera en esta materia, estableció las siguientes prohibiciones: “§1: Prohíbe toda clase de acuerdos que tiendan a restringir la competencia entre los diversos Estados o con naciones extranjeras, y §2: Prohíbe tanto la monopolización como el intento de monopolizar cualquier parte del comercio interestatal o internacional” (Miranda, 2002).

Bajo esa cláusula abierta fijada por el legislador norteamericano mediante la normativa referida, le cedió la facultad a las Cortes Federales y a la Suprema Corte de los Estados Unidos la maratónica labor de nutrir la Ley Antimonopolio a través de la casuística propia de la jurisprudencia. Como lo afirma Dewey (1964), “la Ley Sherman representa una amplia concesión de poderes a los

tribunales federales para revisar el marco legal de la economía estadounidense”; lo que, en voces de Kovacic y Shapiro (1999), trae como efecto que “el Congreso le dio a los jueces federales el extraordinario poder para determinar entre la cooperación aceptable y colusión ilegal, entre la vigorosa competencia y monopolización ilegal”.

Dada la amplitud de los postulados definidos por la Ley Sherman, ha sido frecuente en la doctrina la discusión sobre los objetivos y los fines del derecho antimonopolio⁶, pues se pretende, bajo diferentes perspectivas, “la maximización del bienestar, la justicia y la equidad en el mercado, fines redistributivos de la renta o simplemente defender los intereses de grupos de presión”, presupuestos que, sin duda, se reflejaron en el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Supremo Norteamericano, el cual también ha definido, entre otros fines, el equilibrio entre los objetivos de eficacia económica, equidad social y libertad política (Diez, 2003).

La creación de soluciones legales como el Estatuto Sherman bajo las dos percepciones del mercado (visión evolutiva e intencional), conforme lo establece Page (2008), “no solo es útil para corregir las imperfecciones del mercado (carteles privados y monopolios) sino una intervención eficaz y temporal del gobierno para restaurarlo”. Por tanto, conforme al autor citado, “esta tensión entre las visiones competitivas ha sido el fundamento para dar forma al debate sobre el contenido práctico de la política de defensa de la competencia”, lo que acompañado del descontento generalizado por las ideas del liberalismo, fueron el motor de crecimiento vertiginoso del derecho antimonopolio en los Estados Unidos de América.

⁶ Los objetivos y fines que persigue el derecho antimonopolio son principalmente los siguientes: 1. Promover una asignación eficiente de los recursos, 2. Proteger el bienestar de los consumidores, 3. Prevenir y sancionar los niveles de concentración empresarial excesivo, 4. Regular las prácticas anticompetitivas de las empresas que poseen dimensión comercial y que afectan la competencia de los países en desarrollo (Witker, 2000). De manera general, la Corte Suprema de los Estados Unidos describió las premisas sobre las cuales se justifica la Ley Sherman de 1890 en el fallo *Northern Pacific Railway Co vs. United States* 346 U.S. 1 (1958).

Los presupuestos sobre los cuales se desarrolla el derecho anti-monopolio, según Binney (2009), son los siguientes: “1) economía de libre mercado, 2) Libre juego de competencia, 3) Libertad de entrada y salida al mercado y 4) Incorporación en la actividad económica”, todo lo cual tiene como fin que toda empresa en el mercado luche limpiamente por obtener ganancias y obtener la mayor cantidad de consumidores, hecho que redundaría en el bienestar de dicho agente económico.

Bajo dichas premisas, el derecho de la competencia inició su camino evolutivo marcado por el predominio de la era de la libertad contractual (*freedom of contract era*) como eje central de las decisiones judiciales en los casos anti-monopolio, en los cuales la Suprema Corte de los Estados Unidos invocaba la libertad económica para frustrar reformas legales (como la Ley Sherman) que eran consideradas paternalistas (Page, 1995).

La jurisprudencia primigenia (era formativa del derecho anti-monopolio) (1891-1911) aplicó de manera estricta la visión evolutiva de los mercados, pues privilegió en sus decisiones la tendencia según la cual los mecanismos de autocorrección de los mercados son los llamados a acabar con los carteles y los monopolios privados exceptuando aquellos que por disposición del Gobierno fueren protegidos. En consecuencia, bajo dicha interpretación del estatuto Sherman, conforme Page (2008), “la Corte tenía más probabilidades de condenar prácticas semejantes a las restricciones públicas sobre comercio y parecía inhibirse frente al tema de la capacidad del mercado para corregirse”, porque para la Corte Suprema Norteamericana, la capacidad de autocorrección se presumía y, en esa medida, se dejaba al Estado el limitado rol de preservar la competencia, censurando acciones privadas que limitaran el libre intercambio, es decir la ley “prohibía la monopolización pero no el monopolio” (Dewey, 1964; Page, 2008).

En esta etapa, la premisa de la libertad contractual se armonizó con la aplicación de la visión evolutiva en las transacciones económicas, dejando como principal resultado la distinción entre crecimiento natural y no natural de las Corporaciones o, en otras palabras, lo censurable o no censurable en el uso de la

libertad contractual (*freedom of contracts*) como vehículo para el crecimiento; es decir, la Corte Suprema evaluaba la legitimidad o legalidad del poder de mercado, obtenido a través de las negociaciones o combinaciones y si estas podían ser consideradas o no limpias en razón de las tácticas utilizadas para adquirir dicho poder (Dewey, 1964).

Bajo el parámetro de la razonabilidad en las conductas de negocios trabajó la Suprema Corte de los Estados Unidos, en los casos relativos a los trust Standard Oil y American Tobacco, los cuales tuvieron especial remembranza y en los que, conforme señala Dewey (1964), la Corte se concentró en dos aspectos: “a) Que los dos trust habían alcanzando una posición cercana a monopolio (más del ochenta por ciento (80%) de la producción total) en sus respectivas industrias” y b). “Que dicha posición había sido asegurada con la ayuda de las fusiones y prácticas comerciales que la Corte consideraba injustas”.

De la estructura decisional asumida por el alto tribunal norteamericano, conforme al ejemplo que presenta Dewey (1964), se puede apreciar el subjetivismo de la jurisprudencia antitrust de la era formativa, la cual consideraba ilícita la monopolización per se, dado que la disolución y cesión hecha por las demandadas se ordenaron en virtud de la posición de estas en el mercado, lo que la Corte consideró, en términos de Dewey (1964), “antinatural porque su tamaño superaba el necesario para la producción técnicamente eficiente y su motivo en el crecimiento pronunciado había sido el deseo de ganancias de monopolio”, apreciación que denotaba un extremado poder discrecional del juez en las decisiones.

En este periodo de desarrollo, la percepción generalizada indicaba que el Estatuto Sherman parecía incapaz de frenar la tendencia irresistible hacia organizaciones de mayor escala y alcance, por lo que la regulación se veía como un obstáculo para alcanzar la mayor eficiencia prometida por las organizaciones industriales emergentes; en suma, pocos fueron los que elogiaron al estatuto como un instrumento para preservar o controlar la conducta abusiva en los negocios (Kovacic y Shapiro, 1999).

Sin embargo, bajo la era formativa del derecho antitrust se comenzó a dar estructura a la política de competencia norteamericana y, al propio tiempo, se plantearon primariamente los métodos de estudio y aproximación en los casos antitrust la regla de la razón⁷ y la regla per se⁸; herramientas que, acompañadas de la creación de la Federal Trade Commission (Comisión Federal del Comercio)⁹ y el Estatuto Clayton (1914), dotaron de mayor cuerpo a dicha política y fortalecieron la aplicabilidad de los preceptos establecidos en el Estatuto Sherman, reduciendo a través del Estatuto Clayton la discrecionalidad, judicial la cual había sido criticada durante la era formativa.

⁷ La regla de la razón (1915-1936) es el método de análisis de casos antitrust que se aplica a los acuerdos o prácticas en donde el efecto competitivo solo puede ser analizado tomando en consideración los hechos específicos de cada industria o negocio, la historia de la práctica restrictiva en cuestión y las razones por las cuales se hizo efectiva la practica estudiada, teniendo en cuenta el propósito, la naturaleza y los efectos actuales y potenciales de la conducta (Miranda, 1992).

⁸ La regla per se (1936-1972), conforme lo expresa el autor Miranda Londoño (s.f) en su artículo sobre el derecho antimonopolio de los Estados Unidos, es aquella que se aplica a los acuerdos y prácticas cuya naturaleza y efecto resultan abiertamente contrarios a las leyes de competencia y, en esa medida, no es necesario hacer un estudio de la respectiva industria para saber que son ilegales. En palabras del autor citado “La Regla ‘Per Se’ es el tipo de análisis más estricto bajo el cual una corte le puede juzgar la conducta de una empresa o persona en los Estados Unidos, y equivale entre nosotros a la aplicación de una ‘Presunción de Derecho’ de que una conducta determinada es ilegal”. En donde el único argumento del presunto infractor es demostrar que no cometió la conducta imputada sin la posibilidad de alegar posibles beneficios a los consumidores o poca afectación de la conducta en el mercado objeto de análisis. Véase caso *United States v. Socony Vacuum oil co*, 310 US. 150 1940 citado por autores como el caso hito en la formación y la estructura de la regla de ilegalidad intrínseca.

⁹ La Comisión Federal de Comercio acorde con Jorge Román (2004) “es un ente administrativo que apoya a las autoridades y tribunales en los procesos antitrust, dentro de su ámbito de competencia se destacan sus facultades de investigación y los poderes para impedir la utilización de métodos desleales de restricción de la competencia en el mercado ‘case and desist orders’, es decir, órdenes para el cese o desistimiento de prácticas, contradichas judicialmente”.

El Estatuto Clayton (promulgado en 1914) desarrolló de manera puntual prácticas que eran consideradas violatorias de los preceptos generales establecidos en el Estatuto Sherman concentrándose concretamente, conforme lo expresa Campusano (2004), “en las compraventas condicionadas, contratos de exclusividad, discriminación de precios (...) y las fusiones que disminuían substancialmente la competencia entre empresas o tendían a crear monopolios” y dejando en manos de la Comisión Federal del Comercio, como ente de naturaleza técnica, la labor de investigar las conductas o actos contrarios al Estatuto Sherman e igualmente, dar contenido a las conductas consideradas restrictivas de la competencia.

Hasta la aprobación de la Federal Trade Commission Act (1914), según afirma Jeleztcheva (2007), “el Departamento de Justicia estaba encargado de la aplicación de la Sherman Act (tanto cuando se trataba de violaciones criminales como civiles)”. Es decir, dicha autoridad podía aplicar el estatuto solamente en procedimientos civiles, donde la sanción que podían imponer los jueces era la “divestiture”, la cual traía como efecto hacer que la empresa responsable dejara de ejercer una o más funciones como empresa u ordenar la disolución de la misma (Jeleztcheva, 2007).

Por tanto, la razón de ser de la Comisión Federal del Comercio surgió de la necesidad de distinguir las combinaciones industriales que reportaban eficiencia productiva de las que solo buscaban la eliminación de la competencia.

Sin embargo, la tendencia formalista y la ideología de la Corte Suprema de los Estados Unidos inspirada en el principio de la libertad contractual, como fundamento en las decisiones en la era formativa, fue objeto de críticas por parte de una corriente de pensamiento jurídico denominada Realismo jurídico, la cual planteó un enfoque conceptual diferente, inspirado en la visión intencional de los mercados frente la manera como los jueces debían formar su decisión en los casos antitrust, pues los objetivos primarios del Estatuto Sherman bajo la era formativa se concentraron en “proteger los derechos naturales a la libertad económica, la seguridad en la propiedad privada y el proceso competitivo (...)

así como el libre cambio en vez de interferencia artificial” (Baker, citado por Miranda et al., 2006).

Los criterios propuestos por el realismo jurídico para reformular dentro de la teoría de libertad contractual aplicada en la primera etapa del derecho antimonopolio se refieren a lo siguiente: 1) Los recursos del conocimiento legal, (particularmente relacionado con las herramientas de las cuales se vale el juez para decidir) 2) La ideología política (referida a la jerarquía de los principios) y 3) la concepción de la coerción en el mercado (vista en la era formativa como una limitación a la libertad de negociación) (Page, 1995).

Esta forma de pensamiento (me refiero al realismo jurídico) fue impulsada en el contexto de la depresión económica sufrida por la nación norteamericana durante el año 1929, lo cual produjo la reformulación respecto del papel del Estado en la economía, por cuanto el Estado pasó a ser más activo a través de la creación de relaciones cooperativas Gobierno-industria con el fin de superar la crisis (Kovacic y Shapiro, 1999).

La postura cooperativa impulsada en el plan de salvamento de la industria produjo un cambio de orientación respecto del papel de las reglas antitrust bajo una concepción diferente de los mercados, inspirada en la visión intencional, es decir se acentuó la intervención del Estado en la economía y se disminuyó la aplicación agresiva de las leyes antitrust (Page, 1991, 1995, 2008).

Luego de la depresión económica de 1929 (años 1936 a 1972), la postura de la Suprema Corte Americana se reorientó hacia la aplicación estricta de las reglas antimonopolio, hecho que se evidenció en la profundización de los criterios estructurales de la regla per se, según la cual en ciertos casos existe una presunción de responsabilidad en cabeza del investigado, pues basta solamente incurrir en la conducta considerada restrictiva para ser sancionado, sin que fuese necesario por parte del juez la consideración de la intención o efectos de la conducta bajo los criterios de razonabilidad (Miranda et al, 2006).

En otras palabras, conforme lo expresan Christiansen y Kerber (2005), “hay ciertos acuerdos o prácticas que por sus efectos perniciosos sobre la competencia y su falta de toda ventaja compensatoria se presumirán de ser razonable que son ilegales sin una investigación elaborada”.

En torno a los métodos de análisis de los casos antitrust ya señalados (regla de la razón y regla *per se*), se abrió camino la etapa moderna del derecho antimonopolio (1973-1991), la cual fue influida por valiosas críticas impulsadas en el seno de instituciones reconocidas como la Escuela de Chicago (Chicago School) con los aportes de investigadores prestigiosos como Robert Bork y Richard Posner, entre otros (Kovacic y Shapiro, 1999).

La crítica hecha por las principales escuelas (Escuela de Chicago y Escuela de Harvard) se enfocó en explicar bajo el prisma de la eficiencia, situaciones de concentración industrial, fusiones y restricciones contractuales, que habían sido consideradas negativas por el derecho antimonopolio en el pasado; durante los años sesenta y setenta (Kovacic y Shapiro, 1999).

El fruto de las críticas en el seno de las escuelas de pensamiento norteamericanas fue la reorientación filosófica y práctica de la política antitrust, la cual influyó en las decisiones de la Corte Suprema y los tribunales que remarcaron en sus decisiones el criterio de eficiencia económica por encima de los juicios de valoración *per se*.

Bajo el debate constante entre los postulados de intervención o no intervención del Estado en la economía y el grado de aplicación de las reglas antimonopolio o su no aplicación influenciada por realidades sociales y políticas de distintos momentos, se fue abriendo camino el derecho antimonopolio de los Estados Unidos y la teoría que hoy gobierna esta disciplina, la cual encontró en el análisis jurídico-económico, impulsado por la escuela del Análisis Económico del Derecho (*law and economics*), su fuente de crecimiento y evolución en los criterios de interpretación de los casos antitrust, fundados en principios de la teoría económica, como parámetro para el análisis y resolución de casos.

Esta teoría (el análisis económico del derecho) consiste en la aplicación de la teoría económica, y en particular de la microeconomía y de la teoría del bienestar, al estudio de la formación, la estructura, los procedimientos y el impacto económico del derecho, más propiamente de las instituciones legales (Arjona y Rubio, 2002; Ramírez de Aguilera et al, s.f.).

Las normas jurídicas se conciben, conforme a esta postura, como incentivos (positivos o negativos) que influyen en la conducta de los destinatarios y generan un resultado representado en grados de eficiencia, hecho por el cual, para la solución de los casos antitrust, resulta útil tomar como punto de partida criterios económicos tales como: la eficiencia, maximización del beneficio, el bienestar y disminución de costos de transacción (Rubio, 2007).

El análisis económico del derecho está interesado en estudiar, siguiendo a Ramírez de Aguilera et al (s.f), los asuntos relacionados con los problemas de eficiencia generados por la regulación y la intervención del Estado en la dinámica económica.

Otro aspecto importante a tener en cuenta, en este contexto, es el modelo de mercado actual y las funciones que el principio de competencia desarrolla en el mismo, los cuales, conforme a Da Silva Ochoa (1994), se concretan en lo siguiente:

Modelo económico actual: “a) la libertad de acceso al mercado y la multiplicidad de los empresarios; b) la falta de homogeneidad de los productos o servicios y el carácter sustituible de los mismos; c) la presencia en cada mercado de los denominados poderes económicos o de mercado, que controlan o manipulan directa o indirectamente la oferta, la demanda, los precios y, en general, las condiciones de cambio o contratación de los bienes y servicios; d) la tendencia a la concentración de las grandes empresas”.

Funciones del principio de competencia: “a) mejora cuantitativa y cualitativa de la oferta de bienes y servicios; b) racionalización y decremento de los costes de producción y ahorro recursos económicos en general; c) incremento de la adaptabilidad de los factores productivos a los requerimientos del resto de los agentes económicos; d) incremento de la productividad”.

El objetivo del derecho de la competencia como factor dinamizador de la actividad de los agentes económicos es proteger lo que los economistas denominan “el excedente del consumidor”, mediante la prohibición de actos que tengan por objeto o efecto el aumento de los precios, así como también las acciones susceptibles de frenar la innovación (Jenny, 2006). Todo ello, porque el escenario competitivo es un elemento fundamental del desarrollo económico en donde las empresas se ven forzadas a mejorar la relación calidad-precio con el propósito de alcanzar precios eficientes y una ventaja competitiva derivada de la innovación constante (Jenny, 2006).

En temas de derecho de la competencia, conforme lo expresa Miranda (2011), “la experiencia estadounidense ha servido como base y ejemplo de los demás países y a la Unión Europea”. Hecho por el cual las normas colombianas Ley 155 de 1959, Decreto 2153 de 1992¹⁰ y Ley 1340 de 2009 recogen las experiencias de dichas normas y también de las expedidas a nivel europeo¹¹, las cuales establecen una cláusula prohibitiva general seguida de una enunciación no taxativa de conductas que caen dentro de dicha prohibición (Miranda, 2011)¹².

¹⁰ La norma básica que desarrolló el derecho de la competencia en Colombia luego del cambio de la Carta Fundamental de 1991 fue derogada parcialmente por el Decreto 03523 de 2009, por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio y se determinan las funciones de sus dependencias, que a su vez fue modificado en el tema de las funciones del superintendente por el Decreto 1687 de 2010.

¹¹ Arts. 101, 102 y 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Las normas precedentes a nivel europeo en materia de competencia son el Tratado de Roma (arts. 85 y 86) y el Tratado de Ámsterdam (arts. 81, 82 y 83).

¹² La asimilación de las leyes de competencia inspiradas en legislaciones y experiencias foráneas obliga, conforme lo expresa Gabriel Ibarra Pardo (2013) en su columna de opinión en *Ámbito Jurídico*, *Incertidumbre Jurídica y Derecho de la Competencia*, a que “la autoridad de la competencia debe procurar desarrollar criterios propios y análisis económicos adecuados a las características de una economía como la colombiana, pues con frecuencia los criterios y pautas adoptadas por las autoridades y cortes norteamericanas y europeas no son aplicables a mercados del tamaño del colombiano, donde es prioritario lograr economías de escala para alcanzar un mínimo de eficiencia, propósito

Ese mismo esquema fue adoptado en el régimen colombiano con la prohibición genérica contenida en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, y la enunciación de conductas, contenidas en el Decreto 2153 de 1992 referentes a acuerdos restrictivos (art. 47), pues para el caso de actos unilaterales y actos constitutivos de abuso de posición dominante (arts. 48 y 50), la descripción es taxativa conforme a la redacción de la norma nacional¹³.

El derecho a la libre competencia económica conforme lo expresa la Corte Constitucional imprime un aspecto subjetivo y un aspecto objetivo, dado que dicha garantía superior “se consagra como un derecho individual que entraña facultades como obligaciones” y, al propio tiempo, “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 todos los poderes económicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres” (Sentencia C-537, 1997).

Así, conforme lo señala Palacios (2014) en su reseña histórica sobre el derecho de la competencia colombiano, “el primer régimen de libre competencia en Colombia fue instaurado por la ley 155 de 1959. Sin embargo, esta ley tiene un antecedente muy importante, que es decreto 2061 de 1955, promulgado por Gustavo Rojas Pinilla en virtud de las facultades especiales que confería el artículo 121 de la Constitución Política de 1886”.

En ese decreto se prohibían, por ser contrarios al orden público e interés social, “los acuerdos entre productores, distribuidores, o entre unos y otros, que por medio de prácticas como los acuerdos de precios impidan ‘el libre comercio o el libre juego de los precios’” (Art. 1.º Decreto 2061 de 1955; Palacios, 2014).

para lo cual la figura de las integraciones y los acuerdos de colaboración empresarial revisten especial importancia”.

¹³ En reciente publicación del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, Cedec, el académico Andrés Palacios Lleras (2014) hizo una interesante reseña sobre los orígenes del derecho de la competencia en Colombia destacando, en especial, el Decreto 2061 de 1955 como norma primaria de este derecho en Colombia, pues dicho decreto fue promulgado de manera previa a la Ley 155 de 1959.

Así mismo, en el artículo segundo, la mencionada disposición hace referencia al procedimiento y asigna al Ministerio de Fomento de la época las denuncias presentadas para que este adelante su investigación imponiendo sanciones relacionadas con “la prohibición del ejercicio del comercio para las personas naturales y la cancelación de la personería jurídica para las personas jurídicas” (Art. 2.º Decreto 2061 de 1955; Palacios, 2014).

Por su parte, el artículo 3.º señalaba que las resoluciones proferidas por el Ministerio de Fomento podían ser demandadas ante el Consejo de Estado y el artículo 4.º definía que, por medio de resolución, se podían autorizar acuerdos prohibidos solo cuando “haya circunstancias económicas y de conveniencia general que lo hagan aconsejable” para racionalizar la producción o distribución de bienes y servicios. Y, segundo, se podrán autorizar acuerdos anteriores al decreto cuando ello sea necesario para mantener el orden en los mercados y la producción, pero solo por el tiempo necesario para restablecer “el libre comercio” (Decreto 2061 de 1955; Palacios, 2014). En estos supuestos, el gobierno tenía la potestad de fijar los precios de venta de los productos, bienes y servicios (Palacios, 2014).

Del estudio hecho por el autor citado, se puede establecer, como se indica en su estudio, “una afinidad entre ambas en lo que se refiere a su objeto y, especialmente, en la visión que tienen sobre el rol del Estado en la economía. Desafortunadamente, no conocemos los trabajos preparativos del decreto 2061 de 1955, por lo que sólo podemos conjeturar con respecto a su objeto y a la manera en la que buscaba inscribirse en las relaciones entre el Estado y los diferentes agentes económicos” (Palacios, 2014)

Bajo este panorama, y considerando que el debate central en torno al derecho de la competencia guarda relación con la capacidad del gobierno de mantener adecuadamente los mercados competitivos, amparado en un marco institucional (Botero, 2002), se describirá a continuación la dinámica de los procesos materia de este derecho frente a las conductas comerciales restrictivas y los métodos de análisis para el estudio de casos, por parte de la autoridad única de competencia (SIC).

Respecto del sistema de protección de la competencia colombiano, la doctrina ha señalado con relación al régimen actual contenido en la Ley 1340 de 2009 los siguientes aspectos que deben considerarse para el fortalecimiento del régimen: “Para la efectividad en la aplicación del derecho de la competencia la doctrina a destacado dentro de los instrumentos o herramientas que debe tener la SIC como Autoridad Única de Competencia es la facultad exclusiva y excluyente para decidir los casos de prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal administrativa en todos los sectores de la economía, y para actuar como autoridad residual de control de concentraciones empresariales en todos ellos, con excepción del aeronáutico y el financiero” (Miranda, 2014).

Así mismo, la doctrina ha considerado conveniente modificar la estructura de la autoridad, para que sea colegiada e independiente, con miembros nombrados para un periodo fijo, bajo un sistema de pesos y contrapesos. A esta autoridad debería encargarse también el control de integraciones en los sectores exceptuados que ya se mencionaron (Miranda, 2014).

Otro factor que contribuye a la eficacia en la aplicación del derecho de la competencia en todos los sectores económicos es la regla de hermenéutica jurídica contenida en la ley según la cual las normas de competencia expedidas para sectores o actividades especiales se aplican de manera preferente a dichas actividades, pero en subsidio de dichas normas, se aplican las del régimen general de libre competencia, contenido en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 del 2009 (Miranda, 2014).

Existen cuatro factores procesales que contribuyen de manera importante a la aplicación eficaz del derecho de la competencia: (i) la posibilidad de ofrecer garantías como un mecanismo para la terminación anticipada de las investigaciones, que le permite a la autoridad obtener el allanamiento de las empresas investigadas al cumplimiento pleno de las normas de competencia sin tener que adelantar la totalidad de la investigación; (ii) el programa de beneficios por colaboración, que le permite a la autoridad otorgar inmunidad total o parcial a aquellas personas o empresas que

hayan participado en la realización de conductas anticompetitivas y decidan delatar la realización de dichas conductas y los autores de las mismas; (iii) el incremento de la capacidad sancionatoria de la SIC, autoridad que hoy día puede imponer sanciones hasta por 100.000 salarios mínimos mensuales o el 150% de la utilidad obtenida con la infracción a las personas jurídicas, y hasta por 2.000 salarios mínimos mensuales a las personas naturales que hayan ejecutado o tolerado las conductas anticompetitivas; y (iv) la ampliación del término de caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC, que pasó de los tres a los cinco años, con lo cual la autoridad tiene un mayor margen temporal para realizar sus investigaciones y aplicar las sanciones (Miranda, 2014).

En Colombia no se ha avanzado aún en el tema de la indemnización de los perjuicios ocasionados por las prácticas restrictivas de la competencia, para lo cual los afectados cuentan con algunas opciones judiciales que no son especializadas y no han sido utilizadas hasta ahora de manera importante, por lo que se considera que esta es un área de desarrollo futuro para nuestro Derecho de la Competencia (Miranda, 2014).

Prácticas comerciales restrictivas¹⁴

Las conductas contrarias a la libre competencia económica, llamadas también prácticas comerciales restrictivas¹⁵, conforme a la doctrina, se clasifican en cuatro grupos: a) Acuerdos entre agentes del mercado (expresos o tácitos), que tengan por objeto o efecto restringir o falsear la competencia; b) Abuso de la posición de dominio en el mercado; c) actos unilaterales; y d) Fusiones

¹⁴ Las prácticas comerciales restrictivas tienen principalmente dos objetivos: 1) la eliminación de la competencia y 2) la restricción del proceso competitivo. Así, las prácticas anticompetitivas se definen como aquellas conductas mercantiles ilícitas realizadas por empresas privadas o públicas locales o globales que distorsionan los mercados nacionales o externos que principalmente atentan en la determinación y formación de precios en el mercado (Witker, 2000).

¹⁵ Las prácticas restrictivas, conforme lo define Jairo Rubio Escobar (2007), son “todo comportamiento que tenga la capacidad o el efecto de inhibir o disminuir artificialmente las fuentes de competencia en un mercado y de eliminar sus beneficios”.

e integraciones empresariales que restrinjan la competencia (Cortázar, 2003).

En Colombia, la regulación sobre los eventos señalados se encuentra definida de manera genérica en la Ley 155 de 1959 (art.1) y en el Decreto 2153 de 1992 con las reformas de tipo procedimental y en materia sancionatoria incorporadas por la Ley 1340 de 2009 y las relativas a temas estructurales, funcionales y organizativos de la SIC, regulados en los Decretos 3523 de 2009, 1687 de 2010 y demás normas reglamentarias que desarrollan la Ley 1340¹⁶, que como ya se señaló, tienen como principal objetivo la modernización del sistema de promoción de la política de competencia colombiana y el empoderamiento institucional de la SIC como autoridad única en esta materia.

Acuerdos entre agentes del mercado¹⁷

Los acuerdos que son materia de estudio por parte del derecho de la competencia son todos aquellos que tengan por objeto o por efecto restringir o falsear la competencia dentro del mercado,

¹⁶ Las normas regulatorias de la competencia y transparencia en los mercados son las siguientes: 1. Normas de carácter supranacional (Decisión 608 de 2005 Comunidad Andina de Naciones, CAN), 2. Normas constitucionales (Título XII. Arts. 333, 334, 335,336). 3. Leyes (Ley 155 de 1959, Ley 1 de 1991, Ley 142 de 1994, Ley 178 de 1994, Ley 256 de 1996, Ley 446 de 1998, Ley 472 de 1998, Ley 590 de 2000, Ley 640 de 2001, Ley 962 de 2005, Ley 1340 de 2009). 4. Normas reglamentarias: a) Decretos (Decreto 3307 de 1963 Decreto 1302 de 1964, Decreto 2153 de 1992, Decreto 3280 de 2005, Decreto 3523 de 2009, Decreto 2897 de 2010, Decreto 2896 de 2010, Decreto 1687 de 2010); b) Circular (Circular única SIC Circular externa No. 005); c) Resoluciones (Resolución 16675, Resolución 69916 de 2009, Resolución 69901 de 2009, Resolución 44649, Resolución 35006 de 2010 y Comisión de Regulación en Telecomunicaciones, Resolución 2058 de 2009).

¹⁷ Para una mejor comprensión del concepto de acuerdo, estarse a lo definido en el artículo 1º de la Decisión 608 de 2005 de la Comunidad Andina (CAN) que al respecto dispone: “Acuerdo: todo contrato, convenio, arreglo, combinación, decisión, recomendación, coordinación, concertación u otros de efectos equivalentes realizados entre agentes económicos o entidades que los agrupan”.

excepto los que por su poco o ningún impacto real o potencial en el mismo estén amparados por la regla de *minimis*.¹⁸

Dicha regla, conforme lo determina la SIC, guarda relación con el grado de significación de la práctica restrictiva como criterio para determinar la competencia de la autoridad y el ámbito de aplicación de la Ley 1340 de 2009¹⁹.

Por tanto, a pesar de no existir por vía reglamentaria criterios específicos que permitan determinar la significatividad de una práctica para efectos de su estudio; es claro que este término se refiere a circunstancias que representen una afectación considerable al mercado y que corresponde a la autoridad única de competencia la escogencia de los casos en los que se evidencie un daño real o potencial importante al mercado, el cual será determinado bajo los parámetros de la sana crítica con fundamento en los hechos y datos del caso en particular.

La incursión de la regla de *minimis* entre nosotros, bajo el criterio de significatividad, tiene una justificación práctica, pues resulta acertado que la SIC solo se ocupe de los asuntos sensibles y de interés para la economía nacional en su conjunto enfocando su atención y recursos a aquellos casos relevantes que requieran de la intervención del Estado en ejercicio de su función de regulación.

Hecha esa claridad respecto del ámbito de aplicación del régimen de protección y promoción de la competencia, conviene destacar que el marco normativo colombiano dispone de manera genérica en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 que “quedan prohibidos *los acuerdos o convenios* (sic) que directa o indirectamente

¹⁸ Con el criterio según el cual la aplicación estricta del derecho antitrust limita en gran medida la libertad contractual y la autonomía privada y, en esa medida, se buscaba un punto medio entre estos principios y la promoción y defensa de la competencia. la regla de *minimis* se predica de aquellas conductas que no restringen la competencia de manera significativa, es decir, dichos comportamientos no caen dentro del ámbito de la norma y respecto de ellas las autoridades competentes no están obligadas a seguir un procedimiento, ni a imponer sanciones (Ortiz Baquero, 2009). Véase art. 3 de la Ley 1340 de 2009, art. 1 núm. 3 del Decreto 1687 de 2010 y art. 1, num. 3 del Decreto 4886 de 2011.

¹⁹ Véase Resolución SIC 53099, 2012.

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*” (cursivas fuera del texto).

Esta disposición, así como fue escrita en la ley, sigue la misma estructura que en su momento definió el legislador norteamericano en el Estatuto Sherman de 1890 y conforme lo expresa el profesor Miranda (2011), con la expedición del Decreto 2153 de 1992, luego del cambio de marco constitucional en 1991, se adoptó el modelo europeo de redacción, donde se prescribe la prohibición genérica (Ley 155, 1959, art. 1; Decreto 2153, 1992, art. 46²⁰) y se enuncia una lista no taxativa de acuerdos o convenios considerados por el legislador como restrictivos (Decreto 2153, 1992, art. 47²¹).

²⁰ Artículo 46 Decreto 2153 de 1992. *Prohibición*. En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente Decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil se consideran de objeto ilícito.

Inciso adicionado por el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009. Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico.

²¹ Artículo 47. Decreto 2153 de 1992. *Acuerdos contrarios a la libre competencia*. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.
2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.
3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores entre productores o entre distribuidor.
4. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.

La noción de acuerdo en el contexto del derecho de la competencia local fue definida en el artículo 45 del mencionado decreto como “todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas” que debe tener por objeto o efecto la restricción de la competencia para que sean objeto de la prohibición.

Por tanto, la expresión acuerdo debe entenderse, conforme a Cortázar (2011), “como una conjunción de voluntades expresa o tácita”, término que, en este contexto, necesariamente debe articularse con el de colusión²², por cuanto en el derecho de la competencia la categoría acuerdo involucra, conforme al autor citado, “no solo los (pactos) expresos sean escritos o verbales, sino también los tácitos que se conocen como conscientemente paralelos”, los cuales son una categoría *sui generis* de acuerdo o concertación estudiada por la doctrina foránea y nacional, que generó desde los años sesenta un debate académico profundo

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

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

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

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

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

10. <Numeral adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> “Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización”.

²² El término colusión, según los autores Porter y Zona (2008), se define como “todo acuerdo entre dos o más empresas que está diseñado con el propósito de restringir la competencia entre ellas es colusivo es decir, se refiere a un actuar coordinado entre agentes económicos que tiene la virtualidad de producir un efecto real o potencial negativo en el mercado”.

relativo a la valoración sobre la legalidad o ilegalidad de dicho comportamiento empresarial (Gutiérrez, 2008).

Este debate se desarrolló entre los comentaristas de derecho antitrust norteamericano en el seno de las diferentes escuelas de pensamiento antitrust (Escuela de Harvard y Escuela de Chicago): Donald Turner y Richard Posner, los cuales analizaron si la categoría de “paralelismo consciente” podría enmarcarse o no como un acuerdo restrictivo de la competencia en el caso específico de los mercados con una estructura oligopólica.

Así, conforme a la síntesis del debate presentada por el autor Gutiérrez (2008), los principales argumentos de los doctrinantes inmersos en esta cuestión fueron los siguientes²³:

Tabla. Comparación entre las tesis de Donald Turner
y Richard Posner

Donald Turner	Richard Posner
Tesis	Tesis
<ul style="list-style-type: none">• El comportamiento anticompetitivo en mercados oligopólicos es prácticamente inevitable.• El paralelismo consciente no es un acuerdo y si lo fuera no necesariamente es anticompetitivo*.	<ul style="list-style-type: none">• El paralelismo es una conducta voluntaria y consiente, luego puede ser evitada por las empresas.• El paralelismo consciente si es un acuerdo en cuanto hay voluntad en el actuar de las empresas.

* Conforme al autor en cita los supuestos del argumento esgrimido por Turner son los siguientes: “1. Los oligopolistas toman sus decisiones a partir de la información del mercado, lo que incluye las decisiones probables de sus rivales 2. Actúan racionalmente: de manera análoga a cómo se comportan empresas en mercados competitivos 3. Las soluciones disponibles implican mayores costos que beneficios: obligar a las empresas a comportarse irracionalmente”.

²³ Para profundizar sobre el tema de la colusión tácita y el debate entre los autores Posner y Turner, además de su desarrollo en otros países (Brasil, Chile, Panamá y Colombia), véase Gutiérrez, 2009.

Donald Turner	Richard Posner
<p data-bbox="206 209 362 236">Conclusiones</p> <p data-bbox="110 240 405 268">El paralelismo consciente</p> <ul data-bbox="110 288 458 379" style="list-style-type: none"> No es per se suficiente para inferir la existencia de un acuerdo competitivo. <p data-bbox="110 400 458 523">En ausencia de pruebas que indiquen que las decisiones de las firmas eran contrarias a su (interés individual.</p> <p data-bbox="110 544 458 762">No configura un acuerdo si es el producto de la reacción independiente de las firmas un hecho económico común (la decisión de cada firma sería la misma independiente de lo que los demás decidan)</p> <ul data-bbox="110 783 458 1082" style="list-style-type: none"> Puede considerarse un acuerdo si es producto de las decisiones interdependientes de oligopolistas, pero no necesariamente es anticompetitivo. Para aplicar la norma debe determinarse: <p data-bbox="110 1102 458 1193">¿Es el resultado de la explotación racional de las ganancias de una posición oligopólica?</p> <p data-bbox="110 1214 458 1273">¿Es posible hallar una solución efectiva?</p>	<p data-bbox="628 209 785 236">Conclusiones</p> <p data-bbox="509 240 804 268">El paralelismo consciente</p> <ul data-bbox="501 288 910 1366" style="list-style-type: none"> Sí es un acuerdo, pues hay voluntad ej. “contrato unilateral” Sí es anticompetitivo, en la medida en que tenga como finalidad la fijación de precios monopólicos y extraer rentas monopólicas. Sanciones no obligan a las firmas a actuar irracionalmente, simplemente elevan el costo de infringir la ley. Prueba de culpabilidad en ausencia de pruebas indirectas: Propone varios indicios: <ol data-bbox="549 783 910 1366" style="list-style-type: none"> 1) Discriminación sistemática, 2) Prolongado exceso de capacidad instalada; 3) Baja frecuencia en cambios de precios de mercado; 4) Ganancias anormales; 5) liderazgo de precio uniforme y por largos períodos; 6) participaciones de mercado estables por tiempo sustancial; 7) Idénticas ofertas sobre bienes no estándares; 8) Rehuser ofrecimiento de descuentos a pesar de excesiva capacidad instalada 9) Anuncio de incremento de precios con mucha anticipación sin justificación legítima; y 10) declaraciones públicas sobre lo que debería ser el “precio justo de mercado”.

Fuente: Elaboración propia.
Información tomada de Gutiérrez (2008).

Bajo esos lineamientos, la doctrina configuró la categoría de la colusión tácita, en la que el actuar coordinado de los agentes del mercado puede llegar a ser anticompetitivo, siempre y cuando la autoridad de competencia pueda establecer, a través de evidencia circunstancial o indiciaria, la existencia de un comportamiento empresarial paralelo sin que medie una justificación económica razonable (Cortázar, 2011).

En el contexto local conforme al estudio precitado, la evolución doctrinaria respecto de los acuerdos tácitos o prácticas conscientemente paralelas se concreta entre otros en tres pronunciamientos hito: 1. Caso Cooperativa Lechera Colanta Ltda. y Derilac S.A. (1999)²⁴, 2. Caso Continental Airlines y American Airlines (2001) y 3. Caso Molinos Roa S.A. (2005) (Gutiérrez, 2008).

En el primer caso, la SIC consideró que la conducta de las empresas Cooperativa lechera Colanta Ltda., y Derilac S.A.²⁵ no

²⁴ En el estudio presentado por el comentarista Juan David Gutiérrez (2008) también se refieren al caso corporación Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá y otros (1999), en donde la autoridad de competencia destaca que para los eventos de prácticas colusorias tácitas la voluntad no es requisito necesario para la configuración de una conducta restrictiva de esta naturaleza.

²⁵ El caso se originó con ocasión de una noticia publicada en el diario *El Espectador*, cuando el presidente de la Asociación de Procesadores Independientes de Leche indicó que a partir de ese día el litro de leche en bolsa costaría \$ 600 en Bogotá y que aún no se había definido el incremento para las presentaciones en caja y galón. Por las circunstancias relacionadas con esa noticia se abrieron dos investigaciones, una en contra de la asociación mencionada y otra respecto de la Cooperativa Lechera Colanta Ltda., y once empresas lecheras más, las cuales fueron acumuladas en un solo expediente y decididas mediante acto administrativo, en el cual, después de oídas las investigadas, se concluyó que la actora y Derilac S.A. incurrieron en la infracción consistente en acuerdo de precios, sancionada en el artículo 47, numeral 1, del Decreto 2153 de 1992, el cual establece que serán contrarios a la libre competencia los acuerdos que tengan como objeto o efecto la fijación de precios, por encontrar en este caso que para los años 1997, 1998 y 1999 las empresas investigadas tenían un mismo precio máximo al público en la bolsa de leche pasteurizada en su presentación de un litro, y que el paralelismo se presentó tanto en la época de variación como en los precios (Sentencia 2000-0665, 2003, 23 de enero).

tenía explicación económica y definió que para que se configure una práctica conscientemente paralela se requiere que “exista conciencia de las políticas que están desarrollando otras empresas y se decida seguirlas o hacer que se imiten o sigan las propias, de manera reiterada, de modo que se pierda autonomía en el actuar. No se requiere un verdadero indagar sobre las voluntades, si no respecto de la manera como las empresas actúan en el mercado” (Gutiérrez, 2008).

En el segundo caso (Continental Airlines y American Airlines de 2001), la autoridad de competencia colombiana desarrolló de manera más detallada cada uno de los elementos constitutivos del paralelismo consiente²⁶ y definió los supuestos bajo los cuales el paralelismo de las actuaciones entre empresas es considerado contrario a la ley: “1. Que no sean justificables en condiciones normales de mercado. 2. Que sean reiteradas, que no sean un hecho aislado. 3. Que 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” (Gutiérrez, 2008).

Así mismo, la SIC se refirió en esta etapa a la carga de la prueba en estos casos, dejando claro que es deber de la parte investigada desvirtuar la situación de paralelismo, pues de no hacerlo la presunción de ilegalidad se mantiene y la autoridad debe hacer efectiva las sanciones y demás actuaciones a que haya lugar, salvo que la parte involucrada ofrezca a la autoridad de competencia las garantías suficientes de cesar su comportamiento²⁷.

²⁶ Práctica: “sucesión fáctica y no que se agote en la ocurrencia de un simple acto. (...) Conscientemente: que la conducta desplegada por los investigados no sea simplemente una mera coincidencia, sino que al asumir una acción se está en conocimiento de las condiciones en que otros que se dedican a las mismas actividades. (...) Paralela: que las conductas desplegadas por varios agentes presentan similitud o identidad...una sincronización de comportamientos. Cualquier acuerdo, expreso o tácito, requiere del intervención de 2 o más firmas y deben contener la voluntad exterior (...) la existencia de una conducta paralela no es suficiente para denotar una violación al régimen de competencia” (Gutiérrez, 2008).

²⁷ Para ampliar información acerca de la figura de Ofrecimiento de Garantías, véase Piedrahita y Cadena (2005), El Otorgamiento de

En el tercer caso (Molinos Roa S.A y otros), la SIC centró su estudio en la estructura y naturaleza de los mercados y bajo ese argumento definió que la interdependencia en el mismo no implica que la fijación de los precios sea idéntica (Gutiérrez, 2008).

Además, señaló que no existía para este caso de paralelismo en la fijación del precio, una justificación distinta a la colusión, violando un principio fundamental de la economía de mercado relativo al libre juego de la oferta y la demanda como criterio para la fijación del precio de mercado.

En Colombia, con base en el estudio referido conforme lo expresa el autor Gutiérrez (2008), el estándar de prueba se acerca al establecido en la legislación norteamericana y toma en consideración elementos de la postura posneriana sobre el particular, pues los atributos de la decisión sancionatoria en casos de presuntos acuerdos tácitos consideran lo siguiente:

1. comportamiento paralelo o simultáneo,
2. Consciencia de las empresas de la conducta de sus competidores²⁸,
3. No se priva a empresas para conocer el mercado.
- 4 El mercado facilita la coordinación
5. No hay explicación económica para el comportamiento de las empresas distinta de la existencia de colusión (Gutiérrez, 2008).

Tales acuerdos cooperativos (expresos o tácitos) pueden abordarse desde los métodos de análisis tradicionales del derecho de la competencia (regla de la razón o regla per se) considerando la estructura del sistema de promoción y protección de la competencia en particular. Para el caso colombiano, dada la naturaleza reglada del modelo de protección y defensa de la competencia, existe un predominio del método de valoración per se sobre el método de la regla de la razón, por la forma como están estructuradas las conductas restrictivas de la competencia, pues no le es dable al

Garantías en el Derecho de la Libre Competencia (Un análisis jurídico y económico) *Vniversitas*, Julio-Diciembre, núm. 110, Pontificia Universidad Javeriana.

²⁸ El autor en cita hace referencia a cuando la conducta o comportamiento determina un consenso para alterar las condiciones “normales de competencia” (Gutiérrez, 2008).

investigado justificar su accionar bajo el argumento de generación de eficiencias²⁹, como sí ocurre en el sistema antitrust estadounidense en algunos eventos (Botero, 2001).

Lo anterior fue debatido por el Consejo de Estado en el caso *Andevip*, en donde la cuestión principal puesta a consideración, conforme lo señala Tamayo (2010), fue “decidir acerca del carácter restrictivo de un acuerdo de precios” y establecer si en Colombia existen acuerdos comerciales inherentemente restrictivos, o si su anticompetitividad depende de si causan o no detrimento real a la eficiencia económica (Tamayo, 2010).

El alto tribunal administrativo consideró que para la configuración de un acuerdo restrictivo no basta la simple demostración de la existencia del convenio o concertación, como lo había establecido la SIC, ni tampoco la necesidad de probar la intención de las partes involucradas, como lo consideraba la parte investigada. Para el Consejo de Estado, “lo determinante, además de la existencia del acuerdo, es que éste haya tenido por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios” (Tamayo, 2010) dejando claro que la actividad de la autoridad al imponer sanciones, debe ser el producto de un análisis de adecuación típica³⁰.

Conforme al autor en cita, el fallo fue desafortunado pues el alto tribunal administrativo “omitió fijar criterios, pautas o directrices, necesarias para una adecuada valoración del carácter restrictivo de los acuerdos de fijación de precios, especialmente, en consideración a su relación con el objetivo marco que fundamenta el derecho de la competencia: la eficiencia económica” (Tamayo, 2010).

²⁹ En el único caso que la Ley de competencia colombiana autoriza el argumento de generación de eficiencia, como eximente de responsabilidad antitrust, es en las operaciones de integración empresarial (Art. 12 Ley 1340 de 2009).

³⁰ Conforme al Consejo de Estado, el análisis de adecuación típica consta de dos fases: 1. Comprobar que sí existió un acuerdo de voluntades entre empresas y 2. Que el objeto o efecto de dicho acuerdo haya consistido en fijar los precios de un producto o servicio.

En el Caso Andevip no se acogió ninguna de las tesis propuestas por las partes involucradas en el caso, pues el Consejo de Estado determinó que los elementos clave en el análisis de los acuerdos restrictivos de la competencia debían centrarse en el objeto y/o efecto de la práctica restrictiva bajo análisis (valoración de elementos subjetivos de la conducta), dejando de lado la configuración per se de convenios restrictivos de la competencia que había sido fundamentada por la SIC bajo el esquema de responsabilidad objetiva del investigado.

En dicha providencia, el Consejo de Estado no estableció los lineamientos dentro de los cuales debían interpretarse las expresiones objeto y efecto contenidos en la norma de competencia, hecho que dejó aun más en el aire, la existencia o no de la regla de valoración per se en el ordenamiento de la competencia nacional.

Sin embargo, bajo doctrina reiterada de la SIC es claro que las conductas enunciadas en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 son intrínsecamente anticompetitivas y basta para su eventual sanción, la comprobación de la existencia del supuesto de hecho descrito en la norma o la evidencia sobre el actuar coordinado de las empresas involucradas que no tenga justificación económica razonable.

Los convenios o acuerdos conforme a la doctrina se clasifican en dos grupos: los acuerdos horizontales y los acuerdos verticales. Los acuerdos horizontales son aquellos en los que se vinculan dos agentes económicos situados en el mismo nivel de la cadena productiva, es decir, son acuerdos entre quienes producen bienes o servicios sustitutivos entre sí siendo contrarios a la competencia, los denominados Acuerdos de Cartel (*hard core cartels*)³¹, donde las

³¹ Las conductas generalmente definidas en las legislaciones antimonopolio bajo esta categoría son: a) los acuerdos de precios, b) repartición de mercados, c) límites a la producción, d) los boicots y e) la colusión en licitaciones (Cortázar 2011) La Resolución 6839 (2010) que resolvió el asunto de precios en el cartel de los ingenios de azúcar del Valle del Cauca. Síntesis: la Superintendencia de Industria y Comercio luego de una investigación que duró casi cinco años sancionó a varios ingenios azucareros con multas que superan los 10 mil millones de pesos colombianos (5.2 millones de dólares). Razones: Los ingenios incurrieron en una conducta contraria a

combinaciones realizadas por las empresas competidoras tienen por objeto o efecto restringir la competencia o entorpecer el proceso competitivo en el mercado, bastando bajo la interpretación de las normas colombianas, la sola intención para que se configure la conducta (Cortázar, 2011 y Águila-Real 2003).

Los acuerdos verticales, conforme lo señala Águila-Real (2003), son “acuerdos entre empresas situadas en distintos niveles de la cadena de producción y distribución de los productos y servicios es decir, dichos convenios se ejecutan entre firmas que producen bienes o servicios complementarios entre sí³² (Águila-Real, 2003).

El problema central respecto de los acuerdos restrictivos de cualquier naturaleza (horizontal o vertical) radica en la complejidad de definir qué debe entenderse por acción concertada y bajo qué estándares se prueban dichos acuerdos, vale decir que por lo general se ligan a “evidencia circunstancial”³³ de la que se concluye la coordinación y el paralelismo de las actuaciones que permiten establecer al ente examinador, la existencia de un acuerdo restrictivo de la competencia.

En estos eventos, los criterios de valoración considerados en la doctrina determinan que el operador jurídico debe evaluar lo

la libre competencia al concertar precios máximos para la compra de caña de azúcar. Si bien las empresas no acordaban directamente los precios, al parecer utilizaban la misma metodología de remuneración, con lo cual de forma indirecta se concertaba el precio máximo de compra. Los ingenios incurrieron en una conducta contraria a la libre competencia al concertar precios máximos para la compra de caña de azúcar. Si bien las empresas no acordaban directamente los precios, al parecer utilizaban la misma metodología de remuneración, con lo cual de forma indirecta se concertaba el precio máximo de compra. *Defensa de los investigados*: Las metodologías utilizadas eran prácticas de estandarización y usos generales de la industria, argumento rechazado por la SIC por considerar que la práctica era el resultado de un acuerdo colusivo y no de una costumbre general de la industria.

³² Por ejemplo, la relación económica entre productor y distribuidor.

³³ Sobre el tema de evidencia circunstancial y factores determinantes (*plus factors*) para la consecución de la prueba de acuerdos restrictivos de la competencia (Kovacic et. al., 2011).

siguiente: a) la existencia de un contrato, combinación o acuerdo, b) el grado de restricción en el mercado como consecuencia de la conducta y c) la existencia real o potencial de efectos nocivos de la conducta analizada (Botero, 2002), sin que para el caso colombiano se considere como argumento la generación de eficiencia, ya que se sanciona tanto el objeto como el efecto de las actuaciones que se enmarquen como restrictivas de la competencia.

De las pautas definidas en la jurisprudencia estadounidense recogidas en nuestro ordenamiento surgen los criterios de los que se vale la SIC para avocar los casos de restricciones de este tipo en el mercado, pues la autoridad colombiana en sus providencias se orienta bajo los mismos criterios teórico-económicos para establecer la responsabilidad en materia de competencia por parte de los investigados, considerando para el análisis de los casos los siguientes criterios: 1. Efectividad en la fijación de precios u otra conducta restrictiva, 2. Análisis de la producción, y 3. Análisis del poder de mercado (Botero, 2002).

Dada la complejidad para la obtención de prueba directa de la existencia de un cartel, las autoridades parten de la ya referida “evidencia circunstancial” fundada en la teoría económica respecto de comportamientos empresariales coordinados en específicas estructuras de mercado, como las oligopólicas interdependientes o monopólicas, por ejemplo, para justificar la existencia de dichos acuerdos restrictivos.

La delación en materia de derecho de competencia

La delación es una herramienta usada por autoridades de competencia a nivel mundial con diversos resultados para combatir los carteles y facilitar el proceso de prueba de su existencia. Los “programas de clemencia, delación compensada o amnistía”³⁴ reportan las siguientes ventajas:

³⁴ Conforme a González (2006) refiriéndose a datos presentados por la OCDE, uno de los eventos más relevantes observado en los últimos diez años en la práctica antimonopolios es la gran cantidad de carteles descubiertos gracias a la aplicación de los programas de delación compensada por parte de las agencias encargadas de proteger la competencia. Datos: Luego de la entrada en vigencia de la nueva

1. reducción de costos al detectar los carteles, 2. Acortar el tiempo para que las autoridades adelanten un proceso y, 3. Permite de manera racional utilizar incentivos económicos que moverán a las empresas a actuar de una determinada forma, pudiendo traducirse esa decisión en beneficios para la sociedad en general (Molina, 2009).

En razón a estas ventajas y siguiendo la tendencia mundial respecto de la implementación de programas de clemencia³⁵, el legislador colombiano incorporó en la Ley 1340 de 2009 (Art. 14) la figura de “Beneficios por Colaboración con la autoridad” reglamentado mediante el Decreto 2896 de 2010 proferido por el Gobierno Nacional en donde se desarrolla el “Programa de Delación” en materia de competencia en Colombia y permite su aplicación por vía administrativa y penal cuando en este último evento se infrinja el artículo 410A del Código Penal referente a acuerdos restrictivos de la competencia que se generen con ocasión de procesos de contratación pública³⁶; norma que a primera

directiva sobre amnistía en Estados Unidos (1993), las solicitudes por acogerse al beneficio de este programa se incrementaron de un caso por año a más de veinte postulaciones por año. En términos de multas, los montos totales pagados por las firmas subieron de 23 millones de dólares en 1993 a 1.100 millones de dólares en 1999. La tendencia a acoger este sistema como método para combatir los carteles, así como, para facilitar su comprobación y represión es amplia pues, conforme al autor citado, la política de clemencia ha sido incorporada en países como Alemania (2000), Canadá (2000), Reino Unido (2000), Francia (2001), Suecia (2002), Australia (2003) y Japón (2006), entre otros.

³⁵ Véase artículo: *Leniency: la política de exoneración del pago de multas en derecho de la competencia* (Fantova Santiago, 2002). En este documento se hace un estudio comparado de los sistemas de clemencia en los Estados Unidos, Canadá y Australia con el caso europeo y la propuesta de incorporación del sistema de delación para la época en España.

³⁶ Artículo 410A. Adicionado por la Ley 1474 de 2011, artículo 27. “Acuerdos restrictivos de la competencia. El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años. Parágrafo. El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de

vista es positiva pero también ha sido objeto de críticas, en cuanto a la forma de incentivar la delación para detectar los carteles llevada a cabo por parte de la autoridad de competencia.

Los cuestionamientos que sectores de la opinión han manifestado al respecto del sistema de delación como desarticulador de carteles, se refieren a que la promoción del sistema de delación ha sido impulsada a través de una aplicación estricta de las sanciones incorporadas en la Ley 1340 de 2009 (Art. 25 al 27) bajo la creencia de “popularizar la herramienta de la delación mediante la sanción ejemplificante” (Jaramillo, 2012).

Tomando en consideración la postura del comentarista referido, ello generaría las siguientes preguntas: “¿Qué pasaría con estas empresas y personas sancionadas que podrían estar siendo tomadas como ejemplo en busca de promocionar la herramienta de la delación?, ¿Qué pasaría con los principios de seguridad jurídica y el trato equivalente? ¿Qué pasaría con la promoción de la competencia?”. Bajo esas premisas, ¿podría este sistema de delación traumatizar la dinámica de una economía en desarrollo? (Jaramillo, 2012).

Frente a estos cuestionamientos debe ser claro que la herramienta de la delación ha sido útil para hacerle frente a los carteles económicos en otros países que lo han implementado y que a nivel internacional existe un consenso sobre la conveniencia de adoptar dichos programas (Jiménez, 2004).

El desarrollo de los programas de clemencia en ordenamientos jurídicos foráneos ha demostrado que es posible penetrar el secreto de los acuerdos recurriendo a la información desde dentro (*insider*), que posibilita resolver, conforme lo señala Jiménez (2004), “los problemas de la identificación de la prueba inherente a este tipo de conductas”. Está plenamente demostrado que programas de clemencia son instrumentos eficaces para detectar cárteles.

Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años”.

Para el caso colombiano, dada la reciente incorporación de la figura de beneficios por colaboración con la autoridad en la Ley 1340 de 2009, no existe en la actualidad, evidencia que indique qué efectos ha tenido su incorporación, sin embargo, es claro que la Superintendencia de Industria y Comercio ha desplegado a través de su sitio web y anuncios publicitarios en diversos medios de comunicación (televisión y prensa) una campaña en pro del conocimiento por parte de la ciudadanía en general de este tipo de herramientas, con el propósito de fomentar la cultura de la delación entre nosotros y lograr que un agente del mercado denuncie ante la SIC cuando advierta una violación a la competencia.

Para comentaristas en materia de derecho de la competencia, como el autor De la Calle (2014), el sistema de delación colombiano a través de la reglamentación definida en el Decreto 2896 de 2010 se ha fortalecido, pero aún posee serios problemas estructurales en su concepción y procedimiento que no le permiten tener la aplicabilidad y efectividad que dichos sistemas han tenido en otras latitudes.

El primer problema que remarca el comentarista precitado guarda relación con la falta de armonía y sincronía entre el marco jurídico penal aplicable a esta materia y la delación, pues es claro que al revelar información dentro del proceso administrativo se puedan involucrar conductas punibles que escapan a los potenciales beneficios otorgados en virtud del procedimiento de delación (el autor cita ejemplos tales como colusión, estafa, delitos corporativos, falsedad en documento, etc.). Es decir, “el delator que ofrece información a la autoridad de competencia a cambio de los beneficios no tiene garantía legal de que los hechos materia de confesión no resulten relevantes para la justicia penal” (De la Calle, 2014).

El segundo inconveniente que se presenta, conforme al comentarista reseñado, se refiere a si el agente delator que forma parte como sujeto activo de una conducta restrictiva de la competencia tiene o no algún grado de responsabilidad sobre la misma, dado que la Ley 1340 de 2009 solo lo exime de la multa derivada de la infracción administrativa pero nada dice respecto

de si, producto de la decisión final, el agente delator pueda ser declarado responsable de la práctica restrictiva investigada o cualquiera otra infracción subyacente, a pesar de que gracias a él, la autoridad de competencia logró más fácilmente la determinación de la existencia de la conducta contraria a la libre competencia (De la Calle, 2014).

Adicionalmente, según lo señala el decreto reglamentario de la Ley 1340 de 2009 en esta materia, existe un alto poder discrecional de la autoridad que produce desconfianza pues la Superintendencia de Industria y Comercio, según su criterio, puede conceder de manera parcial o total el beneficio y sí obliga a que el delator entregue toda la información que posee y la someta a escrutinio por parte de la autoridad dejando como única garantía a favor del delator, el derecho de reserva sobre la información presentada en caso de que la colaboración con la autoridad sea desestimada por la SIC.

En virtud de tales planteamientos, el autor en cita formula las siguientes preguntas: 1. ¿Puede la entidad aprovechar la información conocida para darle mayor sustento a la investigación contra el fallido delator o prevalece en ese caso el principio de no autoincriminación previsto en el artículo 33 de la Constitución Política?, 2. ¿Puede usar esa información contra otros investigados?, 3. ¿Puede o debe la entidad compulsar copias a la Fiscalía por los hechos que ya fueron de su conocimiento? y 4. ¿Puede la entidad llamar a declarar al fallido cooperante y formularle preguntas relacionadas con los datos suministrados en el contexto de la delación?

Considerado los planteamientos del comentarista en cita y dejando clara la importancia de un sistema de delación estructurado y eficaz, se hace necesario que para el buen funcionamiento del derecho de la competencia se revisen a fondo dichos planteamientos y que dentro del sistema legal se hagan las reformas respectivas, que permitan suficientes garantías para el colaborador o delator con el fin de que pueda lograrse el resultado obtenido de su adecuada implementación en otros países.

Sin embargo, hay que destacar que bajo la reglamentación existente en materia de delación y/o beneficios por colaboración en Colombia, ya se produjo el primer pronunciamiento por parte de la autoridad de competencia, respecto de la denuncia sobre la existencia de un presunto cartel de precios en el mercado en relación con el producto “pañales desechables para bebé” en el que la SIC ya formuló pliego de cargos y se encuentra adelantando las investigaciones del caso.

En este caso, la Superintendencia de Industria y Comercio destacó los siguientes aspectos: “1) El pliego de cargos se formula después de que la Superindustria inspeccionara a varias empresas, y que 2 de ellas, se acogieran al Programa de Beneficios por Colaboración, confesaran su participación y aportaran las pruebas sobre la existencia, funcionamiento y seguimiento del cartel empresarial”³⁷.

Este caso fue el primer antecedente que se tuvo en Colombia en donde la autoridad de competencia puso en funcionamiento el sistema de delación compensada para detectar a un cartel de precios en el mercado de los pañales desechables para bebé.

La SIC pudo establecer que en el mercado referido, en el periodo de tiempo investigado (15 años), las empresas del sector reflejaron ventas por más de siete punto siete billones de pesos, equivalentes a más de once mil trescientos millones de pañales (11.300 millones de pañales). Además, la autoridad de competencia destacó que en Colombia “más de 2 millones de bebés usan pañales desechables; se venden más de medio billón de pesos al año (0,5 billones) representados en más de mil millones de pañales (1.000 millones). (Resolución SIC 47965, 2014).

La Delegatura de Promoción de la Competencia formuló pliego de cargos, bajo el cargo de “presunta participación en acuerdos empresariales con el fin de aumentar artificialmente el precio de los pañales desechables para bebé en Colombia desde el año 2000 y hasta el año 2013, fijar la calidad de los mismos y forma de comercialización”.

³⁷ Las pruebas obtenidas por la autoridad de competencia se refieren a correos electrónicos, documentos, testimonios y declaraciones juramentadas.

Con este caso, se da comienzo a la aplicación del programa de clemencia en materia de derecho de la competencia a nivel local y se espera que con esta herramienta se pueda facilitar y permitir a la autoridad única de competencia la consecución de pruebas que le permitan establecer la existencia conductas restrictivas de la competencia que, como ya se señaló, comportan una exigencia probatoria compleja que se ve superada mediante sistemas de colaboración como el incorporado en el régimen de competencia de la Ley 1340 de 2009³⁸.

El ofrecimiento de garantías en materia de competencia

El ofrecimiento de garantías suficientes como una circunstancia de terminación anticipada de los procesos de investigación en materia de competencia es una herramienta importante con la que cuenta la SIC para el desarrollo de su función de abogacía en materia de competencia determinada en la ley.

Dicho ofrecimiento es un instrumento procesal previsto en el Decreto 2153 de 1992 y el artículo 22 de la Ley 1340 de 2009, el cual particularmente desarrolla el tema de las contribuciones por seguimiento una vez la autoridad de competencia ha aceptado las garantías otorgadas por la parte investigada. El efecto de dicha aceptación es que el superintendente ordene la clausura de la investigación sin pronunciarse sobre el fondo del asunto y sin imponer sanciones al investigado (Miranda, 2006).

A través del otorgamiento de una “garantía suficiente”, se pretende, conforme a lo dispuesto en el Decreto 2153 de 1992, “que el infractor suspenda o modifique la conducta por la cual se le investiga”. Es decir, se configura una obligación de no hacer (prestación) en cabeza del presunto infractor.

³⁸ La política de delación incorporada en la Ley 1340 de 2009 ha dado como fruto el descubrimiento de carteles de precios en el mercado de los pañales y el papel higiénico, dado que gracias a los benéficos por colaboración con la autoridad y la campaña de difusión por parte de la autoridad de competencia, Colombia empezó a implementar el programa de clemencia en esta materia.

Este mecanismo buscaba desde su incorporación al ordenamiento jurídico, una mayor eficiencia para resolver los inconvenientes que se presentaban en los procesos ordinarios de investigación de las infracciones al derecho de la competencia, pues tales procedimientos en opinión de algunos comentaristas, eran largos, dispendiosos y onerosos, sin que con ello se logaran resultados significativos (Uribe et al., 2005).

Con la modificación en materia sancionatoria incorporada en la Ley 1340 de 2009 como elemento disuasivo para los potenciales infractores de la normativa de competencia, será de gran utilidad mantener la figura de ofrecimiento de garantías suficientes como una herramienta alternativa efectiva para corregir las fallas del mercado, producto de infracciones a la ley de competencia dada la celeridad que ha adquirido con la reciente reforma el procedimiento de investigación por parte de la autoridad única.

La figura de la doctrina probable y el precedente administrativo en el contexto del derecho de la competencia

Otro aspecto importante a considerar del régimen actual que va en dirección de hacer más eficiente el sistema de promoción y protección de la competencia, es la incorporación de la figura de la doctrina probable (Art. 24, Ley 1340 de 2009), como guía para la modulación de las decisiones de la SIC, pues ello limita y controla en alguna medida, el poder discrecional de análisis y toma de decisiones por parte de la autoridad de competencia³⁹.

³⁹ Según lo define la Corte Constitucional Colombiana, en el contexto del Derecho de la Competencia la doctrina probable tiene el siguiente alcance: “Con el apartado sobre doctrina probable del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, se establece la posibilidad de crear doctrina probable en sede administrativa, cuando se ejerce la facultad de supervisión, vigilancia y control en las investigaciones y resoluciones de la SIC en materia de protección a la libre competencia y la vigilancia administrativa de la competencia desleal. En ese caso lo que se presenta es una vinculación más formal al precedente administrativo que se desarrolla en consonancia con los principios constitucionales de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. En ese caso se debe aplicar la línea jurisprudencial de que la decisión que acoge la doctrina probable debe ser motivada, pero especialmente de que la vinculación a ésta, no debe ser óbice para que teniendo en cuenta el caso concreto, la entidad administrativa se

De otra parte, se da el precedente en la jurisdicción contencioso administrativa, aplicable bajo los lineamientos de la Ley 1437 de 2011 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” y la figura de doctrina probable⁴⁰ aplicable a las decisiones en sede administrativa por parte de la SIC resultan instrumentos novedosos para el sistema de promoción de la competencia colombiano como factores disciplinantes de la labor de las diversas autoridades que controlan administrativa y jurisdiccionalmente las conductas contrarias a la libre competencia (SIC y Consejo de Estado)

pueda apartar de dicha doctrina motivando con razones suficientes el acto para evitar las modificaciones intempestivas y descontextualizadas” (Sentencia, C- 537, 2010).

Las principales conclusiones de la sentencia en cita conforme Ortiz Baquero (2010) se concretan en lo siguiente: “A) La SIC cumple en el ámbito de la aplicación de las normas de libre competencia únicamente funciones de carácter administrativo que se rigen por lo dispuesto en la Ley 155/1959, en el Decreto 2153/1992 y en la Ley 1340/2009. B) La figura de la ‘doctrina probable’ a la que se refiere el apartado demandado del artículo 24 de la Ley 1340/2009, se aplica únicamente a las decisiones que adopta la SIC en el ejercicio de las funciones administrativas que le competen en materia de protección de la competencia, competencia desleal y protección al consumidor. C) La ‘doctrina probable’ de la SIC no vulnera las normas constitucionales que regulan la independencia del poder judicial, la separación de poderes, ni la norma que dispone que la ley es la fuente principal de las decisiones judiciales. Las decisiones administrativas de la SIC pueden coexistir y compatibilizarse con las funciones que en materia de protección de la competencia corresponden a los jueces, quienes en ningún caso ven limitada su autonomía o independencia por la intervención administrativa”.

⁴⁰ Para ampliar el tema sobre la discusión respecto del precedente administrativo y la doctrina probable en el contexto del derecho de la competencia, véase artículo *El precedente administrativo en la Ley 1340 de 2009* (Jaramillo, 2011), en donde el autor hace un análisis de la figura desde sus orígenes y lleva a cabo una contextualización de la misma en el escenario del derecho antimonopolio colombiano destacando los principales inconvenientes de la figura cuando se aplica en sede administrativa. Véase también el artículo *La mal llamada “doctrina probable” en la Ley 1340 de 2009* (Mantilla, 2011), en donde el autor hace fuertes cuestionamientos a la figura de la doctrina probable en sede administrativa que según sus apreciaciones no resulta aplicable y tampoco es necesaria como un factor integrador en esta materia, resaltando que solo en instancias jurisdiccionales se le debe dar cabida a esta figura.

La doctrina probable sirve como herramienta para construir doctrina en el seno de la autoridad única de competencia con relación a las decisiones que se tomen en sede administrativa, que en ningún caso obligan a las autoridades jurisdiccionales en la toma de sus decisiones, como sí lo impone el precedente en materia administrativa frente a los jueces de dicha jurisdicción.

Estas herramientas juegan un rol determinante y principal para la formación y fortalecimiento de la política de competencia y del sistema de promoción y protección de la misma, dado que permiten, al menos a primera vista, que al interior de las instituciones que ejercen control se establezcan límites a la discrecionalidad del operador jurídico en pro de la seguridad jurídica en los procesos.

De los planteamientos referidos en la sentencia citada, y los comentarios esgrimidos a la misma por Ortiz (2010), se determina que la función que desarrolla la SIC en materia de promoción a la competencia es de índole administrativa únicamente, no ocurriendo lo propio en el caso de protección al consumidor y competencia desleal.

De lo anterior, la comentarista en cita subraya que Colombia tiene un modelo público de aplicación del derecho de la competencia, pues es una entidad de orden administrativo la que vigila, inspecciona y controla los mercados y propende por su restablecimiento, cuando la competencia ha sido reducida, eliminada o falseada (Ortiz, 2010).

La pregunta que sobre el punto puede formularse es: ¿por qué razones el legislador no le confirió en materia de promoción a la competencia funciones jurisdiccionales a la SIC, como si lo hizo en asuntos relacionado con otras materias como la protección al consumidor y la competencia desleal?

Frente a este punto, el legislador colombiano con la reforma hecha al sistema en el año 2009 estableció en cabeza de la SIC el liderazgo de las investigaciones en esta materia en compañía y apoyo de las superintendencias sectoriales, dejando a este grupo de entidades el control exclusivo de las conductas comerciales

restrictivas en sede administrativa separando el control de legalidad por vía jurisdiccional de las sanciones impuestas por tales restricciones, en cabeza de los tribunales administrativos y el Consejo de Estado como órgano de cierre.

Abuso de la posición de dominio en el mercado

Los actos unilaterales en materia de derecho de competencia se clasifican doctrinariamente en dos categorías: el abuso de posición de dominio en el mercado y los actos unilaterales contrarios a la libre competencia sin posición de dominio (Cortázar, 2011).

El abuso de posición dominante o la explotación abusiva del poder de mercado, formas como es comúnmente conocida esta práctica contraria a la libre competencia, está expresamente prohibida por el constituyente colombiano en el artículo 333 inciso cuarto Superior cuando establece que “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*” (cursivas fuera del texto). Antes de la prohibición contenida en la Carta Fundamental de 1991, la ley primigenia en materia de competencia colombiana (Ley 155 de 1959) en su artículo segundo ya disponía la facultad de supervisión del Estado sobre aquellas empresas que por su poder de mercado tuviesen el control sobre un producto o servicio⁴¹. Bajo el marco de la regla constitucional y el control por vía legal de los agentes del mercado (personas y empresas) en condición de posición de dominio fueron descritas en el Decreto 2153 de 1992 (Art. 50) las conductas que, bajo ese supuesto, son consideradas por el legislador como abusivas.

Asimismo, el artículo 45 de la misma disposición, define la posición de dominio como “la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”; hecho que bajo la interpretación e ideología del derecho antimonopolio no

⁴¹ Artículo 2.º Ley 155 de 1959. Las empresas que produzcan, abastezcan, distribuyan o consuman determinado artículo o servicio, y que tengan capacidad para determinar precios en el mercado, por la cantidad que controlen del respectivo artículo o servicio, estarán sometidas a la vigilancia del Estado para los efectos de la presente Ley.

es considerado ilegal per se siempre y cuando dicha posición haya sido alcanzada legítimamente, es decir, que se llegue a ella en virtud del mérito, el cual se concreta en una ventaja competitiva derivada de la investigación, el desarrollo y la innovación constante.

La posición dominante ha sido definida jurisprudencialmente en el contexto europeo por parte del Tribunal de Justicia, conforme lo reseña Velilla (1998) como “una posición de fuerza económica de la que goza una empresa que le permite impedir el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado relevante posibilitándole comportarse en una medida apreciable independientemente de sus competidores y clientes y en definitiva de los consumidores”.

Resulta claro que en el ordenamiento colombiano tener la posición de dominio no constituye en sí misma una práctica restrictiva de la competencia. Lo que constituye una restricción es el abuso de aquella posición (Sentencia T-375, 1997), dado que la infracción se comete cuando un agente económico impone barreras de entrada a potenciales competidores o tiene la intención de eliminar a los actuales, es decir, busca en virtud de su poder de mercado, entorpecer el proceso competitivo.

En las normas relativas al ejercicio del poder de mercado se persiguen diversos objetivos: 1. Proteger al consumidor y a la economía en general, 2. Proteger a los competidores de las firmas dominantes y 3. Evitar la indebida concentración del mercado (Korah, 2007).

Bajo estas máximas, se nutre la interpretación de las normas relativas al ejercicio del poder de mercado y se deja en manos del intérprete en cada caso, la ponderación de los fines que, conforme a la postura jerárquica de los mismos, definen el tipo de sistema en cada ordenamiento jurídico. Existen doctrinariamente dos sistemas básicos que avocan la posición dominante: el sistema de prohibición o sistema a priori y el sistema del abuso o de protección directa (Pellisé, 2001).

El sistema de prohibición parte del principio según el cual toda restricción de la competencia es ilegal, salvo las que por vía

excepcional (sea por virtud de la ley o por vía jurisprudencial) no se consideren tales (Pellisé, 2001).

Esta postura tiene su sustento teórico, conforme lo reseña Pellisé (2001), en que la competencia resulta efectiva en un escenario de dispersión del poder de mercado, protegiendo a la pequeña y mediana industria y desconfiando de la concentración empresarial, es decir, se busca proteger la estructura competitiva, desestimando la posición de dominio como una condición posible y favorable dentro del mercado.

El sistema de protección directa o de abuso, por el contrario, parte del supuesto de que toda restricción al mercado es lícita en principio y solo será censurada si se demuestra, por parte de la autoridad de inspección y vigilancia del mercado, que la conducta es abusiva (Pellisé, 2001).

La concepción de protección directa fue acogida por el modelo colombiano según el contenido del artículo 333 superior y las normas que lo desarrollan, pues para el legislador colombiano el poder de dominio o la monopolización no es nociva en sí misma, considerando que en ciertos escenarios puede ser benéfica y que lo que se debe castigar es su aprovechamiento abusivo.

Dicha postura ideológica se fundamenta en el fin último del derecho de la competencia es decir, que el consumidor alcance la máxima eficiencia económica, sin tomar en consideración la estructura del mercado que se tenga y que es labor del sistema jurídico antitrust, controlar vía de la inspección, vigilancia y control la tendencia de abusar por quien tiene poder de mercado, lo cual tiene su base doctrinal en la teoría de la visión intencional explicada en el primer acápite.

La explotación abusiva del poder de mercado conforme a la redacción de la norma fundamental (Art. 333 inc. 4) puede ser ejercida por única empresa, por un conjunto de empresas vinculadas (filial y subordinada) y por empresas no vinculadas pertenecientes a un mismo mercado (Velilla, 1998). La valoración de la posición dominante o del poder de mercado involucra varios elementos que determinan dicha condición, los cuales son: a) definir el mercado

relevante y mercado geográfico, b) establecer la cuota del mercado, y c) determinar los rivales reales o potenciales que puedan afectar el dominio (Saldarriaga 1998).

Para determinar los niveles de concentración industrial y establecer la condición de dominio en el mercado existen diversos criterios de medición con los cuales se determina dicha concentración siendo los más comunes, el coeficiente de concentración⁴², el índice de Herfindahl-Hirshman⁴³ y el índice de entropía⁴⁴ (Saldarriaga, 1998). Algunos problemas que presentan dichos indicadores económicos, a pesar de su utilidad actual, guardan relación con la obtención de una información más completa para efectos de su cálculo, es decir, dichos índices no consideran factores como “la conducta, la estructura de las firmas, la entrada de nuevos competidores, la organización de conglomerados e instrumentos distintos al precio” (Refiriéndose a calidad, garantías, publicidad e investigación y desarrollo) (Saldarriaga, 1998).

Para determinar el dominio conforme a los economistas Kaplow y Shapiro referidos por el profesor Cortázar (2011) existen tres métodos: a) el de margen costo-beneficio, b) el de elasticidad de la demanda de la empresa y c) el de la conducta de la empresa.

⁴² Coeficiente de concentración: Este coeficiente tiene las siguientes convenciones: K = número de empresas más grandes, CK = participación de las K empresas más grandes en el producto del sector, $i = 1$ una empresa y mi = participación de la empresa i en dicho producto. Expresión para calcular: $K, CK = (mi, i = 1$. La versión más utilizada de este coeficiente es el índice $CR4$, el cual mide la concentración de las cuatro empresas más grandes del sector bajo análisis (Saldarriaga, 1998).

⁴³ Índice de Herfindahl-Hirshman: Este índice tiene las siguientes convenciones: CH = índice de concentración HH . mi^2 = cuadrado de participación de la empresa i en dicho producto, n = número de empresas del sector o de la rama. Expresión para calcular: $n, CH = (mi^2, i = 1$. Este índice (HH) toma en consideración el total de empresas en cada sector y la participación individual de cada empresa, que es ponderada por sí misma (mi^2). El valor del índice es el resultado de la suma de todos los valores (Saldarriaga, 1998).

⁴⁴ Índice de Entropía: Este índice tiene las siguientes convenciones: CE = índice de entropía, mi = participación de la empresa i en el producto del sector, $\log mi$ = logaritmo de la participación de la empresa i en el producto del sector, n = número de empresas del sector. Expresión para calcular: $n, CE = (mi \log mi, i = 1$.

El primer método, toma mediciones directas del precio y costo marginal, pues un criterio de medición del dominio relaciona dichas variables que, entre más cercanas o lejanas estén entre ellas, reflejan el grado de dominio; es decir, si el precio es cercano al costo marginal el dominio es menor y viceversa; existiendo la misma relación con la capacidad de discriminación de precios que tenga una empresa en diferentes zonas donde esta ópera (Cortázar, 2011).

El segundo método toma el criterio de elasticidad de la demanda y la compara con base en la participación en el mercado de la empresa, considerando la variación de las ventas en función del precio (Cortázar, 2011).

Otro método muy utilizado por las autoridades de competencia para determinar la concentración industrial y la eventual posición de dominio es definir el mercado relevante y la participación de la empresa en él. Para definir el mercado relevante es necesario tomar en consideración las siguientes variables: a) la naturaleza del producto o servicio, b) la dimensión de la zona cubierta y d) la diversidad de la clientela (Velilla, 1998).

Para el análisis de estos casos no solo es importante considerar variables económicas como las enunciadas precedentemente, sino que resulta importante también considerar criterios culturales, políticos, religiosos, etc., que pueden tener incidencia en la condición de dominio en el mercado y se presentan en ocasiones como medio de coerción, colusión o control que puede falsear o eliminar la competencia (Montenegro, 2007).

Es claro que la posición dominante no puede concebirse en abstracto, pues su determinación exige la definición del mercado relevante del producto o servicio y acreditar la cuota de penetración, por cuanto esta define la capacidad de excluir rivales actuales o potenciales del mercado y permite definir la estructura del mismo, es decir, establecer si se trata de un monopolio o un poder relativo de mercado que lleve consigo, conforme lo expresa García Martínez (2002), que “no haya presión competitiva, o no la haya en grado suficiente y, por consiguiente, la competencia deja de jugar su papel regulador”.

Los medios para lograr la posición de dominio son distintos a los medios para abusar de ella. La condición de dominio se alcanza legítimamente por conducto de factores como: a) Los recursos técnicos disponibles, b) el tamaño del mercado y de la organización empresarial dentro del mismo, c) economías de escala derivadas del mejoramiento productivo y d) derechos de propiedad industrial o intelectual derivados de la innovación y el desarrollo (Saldarriaga, 1998).

El abuso del poder de mercado, por el contrario, se alcanza a través de la imposición de barreras de entrada a potenciales competidores o la eliminación de rivales del mercado, valiéndose de la capacidad de fijar condiciones de transacción y la posibilidad de manipulación de los precios a través de prácticas que limiten el acceso al mercado artificialmente, o condicionen el comportamiento de las firmas parte del proceso competitivo.

La jurisprudencia constitucional refiriéndose al tema establece que “la posición dominante se refiere a un poder de mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable”; y que ello implica en palabras de la misma corporación “menos participación colectiva en la fijación de precios y cantidades y, correlativamente, mayor unilateralidad y relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes que, de llegar a ser avasallantes, sustituyen los mecanismos de mercado” (Sentencia T-375, 1997).

Así mismo, el Consejo de Estado en sentencia del magistrado Marco Velilla (2013) señaló elementos importantes a considerar cuando se analiza si se configura el abuso de posición de dominio en el mercado. En esa providencia, el alto tribunal administrativo determinó que la autoridad de competencia hizo una incorrecta segmentación del mercado relevante y no se llevó a cabo una correcta diferenciación del producto final objeto de análisis (Sentencia 2001-01029, 2013, 23 de mayo).

Conforme al fallo, la autoridad de competencia “no tuvo en cuenta en el análisis efectuado sobre el mercado relevante, al principal competidor de Induga S.A., como tampoco la

diferenciación entre el producto final (helados) y la totalidad de los insumos o contenedores (vasos, barquillos, conos, etc.) de tal producto, ni distinguieron entre el comprador o usuario primario de dichos insumos, y el consumidor final del helado”.

En este caso, se evidenció, conforme lo señala la sentencia, “que un sustituto del barquillo para helado, puede ser cualquier contenedor desechable o comestible que cumpla tal función”.

El Consejo de Estado precisó que el mercado de los helados sobre el cual hizo el análisis la SIC en este caso es de consumo, pues este va dirigido al consumidor de helados mientras que el mercado de los conos y barquillos en el que desarrollaba su actividad Induga S.A. es de insumos industriales, lo que lleva a concluir por parte del Consejo de Estado, que hubo una errónea configuración del mercado relevante y se pudo establecer que la empresa sancionada no presentó una estructura de costos de transacción superior al precio de venta, que es, sin duda, un criterio determinante para la configuración del abuso.

Corresponde, entonces, a las normas de derecho antitrust y a las autoridades que las aplican, estabilizar y evitar la concentración de los medios de producción dejando en cabeza del legislador la posibilidad de establecer excepciones basadas en diversos criterios como: el interés nacional, la eficiencia, la materialización de los derechos sociales, etc.

En consecuencia, es potestativo del Estado como director general de la economía (Art. 334 CN) establecer reglas genéricas y especiales en materia de competencia con base en el modelo de desarrollo, y las prioridades públicas y de gobierno, quien tiene la responsabilidad de preservar grados de competencia efectiva en el mercado y controlar las estructuras monopólicas autorizadas⁴⁵ por la ley, evitando que los agentes del mismo abusen del poder a través de medidas preventivas y/o correctivas.

⁴⁵ Las estructuras de monopolio autorizadas por la Constitución Nacional y la ley son los monopolios rentísticos a cargo de los municipios y departamentos en ciertos mercados como el de juegos de suerte y azar. En la Sentencia C- 316 (2003), la Corte Constitucional definió la naturaleza jurídica de estos monopolios y estableció que el único titular de los mismos es el Estado.

Las normas relativas al abuso de posición de dominio en el contexto colombiano han sido diseñadas para que operen *ex ante* por cuanto lo que se castiga es la intención de producir una restricción en la libre competencia, aunque el resultado anticompetitivo propiamente dicho no se produzca, es decir, no es posible alegar la ausencia de daño como eximente de responsabilidad antitrust cuando se esté frente a las conductas relativas al abuso de poder de mercado (Miranda, 1993).

Dichas conductas se refieren, conforme al Decreto 2153 de 1992, a los siguientes comportamientos: “1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos. 2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas. 3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones. 4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado. 5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción. 6. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización”.

Vale la pena anotar que las conductas abusivas del poder de mercado señaladas se predicen de estructuras económicas como la colombiana, la cual está conformada por grandes oligopolios en condición dominante en diversos sectores de la economía⁴⁶;

⁴⁶ Sectores como las telecomunicaciones, las cementeras, la aviación, los puertos, entre otros, están estructurados como oligopolios en condición de dominio.

hecho por el cual resulta primordial que las autoridades nacionales con funciones de policía administrativa bajo el amparo del reciente marco legal (Ley 1340 de 2009) y las disposiciones que la desarrollan, continúen bajo la dirección de la Superintendencia de Industria y Comercio en coordinación con las superintendencias sectoriales y las comisiones de regulación, la persecución y control de dichas prácticas puesto que, antes de la expedición de la Ley 1340, los avances en esta materia no habían sido significativos conforme lo ilustra la OECD en su informe inter pares en materia de competencia del año 2009:

Tabla. Procedimientos por infracciones a la ley de competencia por año y tipo de conducta (2003-2007)

Prácticas restrictivas	2003	2004	2005	2006	2007	Total	%
Acuerdos horizontales	6	6	6	2	3	23	46%
Otras conductas	4	2	1	0	0	7	14%
Ausencia de notificación	6	2	1	0	1	10	20%
Abuso de dominio	4	1	1	1	2	9	18%
Acuerdos verticales	0	1	0	0	0	1	2%
Total general	20	12	9	3	6	50	100%

Fuente: Superintendencia de Industria y Comercio SIC (OCDE, 2009).

Teniendo en cuenta que las conductas de abuso de posición dominante representaron entre los años 2003 a 2007 el 18% del total de los procedimientos en materia de competencia en Colombia, se abordarán las conductas abusivas descritas en apartes anteriores, con el fin de establecer los principales problemas de configuración de dichas prácticas.

El establecimiento de precios predatorios se define como la ejecución de una política de precios excesivamente bajos por parte de una empresa o empresas dominantes, con el propósito de eliminar o disciplinar a un competidor, es decir, se efectúa una reducción sustancial del precio que saque del juego a actuales competidores o evite la entrada de potenciales al mercado (Hinojosa, 1991).

Bajo ese criterio, la cuestión que se ha debatido en la doctrina es si dicha conducta solo se constituye restrictiva si la fijación de los precios se da por debajo de los costos o si basta la existencia una reducción significativa que afecte los precios para que pueda configurarse como una conducta predatoria.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) determina que hay lugar a precios predatorios si se fijan unos precios “inferiores a la media de los costes variables (es decir, aquellos que varían en función de las cantidades producidas) por medio de los cuales una empresa dominante busca eliminar a un competidor” puesto que, en palabras de la misma Corte, “una empresa dominante no tiene ningún interés en practicar tales precios si no es con el objeto de eliminar a sus competidores, para poder elevar sus precios posteriormente, aprovechándose de su situación monopolística” (Hinojosa, 1991).

La postura del TJUE será predatoria una política de precios cuando: 1. una empresa dominante fije sus precios por debajo de la media de sus costes variables y 2. Se establece una presunción de ilegalidad para aquellas empresas en posición dominante que fijen sus precios por encima de la media de sus costes variables, pero por debajo de la media de sus costes totales (Hinojosa, 1991). Para el caso colombiano, conforme al numeral 5º del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, es violatorio del derecho de la competencia fijar un precio que no corresponda a la estructura de costos de transacción, es decir, vender productos o servicios a pérdida constituye una conducta intrínsecamente anticompetitiva.

En todo caso, para establecer los criterios que determinan porcentualmente cuándo se está frente a una conducta predatoria, dependerá del mercado en particular tomando en consideración su nivel de competencia e inflación, para determinar si 40%, 60%,

70%, etc., por debajo del precio de mercado, será o no el límite para llegar a la conclusión de que se trata de un precio predatorio (Montenegro, 2007).

Esta práctica se describe, conforme lo expresa María Archila (2001), como la actuación de una empresa en condición de dominio que vende sus productos a precio de pérdida durante un lapso determinado con el fin de excluir a uno o varios competidores o evitar la entrada y la consecuente expansión de los mismos que, por el factor de rebaja excesiva de precios se ven obligados a abandonar el mercado.

Luego de la consecución de este objetivo, la empresa predatoria elevará sus precios por encima del precio de mercado en competencia, para recuperar los costos en que incurrió durante el periodo de la práctica y ganar en el largo plazo unas utilidades extraordinarias derivadas del aumento en el poder de mercado determinada por la ampliación de su cuota dentro del mismo (Archila, 2001).

En lo que respecta a los precios y su posibilidad de discriminación por diversas razones como la expectativa de ganancias o la agresiva competencia a través de cambio de precios, hay que señalar que frente a este tema la doctrina hace la distinción entre precios competitivos⁴⁷, precios de monopolio⁴⁸ y precios estratégicos⁴⁹ (González de Cossío, 2006).

⁴⁷ Precios competitivos: Una firma perfectamente competitiva enfrenta una curva de demanda horizontal. Es lo que la jerga económica denomina un “tomador de precios”. No tiene control sobre el precio de mercado. La firma competitiva puede únicamente cobrar el precio de mercado e incrementar su abasto hasta el punto que el costo marginal es igual a precio. La única variable sobre la cual una firma competitiva realmente tiene margen de discreción es abasto. El precio está anclado (González, s.f).

⁴⁸ Precios de monopolio: A diferencia de la firma competitiva, un monopolista absoluto enfrenta una curva de demanda con pendiente negativa. No es un “tomador de precios”. Más bien, es un “creador de precios”, quien, con miras a maximizar utilidades, únicamente necesita igualar su costo marginal de corto plazo con ingreso marginal. Dicho en términos menos técnicos, un agente económico que no enfrenta competencia alguna tiene la libertad de decidir cuánto vende y a qué precio. Si sube el precio, no pierde ventas. No se desvían a un competidor por la sencilla razón de que no hay otro (González, s.f).

⁴⁹ Precios estratégicos: Son el resultado de incluir en el proceso de toma de

Entre los dos extremos (precio competitivo y precio de monopolio) está el precio estratégico, el cual intrínsecamente se considera legítimo y propio de un escenario de competencia; sin embargo, la dificultad se encuentra en determinar qué tipos de precios deben ser sancionados tomando en cuenta que un efecto de la competencia es que los agentes económicos establezcan precios agresivos (González de Cossío, 2006).

La discriminación de precios desde el punto de vista económico, conforme lo define González de Cossío (2006), ocurre “cuando un vendedor obtiene diferentes tasas de retorno por la venta de un mismo producto a diferentes consumidores o mercados”. Es decir, en palabras del autor en cita, “un vendedor que discrimina cobra a diferentes compradores precios que guardan distancias distintas a la curva de costo”; destacando que esta práctica comporta efectos procompetitivos⁵⁰ y/o anticompetitivos⁵¹. Ello hace que su estudio sea especialmente complejo y que corresponda a la autoridad de competencia modular su aplicación atendiendo las características específicas de cada caso.

El trato discriminatorio, conforme lo ilustra Montenegro (2007), “podría ser justificado si el investigador encuentra, por ejemplo, que los costos del transporte son significativamente diferentes; que los costos atribuibles a la seguridad, el papeleo, el

decisiones sobre el precio las opciones de los competidores de la firma con respecto a precios y abasto. El empleo del término “precios estratégicos” no debe crear la inferencia que dicha práctica es inherentemente condenable. Una empresa (oligopolista, dominante, u otra) no puede maximizar sus ganancias sin tomar en consideración las respuestas de sus rivales (incluyendo potenciales), y la maximización de utilidades es un objetivo legítimo. Los precios estratégicos pueden ser ilícitos únicamente cuando otros factores están presentes (González, s.f).

⁵⁰ Procompetitivos: 1. La discriminación de precios resta eficacia a los carteles, 2. Conlleva eficiencias cuando la discriminación es sistemática pues se concreta en competencia vigorosa, 3. Reduce el desperdicio de cobrar un mismo precio a individuos con diferentes valores residuales entre otros.

⁵¹ Anticompetitivos: 1. Genera un necesario poder de mercado, 2. Cuando la discriminación de precios no es perfecta genera ineficiencias en el mercado, 3. La discriminación de precios hace que la depredación de precios sea menos costosa, más lucrativa y por consiguiente más probable.

riesgo o la corrupción son más altos para un agente que para el otro; que las calidades son suficientemente diferentes, etc.”.

Para que una discriminación de precios sea admisible, debe cumplir con los requisitos de generalidad, uniformidad y objetividad; criterios de análisis útiles para lograr determinar la línea divisoria entre una vigorosa competencia a través de precios agresivos y una conducta restrictiva sancionable bajo las reglas del derecho antitrust (Maturana, 2003).

En lo que respecta a la contratación condicionada o atada, esta es definida como un ilícito antitrust porque con ella la firma dominante obliga a la dominada abierta o tácitamente a comprar o vender bienes o servicios adicionales al principal sin que exista justificación económica para tal combinación en la transacción⁵² (Montenegro, 2007).

Es claro que este comportamiento vulnera el derecho a la libertad económica y la libre iniciativa privada (Art. 333 C.N.), puesto que condiciona el actuar de las empresas y limita flagrantemente la libertad de negociación, ya que la escogencia de los productos subyacentes no obedece a criterios objetivos como la relación calidad-precio, sino en virtud de la negociación del bien o servicio principal.

Este tipo de actuaciones derivan en concentraciones industriales, dado que todas ellas implican la creación o el reforzamiento de la posición dominante que en mayor o menor

⁵² Un caso señalado por Miranda (1993) que ejemplifica la conducta de contratación condicionada o atada resueltos por la Suprema Corte de los Estados Unidos como el caso *Eastman Kodak Co. v. U.S.* en el que, conforme lo reseña Miranda (1993), “Kodak, un fabricante con posición de dominio en el mercado de las películas para fotografía, decidió incluir en el precio de cada rollo de película el valor de su revelado. El Estado acusó a Kodak de intentar extender su monopolio en el mercado de las películas de fotografía, al mercado del revelado de las mismas. Una vez Kodak hubiera adquirido posición de dominio en ambos mercados, se generaría adicionalmente al potencial de explotación monopolística, una barrera para el ingreso a cualquiera de los dos mercados por separado, resultando mucho más difícil y costoso penetrarlos ambos al tiempo”.

medida obstaculizan la competencia, pero que al mismo tiempo es un efecto probable del proceso competitivo.

Conforme al estudio realizado por la OCDE en el año 2009 se pudo establecer que la autoridad de competencia Colombiana frente a las conductas constitutivas de posición dominante (art. 50 Decreto 2153 de 1992) “la sanción que se aplica es casi automáticamente, sin un análisis económico de profundidad suficiente que determine si existe en los hechos un efecto económico negativo de la conducta investigada sobre la eficiencia económica o el bienestar de los consumidores”. Hecho que equivale a una presunción de ilegalidad de las conductas una vez se llegase a comprobar la posición de dominio.

Actos contrarios a la libre competencia⁵³

Por último, hay que mencionar las conductas descritas en el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, en el cual se establecen como actos unilaterales intrínsecamente o per se contrarios a la libre competencia sin que se tenga en cuenta si efectivamente existe una posición de dominio en el mercado.

Dichas conductas fueron descritas por el legislador en la norma reglamentaria de la siguiente manera: “1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor, 2. Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios y 3. Negarse a vender o prestar servicios a

⁵³ Bajo los supuestos descritos en el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, conforme lo señala la OECD en su estudio inter pares del sistema de competencia colombiano del año 2009, se sancionó a la Asociación de Distribuidores Minoristas de Combustibles y Derivados del Petróleo de Nariño por “conducta destinada a ejercer influencia sobre empresas dedicadas a la distribución minorista de combustibles, para que desistieran de su intención de rebajar los precios de venta al público, restringiendo con ello las condiciones de libre mercado que se pretenden al introducir distorsiones artificiales en los precios como elemento primordial de competencia” (SIC, 2002).

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

Frente a las conductas descritas en el numeral precedente, diversos comentaristas han cuestionado la utilidad práctica que ofrecen dichas disposiciones y si estas obedecen a la naturaleza propia del derecho de la competencia el cual debe enfocarse en los casos relevantes para el mercado nacional y las conductas que puedan afectar el orden público económico y no supuestos jurídicos, que tal vez son más del campo de aplicación de legislaciones especializadas como el de la Competencia Desleal y el Derecho de Protección al Consumidor.

Con relación a la primera conducta que describe el infringir las normas sobre publicidad contenidas en el Estatuto de Protección al Consumidor (Ley 1480 de 2011) desarrolladas en los artículos 29° al 33° no tienen un impacto sustancial en lo que al régimen de prácticas comerciales restrictivas se refiere, pues el supuesto legal señalado es más propio del régimen de competencia desleal (Ley 256 de 1996), que en su artículo 18° sanciona la violación de normas cuando de tal infracción se derive una ventaja competitiva significativa en el mercado frente a sus competidores. A través de norma citada, los afectados pueden exigir la indemnización privada por los daños derivados de la violación normativa que los puso en una desventaja injustificada en el mercado.

Respecto de la segunda conducta relativa a influenciar a una empresa para que incremente los precios o para que desista de su intención de rebajar los mismos, es preciso mencionar lo expresado por el Consejo de Estado respecto del verbo rector de la conducta y cómo este debe entenderse en el contexto del derecho de la competencia.

El tribunal de cierre en materia administrativa consideró que el acto de influenciar no implica la configuración del resultado, es decir, lograr determinar la conducta del sujeto pasivo, pues solo basta la intención de obtener un resultado que de no darse, se ven

afectadas las relaciones comerciales entre los agentes económicos involucrados en la negociación.

Es claro que influenciar requiere de una amenaza o constreñimiento que traiga una consecuencia potencialmente desfavorable que impulse al sujeto pasivo a desplegar la conducta consagrada en la norma bajo análisis.

El Consejo de Estado determinó que “resulta irrelevante, para los efectos de la disposición en estudio, que el sujeto pasivo de la influencia hubiera o no tenido la idea de incrementar o rebajar los precios, sino que basta que se ejerza presión tendiente a evitar el incremento o la rebaja, independientemente, como ya se dijo, si debido a tal presión dicho sujeto se abstuvo o no de actuar”.

En lo que respecta a la tercera conducta relacionada con 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 es un supuesto jurídico que resulta complejo en su aplicación práctica y que parece a primera vista, que sancionar el negarse a vender puede transgredir el principio de libertad económica y de empresa ya que en principio el agente económico es libre de elegir sus socios comerciales, por tanto resulta contradictorio que se le sancione por negarse a vender productos o servicios a determinado agente y que el probar que la abstención de la venta sea producto de la política de precios de la otra parte, resulta un supuesto jurídico complejo en su aplicación práctica.

En suma, no es del todo claro el porqué de la existencia de actos unilaterales contrarios a la libre competencia sin posición de dominio sancionables en Colombia y únicos en su especie, pues no existe antecedente internacional que demuestre su existencia en otros ordenamientos jurídicos; situación que invita a preguntarse si es necesario conservar dicha distinción normativa o si conviene su derogatoria por su escasa aplicación y que algunos supuestos no deben considerarse como actos sancionables, sino actuaciones legítimas dentro del tráfico natural de las relaciones de negocios.

Integraciones empresariales que restringen la competencia⁵⁴

La Ley 155 de 1959, en el artículo 4⁵⁵, estableció el deber legal en cabeza de las empresas de informar previamente las operaciones de integración empresarial que se pretendan llevar a cabo, como garantía fundamental para el cumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control *ex ante* que tiene la SIC como autoridad única de promoción de la competencia y veedora de la conservación de la misma de manera efectiva en el mercado nacional.

Para el cumplimiento de ese objetivo, y teniendo en cuenta que la integración empresarial es un comportamiento corporativo acentuado en los procesos de apertura económica, es claro que la herramienta de control *ex ante* de las integraciones empresariales regulada inicialmente por la Ley 155 de 1959 reformada por los artículos 9° al 13° de la Ley 1340 de 2009; y reglamentada por la Resolución 12193 de 2013, “constituyen una de las herramientas más importantes que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) para proteger y promover la competencia en el mercado colombiano” (Robledo, 2013).

Mediante dicho control la autoridad de competencia evalúa y determina el impacto que tendría una operación de integración sobre la dinámica y la composición del mercado, buscando pre-

⁵⁴ Para efectos del presente capítulo, entiéndase la expresión concentración empresarial como: las operaciones de fusión, consolidación, integración, toma de control, compra de activos, pasivos y contratos y, en general, todas aquellas operaciones por medio de las cuales se concentran la economía y los mercados (Miranda y Gutiérrez, 2007). Además, conviene precisar que, desde la perspectiva de los intervinientes, las integraciones pueden ser: horizontales, verticales y de conglomerado (Cortázar, 2011).

⁵⁵ Ley 155 de 1959. Artículo 4 Original. Las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora, o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto ascienden a veinte millones de pesos (\$ 20.000.000.00), o más, estarán obligadas a informar al Gobierno Nacional de las operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración (...).

venir una consecuencia indeseable, comúnmente relacionada con una posible pérdida sustancial de las condiciones de competencia efectiva.

Se trata, entonces, de evaluar los posibles efectos de una integración económica, con el fin de anticiparse a una restricción indebida de la competencia derivada de la adquisición o el reforzamiento de un poder de mercado, que puede generar un incremento sustancial de precios, una desmejora en la calidad de los productos o una disminución de la investigación y el desarrollo tecnológico, que haga necesario, a criterio de la autoridad, condicionar la operación para lograr el restablecimiento efectivo de la competencia o como medida última objetar su realización (Sossa, 2009).

La revisión de los procesos de integración empresarial bajo los lineamientos legales y reglamentarios es un instrumento netamente preventivo, pues el objetivo de la autoridad de competencia no consiste en reprimir o eliminar un comportamiento anticompetitivo (como ocurre en las restricciones verticales u horizontales restrictivas), sino evitar que pueda darse una pérdida de las condiciones de competencia efectiva producida por una integración económica (Sossa, 2009).

Por tanto, conforme lo señalan Miranda y Gutiérrez (2007), “este tipo de operaciones no son conductas que se encuentran prohibidas en sí mismas. Constituyen, por el contrario, una manifestación de la autonomía de la voluntad privada y del derecho a la libertad económica”. Es decir, dichas operaciones son, por regla general, positivas en cuanto fortalecen las empresas, generan eficiencias, sinergias y ahorros de costos que benefician a la economía en general (Miranda y Gutiérrez, 2007).

A pesar de ello, las operaciones de integración corporativa implican en mayor o menor medida según el caso, y considerando el mercado de que se trate, un riesgo a la estructura competitiva, que podría reducir de manera indebida la competencia, en perjuicio de los agentes económicos (competidores actuales, potenciales y consumidores) que justifican bajo ciertas circunstancias la revisión y control previo por parte de la autoridad de competencia.

Esta forma de intervención del Estado en la dinámica económica de las integraciones empresariales, propias del desarrollo y de los procesos de apertura, ha sido calificada por un sector de la doctrina conforme lo señalan los doctrinantes Miranda y Gutiérrez (2007) como “una forma excesiva e indeseable de intervención del Estado en la economía”, bajo la creencia según la cual dicho control “crea mayores costos que beneficios y que no es adecuado para economías pequeñas, cuyos mercados se encuentran en general bastante concentrados” (Miranda y Gutiérrez, 2007).

Pese a las críticas y no habiendo consenso respecto de esta figura como herramienta para preservar la competencia. En Colombia, la SIC tiene la facultad de estudiar operaciones de integración empresarial que cumplan con determinados criterios económicos⁵⁶, con el propósito de determinar si su materialización produce una indebida restricción a la libre competencia.

Dicha restricción podría estimarse indebida, si la operación crea o refuerza una posición dominante, o si aumenta la probabilidad de que las compañías que participan en un mercado coordinen su comportamiento (Robledo, 2013), es decir, se cree la estructura

⁵⁶ Ley 1340 de 2009. Artículo 9. Control de Integraciones Empresariales. El artículo 4 de la Ley 155 de 1959 quedará así: “Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada: 1. Cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio o, 2. Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio.

En los eventos en que los interesados cumplan con alguna de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% mercado relevante, se entenderá autorizada la operación. Para este último caso se deberá únicamente notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación”.

de mercado propicia para la colusión (sea expresa o tácita) o se propicie una estructura para la configuración de carteles.

En este escenario, la SIC tiene la potestad de intervenir para evitar que como resultado de la operación se afecte el bienestar de los consumidores, la eficiencia económica, o la libre participación de las empresas en el mercado (Robledo, 2013).

Conforme al estudio realizado por los tratadistas Miranda y Gutiérrez (2007), el control de concentraciones empresariales en Colombia “solamente comenzó a cobrar importancia a finales de la década de los noventa”, pues entre 1959 y 1999 ninguna operación de integración fue objetada o condicionada por la autoridad de competencia de un total de 342 operaciones de integración empresarial analizadas en ese lapso (Miranda y Gutiérrez, 2007).

Luego, tras procesos de integración empresarial importantes como el de Bavaria- Leona, la autoridad de competencia empezó decididamente a ejercer bajo criterios técnicos el control previo de las concentraciones empresariales, especialmente, conforme lo reseñan los autores citados anteriormente, bajo la administración del superintendente Emilio José Archila.

Desde el año 1999 hasta el 2007 la SIC sancionó en seis oportunidades a firmas que no cumplieron con el deber previo de información y en dos ocasiones dicha autoridad revocó sanciones por ese mismo cargo.

La investigación realizada reveló que “el promedio de operaciones condicionadas, desde 1998 hasta finales de 2006, fue del 2,92% de las operaciones informadas y el promedio de operaciones objetadas en el mismo periodo fue del 0,66%” (Miranda y Gutiérrez, 2007).

Tabla. El record general de la SIC en revision de concentraciones

Year	Informed	Notification	Authorised	Remedies	Objected
1998	132	0	132	0	0
1999	118	0	118	0	0
2000	126	0	123	2	0
2001	121	0	93	3	0
2002	104	0	70	9	1
2003	62	0	43	3	0
2004	97	0	90	2	3
2005	103	0	98	3	0
2006	112	0	98	4	3
2007	83	0	62	3	1
2008	81	0	74	2	0
2009	76	13	53	0	0
2010	10	59	32	0	1
2011	36	19	0	0	0
Total	1.261	91	1.090	31	9

Fuente: Superintendencia de Industria y Comercio
(tomado de Miranda, 2011).

Así, conforme a la descripción del profesor Miranda (2011), “en 13 años la autoridad de competencia ha revisado 1.352 integraciones; Del total de las operaciones presentadas, la autoridad decidió el 83.57% de los casos, lo que significa que, el 16.42% de las operaciones fue desistida”.

Siguiendo lo descrito por el autor en cita, la autoridad de competencia clarificó el 80,62% de las transacciones y objetó o prohibió solo el 0,66% y condicionó 2,29% (Miranda, 2011).

De lo anterior se puede inferir que el grado de intervención del Estado en la economía por esta vía, es selectivo y no muy frecuente, dado que en la mayoría de los casos dichas operaciones de integración empresarial se lleven a cabo.

El reciente marco normativo en esta materia busca hacer más eficiente la labor operativa de evaluación de las integraciones

dado que, según el Superintendente Robledo (2013), con el nuevo marco regulatorio (Resolución 12193 de 2013) se pretende “flexibilizar el trámite de las integraciones empresariales, evitar el requerimiento de documentos que son innecesarios en ciertas operaciones, permitir la solicitud de información a terceros en etapas tempranas del proceso, y aumentar el diálogo entre las intervinientes y la autoridad”⁵⁷.

De igual manera, la disposición busca clarificar cómo se debe llevar a cabo el proceso de información de la operación y bajo qué criterios ésta se evalúa para efectos de pasar a investigar a fondo el caso, bajo un criterio eficiente y ágil de valoración que permita a la SIC investigar solo las integraciones empresariales relevantes en donde hagan parte del proceso todos los actores a través de un espacio procesal que permita una interrelación más cercana entre los intervinientes y la autoridad de competencia (Resolución 12193, 2013).

Dicha valoración (desde el punto de vista económico), se desarrolla empíricamente, por cuanto se consultan las notas características de los productos para establecer si las empresas involucradas en la operación son competidoras midiendo su capacidad de sustituibilidad o complementariedad de los productos o servicios (Montenegro, 2007).

Adicionalmente, se analizan datos de transacciones en mercados donde se encuentren todas las marcas analizadas comparándolo con mercados donde falten algunas para establecer si la presencia de las marcas afecta los precios de las otras y en qué dirección (Montenegro, 2007).

Por otra parte, resulta claro, luego de una precisión hecha por vía interpretativa por la autoridad de competencia⁵⁸, que

⁵⁷ La reforma conforme al superintendente Robledo (2013) tiene el objetivo de alcanzar los estándares de la Red Internacional de Competencia, e incluso aclarar la aplicación de ciertas excepciones al deber de informar una integración empresarial.

⁵⁸ Resolución SIC 21743 de 1999. En esta providencia se resolvió el caso de Aviatur, en el cual dicha empresa había omitido el deber de informar una integración empresarial por cuanto consideró que los contratos de

el concepto de integración empresarial comprende cualquier configuración jurídica y no solo se reduce a eventos de fusión o escisión, pues se toman en cuenta los efectos de la operación por encima del marco jurídico estructurado para la consecución de la misma (Cortázar, 2011).

Bajo el régimen actual de competencia, la falta de notificación previa de las integraciones empresariales que deban hacerlo⁵⁹ comporta no solo la aplicación de la sanción correspondiente (Arts. 25° al 27° Ley 1340 de 2009), sino también la reversión del negocio, en el evento en que la integración resultare restrictiva. Conforme a la tesis de la SIC, ese negocio jurídico estaría viciado de nulidad absoluta en razón de la ilicitud de su objeto. Sin embargo, este criterio no es aceptado unánimemente en la doctrina, pues solo por la vía del control jurisdiccional puede declararse la nulidad absoluta de la negociación (Cortázar, 2011 y Miranda y Gutiérrez, 2007).

Los criterios incorporados en el régimen general de competencia para determinar quiénes tienen el deber previo de notificación están definidos en el artículo 9° de la Ley 1340 de 2009 en la cual se estableció que “las empresas que individual o conjuntamente tengan más de 150.000 salarios mínimos⁶⁰ de ingresos operacionales, o activos por esa suma y además conjuntamente tengan una participación superior al 20% del mercado relevante, están en el deber de notificar previamente y esperar la autorización”.

En consecuencia, solo deberán informar y esperar autorización las empresas que cumplan con todos los requisitos puesto que si falta uno de ellos, la empresa solo deberá informar la operación pero no está obligado a esperar el aval por parte de la SIC.

administración y ventas con otras agencias de viajes no eran operaciones de fusión a pesar de tener los mismos efectos. La SIC aclaró que la norma abarca toda forma jurídica que tenga efectos de integración no solo la fusión.

⁵⁹ Las que deben hacerlo son aquellas que superen los umbrales establecidos por la Ley (Art. 9° Ley 1340 de 2009) y las que no estén expresamente exceptuadas por la ley (caso grupos empresariales).

⁶⁰ Esta cifra se va actualizando en términos de salarios mínimos por parte de la SIC.

Frente a los requisitos señalados para establecer el deber de información y aprobación, llama la atención el aspecto del umbral superior al 20% de la participación en el mercado relevante para ser sujeto del escrutinio, pues no es del todo claro que este porcentaje sea predicable en todos los mercados nacionales como base para determinar una integración restrictiva de la competencia. Por tanto, podría plantearse la necesidad de la creación de un umbral diferenciado a fin de proteger mercados más sensibles en donde con menos del 20% de participación en el mercado relevante se podrían vulnerar derechos de los consumidores y la competencia efectiva.

Otro aspecto que llama la atención, incorporado por la Ley 1340 relativo al tema, es la herramienta de defensa denominada excepción de eficiencia o *efficiency defense* desarrollada en el sistema antitrust norteamericano, que se erige como una posibilidad jurídica que permite autorizar restricciones a la competencia bajo la evidencia y garantías suficientes de que la integración empresarial genera mayores beneficios que perjuicios para la economía y que primordialmente beneficiará a los consumidores.

Esta figura jurídica construida jurisprudencialmente en los Estados Unidos y desarrollada por la Federal Trade Commission (FTC) y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, hace ya poco más de un siglo, definió que puede llegar a autorizar una integración empresarial (horizontal o vertical) si dicha operación genera una eficiencia que haga improbable la subida posterior de los precios o que los efectos de la eficiencia no tengan incidencia directa sobre los precios en el mercado relevante (Kimmel, 2004).

En el análisis de aplicar o no la *efficiency defense* o excepción de eficiencia deben tomarse en consideración no solo los efectos directos sobre el producto servicio que afecte a los consumidores (precio y calidad), sino también factores indirectos como la reducción del empleo o si la operación permite el salvamento de una empresa. En esos eventos, conforme lo estableció la Corte Suprema de Justicia Norteamericana, debe aceptarse la operación en virtud de que resulta menos lesivo para la economía en general

que perduren las empresas fusionadas a que desaparezca una de ellas (Kimmel, 2004).

Para el caso colombiano, la SIC solo puede aceptar la excepción de eficiencia cuando se demuestre plenamente que la operación cumple con el supuesto según el cual

los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios. En este evento deberá acompañarse el compromiso de que los efectos benéficos serán trasladados a los consumidores (Art. 12 Ley 1340 de 2009).

Es de advertir que, conforme al párrafo segundo del artículo en comento, cuando la SIC se abstenga de objetar una operación de integración empresarial con sustento en la aplicación de la excepción de eficiencia, la autorización se considerará condicionada al comportamiento de los interesados, el cual debe ser consistente con los argumentos, estudios, pruebas y compromisos presentados para solicitar la aplicación de dicha excepción la cual a consideración de la autoridad puede ir vinculada con el otorgamiento de garantías que respalden la seriedad y el cumplimiento de los compromisos adquiridos (Art. 12 Ley 1340 de 2009).

Resulta oportuno que para la aplicación de la excepción de eficiencia en nuestro ordenamiento jurídico nacional se haya dado la facultad dispositiva a la Superintendencia de fijar los lineamientos para el estudio de la excepción que permite la aplicación de la “regla de la razón” entre nosotros, únicamente en este escenario.

Así pues, debe depurarse, a través de la práctica y el análisis de los casos en los que se alegue la excepción de eficiencia, cuáles eficiencias serán objeto de la excepción o si en general todas tienen la virtualidad de ser consideradas para que la autoridad de competencia haga la no objeción. Es decir, el alcance de este principio de defensa debe ser depurado por la SIC en sede administrativa y por los jueces cuando a estas excepciones se les haga control jurisdiccional bien sea por vía de acciones populares o por demanda de nulidad de los actos administrativos que definan la situación.

Con la expedición de la Ley 1340 de 2009 se establecieron nuevas vías de determinar y justificar una integración empresarial que como es lógico requieren de un desarrollo y adecuación a nuestras realidades a través de la práctica local y que seguramente para el caso de la interpretación y alcance de la excepción de eficiencia se tomarán en consideración las doctrinas desarrolladas en los ordenamientos referentes (Unión Europea y Estados Unidos) que permitirán ilustrar con más claridad su contenido y la aplicación entre nosotros.

Excepción a las conductas que se consideran restrictivas de la libre competencia

La excepción a la libre competencia es un principio desarrollado en varios ordenamientos jurídicos con el propósito de extraer del régimen general de protección a ciertos sectores de la economía en razón de decisiones de política económica o por voluntad expresa del legislador.

En Colombia, la autoridad encargada de velar por la promoción de la libre competencia, como ya se ha señalado, es la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) en virtud de lo previsto en la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992 reformados por la Ley 1340 de 2009 y sus disposiciones reglamentarias en lo que atañe a las prácticas comerciales restrictivas de competencia.

En nuestro ordenamiento jurídico, desde sus orígenes, se permitió una regulación legislativa para el otorgamiento de una excepción sectorial al régimen general de represión y sanción de las prácticas comerciales restrictivas de conformidad con el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 el cual expresa que “el gobierno, 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”.

Bajo esta prerrogativa el legislador permitió al gobierno dentro del marco de sus competencias exceptuar del margen general de aplicación de las normas sobre prácticas restrictivas los acuerdos

que, no obstante limitar la libre competencia económica, se llevarán a cabo con el objeto de defender la estabilidad de un sector básico de la economía nacional (Franco, 2005).

El criterio de sector básico de la economía al cual le es aplicable la exención del artículo 1º de Ley 155 fue inicialmente desarrollado en Decreto 1302 de 1964 que en su artículo 1º definió que las actividades económicas que influyeran para estructurar racionalmente la economía del país y abastecerlo de bienes o servicios indispensables al bienestar general, debían ser exceptuadas⁶¹ (Miranda, 2005).

El desarrollo de la excepción a la libre competencia establecida por el decreto citado fue considerado inconveniente, por cuanto la disposición incorporó todas las actividades económicas de alguna importancia, situación que hacía virtualmente inoperante la ley de la competencia (Miranda, 1999).

La interpretación sobre el alcance de la excepción a la competencia fue descrita por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) en una investigación preliminar realizada con ocasión de una queja contra el “Convenio Marco para la Absorción y el suministro de la producción de Aceite de Palma Africana”, en donde la autoridad de competencia expresó que la constitución colombiana contempla un régimen de economía mixta en el que se integran las visiones de libertad económica y dirección de la misma por parte del Estado, dado que el objetivo de la misma es “mejorar la calidad de vida de los habitantes, favorecer la redistribución de la riqueza y el fomento de los beneficios de desarrollo serían los pilares que servirían de objetivos de la intervención del Estado en materia económica” (Franco, 2005).

⁶¹ A manera de ejemplo, la normatividad referida describía como sectores básicos los siguientes: 1. El proceso de producción y distribución de bienes destinados a satisfacer las necesidades de la alimentación, el vestido, la sanidad y la vivienda de la población colombiana, 2. La producción y la distribución de combustibles y la prestación de los servicios bancarios, educativos, de transporte, energía eléctrica, acueducto, telecomunicaciones y seguros (Miranda, 2005).

De igual forma, la SIC reitero que la excepción a la libre competencia contenida en el párrafo del artículo 1º de la Ley 155 de 1959 es una norma de intervención económica que a pesar de haber sido concebida bajo el orden constitucional anterior al 91 es totalmente compatible con los artículos 333 y 334 de la Carta, los cuales establecen la libertad de competencia en el mercado y la función de dirección general de la economía por parte del Estado, respectivamente.

Este tipo de excepciones también son aplicadas en el derecho comunitario europeo a través de la Comisión la cual, bajo la interpretación de los artículos 101, 102, y 103 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), ha definido dos tipos de exenciones; unas de naturaleza individual y otras de naturaleza colectiva (Franco, 2005).

La Comisión Europea puede considerar que el acuerdo celebrado a pesar de limitar la libre competencia, puede ser excluido del régimen de prohibición si cumple con los requisitos del aparte tercero del artículo 101 de TFUE⁶². También existen las

⁶² Artículo 101 TFUE 1. Serán incompatible con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concentradas que puedan afectar al comercio entre Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado y en particular los que consistan en: a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción, b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento, d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que ocasionen a éstos una desventaja competitiva, y e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guardan relación alguna con el objeto de dichos contratos. 2. Los acuerdos prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho. 3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: - cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, - cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas; - cualquier práctica concentrada o categoría de prácticas concentradas que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico y reserven al mismo tiempo a los usuarios una

excepciones otorgadas de forma previa o *ex ante* por parte de la Comisión desarrolladas a través de reglamentos en los que dicho órgano considera criterios de eficiencia económica como justificante para la preservación de la excepción al régimen de competencia para el sector o mercado en particular (Batalla, 2002).

Los criterios definidos para la aplicación de la prerrogativa del numeral 3º del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) conforme a la Jurisprudencia requiere que:

1. La exención por categoría deja de ser aplicable en su integridad si no se cumplen todas las condiciones exigidas en el reglamento de que se trate (...)
2. Si hay cláusulas contractuales no cubiertas por el reglamento de exención, son esas cláusulas y no el acuerdo en su conjunto las afectadas por la prohibición del artículo 85.1 (...)
3. Los jueces nacionales no pueden extender en modo alguno el ámbito de aplicación de los reglamentos de exención pues ello afectaría la competencia legislativa de la Comisión⁶³ (Franco, 2005).

Luego de la breve descripción sobre el régimen de excepción de la competencia en el entorno de la Unión Europea, conviene destacar que en el contexto colombiano la Ley 1340 de 2009 reformuló el alcance de la excepción con un nuevo contenido de lo que debe entenderse por sector básico de la economía que, como ya se ha señalado, es el criterio delimitador que permite establecer el ámbito de aplicación de la exclusión al régimen de promoción y protección de la competencia contenido en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959.

La reforma contenida en el artículo 5º de la Ley 1340 de 2009 relativa a la aplicación del régimen general de competencia en el sector agrícola determinó que la excepción a la libre competencia

participación equitativa en el beneficio resultante y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate (Batalla Enrique, 2002).

⁶³ La jurisprudencia en cita se dio con ocasión al caso *Stergios Delimitis vs. Henninger Brau AG*. Resuelto en el seno de la Comisión Europea.

es solo predicable al sector agropecuario y, en esa medida, el Ministerio encargado de dicha cartera deberá emitir concepto previo, vinculante y motivado cuando pretenda autorizar acuerdos o convenios que tengan la finalidad de estabilizar ese sector de la economía⁶⁴; conceptos que podrán, según nuestra interpretación, ser avalados u objetados por la autoridad de competencia bajo el amparo de la función de abogacía otorgada por la Ley.

Es claro que la reforma estableció un límite sectorial en donde, a discreción de las autoridades intervinientes (Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y SIC), se diera aplicación a la excepción de libre competencia que, contrario al caso europeo, no es abierta a todos los sectores y delimitada bajo aplicación reglamentaria sino circunscrita a un sector en particular, lo que a primera vista denota un riesgo en tanto y en cuanto el único sector de protección es el agropecuario dejando por fuera otros sectores que quizás en el futuro requieran de la excepción y no sea posible aplicarla por la especificidad legal.

Se cree que hubiese sido menos riesgoso plantear una excepción a la libre competencia abierta que pudiese ser desarrollada como lo hace la Comisión Europea bajo reglamentos emitidos para nuestro caso por parte de la SIC, permitiendo que dicha prerrogativa, sea aplicable bajo las necesidades económicas y de desarrollo de cada momento y no solo al sector agropecuario.

Otro asunto que se espera pueda superarse bajo este marco legal del 2009 es que se haga posible la aplicación práctica de la excepción que no ocurrió en el pasado y que permita superar las falencias que sobre el régimen nacional comentaron los grupos de apoyo del TLC y el ALCA relativas a que Colombia “está muy lejos de contar con un sistema ágil y efectivo para establecer excepciones a la aplicación de las normas sobre competencia” (Franco, 2005).

⁶⁴ Artículo 5º Ley 1340 de 2009. Aplicación del régimen general de competencia en el sector agrícola. Para los efectos del parágrafo del artículo 1o de la Ley 155 de 1959, considérese como sector básico de interés para la economía general, el sector agropecuario. En tal virtud, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural deberá emitir concepto previo, vinculante y motivado, en relación con la autorización de acuerdos y convenios que tengan por objeto estabilizar ese sector de la economía.

Se aguarda que la reforma sobre esta materia contribuya, a través de su correcta y adecuada aplicación bajo la orientación de los intervinientes, a generar una mayor eficiencia en el mercado, beneficios para el consumidor y que se proteja por esta vía también a los sectores sensibles de la economía aplicando la excepción de libre competencia en pro de proteger el interés general y propender por la consecución de las finalidades que la constitución ha establecido para la función de intervención del Estado en la dinámica económica y se permita en algún momento abrir el espacio para la aplicación de la excepción no solo para el sector agropecuario.

Régimen sancionatorio

Una de las principales motivaciones de la reforma legislativa del año 2009 fue la modificación del régimen sancionatorio en materia de competencia y el aumento significativo del monto de las multas a imponer, pues una de las críticas hechas por la doctrina al sistema regulado bajo la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992 hacía referencia a que las sanciones eran muy bajas (Cortázar, 2003).

Puede pensarse que buena parte de la efectividad y materialización de la normativa de derecho de la competencia depende de la existencia de un cuerpo institucional robusto y de un régimen sancionatorio eficiente que permita generar el resultado de prevención general, propio de cualquier sistema sancionatorio al aumentar la aversión al riesgo de los agentes económicos (personas naturales y empresas) que inhiba en alguna medida las malas prácticas en los negocios.

La Ley 1340 de 2009 señala que serán destinatarios de la normativa de promoción y protección de la competencia “todos aquellos que desarrollen una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico” (De la Cruz, 2009).

Ciertamente, la creación de procedimientos sancionatorios constituye un mecanismo orientador del comportamiento empresarial en el escenario de un mercado cimentado en el principio de competencia. En consecuencia, para un agente del mercado estar envuelto en un procedimiento sancionador por prácticas comerciales restrictivas significa de por sí una penalidad, por cuanto se afecta el dinamismo de sus transacciones negociales y su credibilidad y prestigio respecto de la ejecución de sus políticas comerciales.

Para que un sistema sancionatorio sea efectivo como factor disuasorio y orientador de la conducta empresarial debe tener, conforme a los autores citados, dos condiciones: 1. la gravedad contemplada en la sanción diseñada para el tipo de conducta respectiva, 2. la efectividad de la multa, y 3. La efectividad de los tribunales competentes para poder ejecutar la multa. En resumen, todo se refiere a la capacidad que tienen los organismos del Estado en hacer efectiva la Ley (Miranda, 2006).

Se entiende que con la reforma legal del 2009 a primera vista se cumple con la condición primera relativa a la gravedad de la sanción, pues el marco normativo vigente establece multas a favor de la SIC hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o si resulta superior, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor (De la Cruz, 2009).

Este nuevo escenario constituye en definitiva un cambio importante en la política de competencia, sin embargo, no es suficiente la existencia de sanciones fuertes para que se materialice el incentivo de las mismas, ya que el efecto disuasorio está íntimamente relacionado con la efectividad sancionatoria material, es decir, con la capacidad de quienes las ejecutan para hacerlas efectivas, hecho en el cual influye la operatividad del sistema legal en términos de tiempo; situación que afecta de forma general al sistema de justicia colombiano. Por consiguiente, el reto más grande de la autoridad de competencia es, conforme lo expresa De la Cruz (2009):

ser lo suficientemente eficaz y eficiente en la detección de comportamientos restrictivos de la competencia que, sumado a las sanciones que se puedan imponer, actúe con un efecto disuasivo a por lo menos un buen número de agentes que consideren la idea de restringir la competencia.

Con la norma vigente se busca superar los inconvenientes operativos y con ello, la imposición de multas significativas que puedan disciplinar a los agentes del mercado; sin embargo, la facultad que tiene la SIC de imponer multas hasta de 30 millones de dólares a empresas y de un millón de dólares a personas naturales, además de las posibles penalidades en materia civil y penal, han generado comentarios acerca de si el verdadero propósito de la Ley 1340 de 2009 es propender por la promoción de la competencia (Jaramillo, 2013).

Sobre este punto, el comentarista Jaramillo (2013) señala que la política de competencia debe estar más orientada a corregir las fallas del mercado y no exclusivamente a castigar a los que las ocasionan y cita como ejemplo lo hecho por la Comisión Federal de Competencia Mexicana que reversó una sanción de 12.000 millones de pesos mexicanos a Telcel bajo el argumento de que “el objetivo de la autoridad de competencia no es imponer multas sino corregir las fallas del mercado”.

Así las cosas, resulta claro que respecto de las sanciones por ilícitos contra las reglas antimonopolio se mantiene el conflicto ideológico respecto de los efectos de la aplicación radical o flexible de dichas reglas y que corresponde conforme a las realidades económicas, políticas y sociales de los países su grado de aplicación; es evidente que no es pacífico en la doctrina el aspecto del grado de severidad sancionatoria frente a la ponderación en la aplicación de las reglas antimonopolio tomando en cuenta los costos sociales y la naturaleza de las economías en donde se aplican estas normas.

Corresponde a la autoridad de competencia el uso racional y adecuado de los instrumentos con que cuenta (aplicación de sanciones, terminación anticipada por ofrecimiento de garantías, etc.,) en donde debe considerar valores constitucionales como

la justicia y la equidad social que acompañan la aplicación de la constitución económica colombiana sobre la cual se estructura la garantía de la libre competencia en los mercados.

Dejando abierta la cuestión sobre el conflicto ideológico, se destaca el cambio significativo en la forma de estructuración del sistema sancionatorio porque la redacción de los artículos 25° al 27° de la Ley 1340 ofrece certeza y seguridad jurídica a los destinatarios (empresas y personas naturales garantizando el debido proceso y derecho de defensa; añadido a la buena técnica en lo relativo a la tipicidad y graduación punitiva necesarias para un adecuado funcionamiento del sistema en materia antitrust (De la Cruz, 2009).

No cabe duda de que la Ley 1340 de 2009 constituye un avance en el desarrollo de la aplicación de las normas que regulan la libre competencia en el mercado en lo que al régimen sancionatorio se refiere, ya que endureció las penas, tipificó comportamientos, estableció criterios para graduar las sanciones, estableció agravantes y atenuantes para su aplicación y entrega la opción de establecer la sanción de acuerdo a las utilidades recibidas por la conducta ilícita. Así mismo, hace responsable directamente a las personas naturales (De la Cruz, 2009).

Conforme lo señala el actual superintendente de Industria y Comercio Pablo Felipe Robledo (2014) “El derecho antimonopolio es, en esencia, un derecho disuasorio. El éxito de una autoridad de competencia no se mide por el número de conductas anticompetitivas que sanciona, sino por el efecto que sus investigaciones generan en los agentes que están considerando iniciar un cartel o abusar de su posición de dominio”.

Gracias a la reforma del año 2009 en donde se empoderó a la autoridad de competencia, la SIC se percibe en el medio empresarial como una entidad efectiva y con herramientas para sancionar de manera ejemplar a los infractores del régimen de competencia.

Así, debido a los cambios legislativos señalados en la actualidad, se puede decir que la SIC, conforme lo señala el superintendente actual, “es una entidad sólida y altamente técnica. Mientras

que en el 2009 la SIC contó con un presupuesto de 38.000 millones de pesos (9.000 millones destinados a inversión), para el 2014 a la entidad le fue asignado un presupuesto de 118.400 millones (57.000 millones destinados a inversión)⁶⁵ (Robledo, 2014).

Las cifras señaladas anteriormente demuestran el compromiso del Gobierno Nacional frente al fortalecimiento de la institucionalidad en materia de competencia y la voluntad política que existe en el país en torno a la necesidad de fortalecer la libre competencia económica al brindar a los agentes del mercado, medios de inspección, vigilancia y control que permitan materializar los principios de la competencia efectiva y la transparencia en los mercados a través de herramientas materializadas por la autoridad de competencia.

Conclusiones

Luego de la revisión normativa y doctrinaria presentada en este estado del arte sobre el sistema de protección de la competencia colombiano consultando algunas experiencias nacionales en esta materia, se arroja un resultado alentador de los cambios que ha tenido Colombia desde sus orígenes hasta la actualidad en materia de promoción y protección de la competencia y los mercados.

Con la expedición del marco legal del año 2009, en donde se empoderó a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) con nuevas funciones y herramientas operativas, se espera que en los casos que avoque se consideren elementos adicionales de evaluación que vayan más allá de una adecuación típica y se cuente con el soporte presupuestal y logístico suficiente para llevar a cabo estudios económico-jurídicos más profundos dado que, conforme lo resalta Javier Cortázar (2003), una de las debilidades del régimen anterior tiene que ver con la debilidad institucional de la SIC como autoridad en materia de competencia.

⁶⁵ Los avances en esta materia se refieren, por ejemplo, a que hubo unos cambios significativos en materia de personal de 390 en 2006 a 673 personas en 2013. En el 2010 la SIC impuso sanciones para proteger los mercados y los consumidores por un total de 26.000 millones, en el 2013 impuso un aproximado de 216.000 millones (Robledo, 2014).

Así, es preciso señalar como notas conclusivas de este trabajo de investigación, las siguientes:

- Considerando que el debate central en torno al derecho de la competencia guarda relación con la capacidad del gobierno de mantener adecuadamente los mercados competitivos, amparado en un marco institucional que impone la construcción del Estado hacia un modelo social de economía de mercado, en donde el mercado esté en función de la sociedad en su conjunto y no al contrario, se considera que no se ha superado del todo la debilidad institucional pese a los esfuerzos de la SIC en la consecución de sus funciones como autoridad de competencia.
- Para ello, es indispensable el fortalecimiento y desarrollo de la política de competencia a través de un sistema especializado en donde se involucre a la SIC en la parte instructiva de la investigación y se cree un órgano exclusivo fuera del Ejecutivo que haga control jurisdiccional efectivo a las investigaciones adelantadas por la autoridad única de competencia, es decir, que haya una clara separación entre la función de persecución en cabeza de la SIC y la sancionatoria por vía jurisdiccional a cargo del tribunal especializado.
- La incorporación de figuras como la delación en materia de competencia en el contexto colombiano resulta positivo para el sistema, dado que está claramente demostrado en la doctrina y en las experiencias foráneas que este tipo de programas son útiles para la desarticulación de carteles y constituyen una herramienta que facilita la consecución de pruebas dentro de los procesos de investigación, como quedo demostrado en el reciente caso del cartel de los pañales.

Sin embargo, conforme lo señaló un comentarista conocido en materia de competencia citado en este escrito, el sistema se ha fortalecido pero aún posee serios problemas estructurales en su concepción y procedimiento que no le permiten tener la aplicabilidad y efectividad que dichos sistemas han tenido en otras latitudes.

El primer problema que remarca el comentarista guarda relación con la falta de armonía y sincronía entre el marco jurídico penal aplicable a esta materia y la delación, pues es claro que al revelar información dentro del proceso administrativo se puedan involucrar conductas punibles que escapan a los potenciales beneficios otorgados en virtud del procedimiento de delación (el autor cita ejemplos tales como colusión, estafa, delitos corporativos, falsedad en documento, etc.). Es decir, “el delator que ofrece información a la autoridad de competencia a cambio de los beneficios no tiene garantía legal de que los hechos materia de confesión no resulten relevantes para la justicia penal” (De la Calle, 2014).

El segundo inconveniente que se presenta, conforme al comentarista reseñado, se refiere a si el agente delator que forma parte como sujeto activo de una conducta restrictiva de la competencia tiene o no algún grado de responsabilidad sobre esta, dado que la Ley 1340 de 2009 solo lo exime de la multa derivada de la infracción administrativa pero nada dice respecto de si, producto de la decisión final el agente delator, pueda ser declarado responsable a pesar de que gracias a él la autoridad de competencia logró más fácilmente la determinación de la existencia de la conducta restrictiva de la competencia.

Adicionalmente, según lo señala el decreto reglamentario de la Ley 1340 de 2009 en esta materia, existe un alto poder discrecional de la autoridad que produce desconfianza pues la Superintendencia, según su criterio, puede conceder de manera parcial o total el beneficio y sí obliga a que el delator entregue toda la información que posee y la someta a escrutinio por parte de la autoridad dejando como única garantía a favor del delator, el derecho de reserva sobre la información presentada en caso de que la colaboración con la autoridad sea desestimada por la SIC.

Con la expedición de la Ley 1340 de 2009 se establecieron nuevas vías de evaluar y justificar una integración empresarial (establecimiento de umbrales y la incorporación por vía legal de la excepción de eficiencia) que requerirán de un desarrollo y adecuación a nuestras realidades a través de la práctica local en donde se abrirán espacios para doctrinas desarrolladas en los

ordenamientos referentes (Unión Europea y Estados Unidos) que permitirán ilustrar el contenido y la aplicación de la misma en nuestro medio sin que se pueda asegurar que ese fenómeno sea esencialmente positivo.

La Ley 1340 de 2009 impulsó decididamente un cambio en materia de grados de punibilidad de las sanciones restrictivas de la competencia fortalecidas por las sanciones administrativas que han servido como elemento disuasorio para las empresas parte del mercado y han permitido a la SIC imponer sanciones importantes a los monopolios que abusan del poder de mercado que han sido ejemplarizantes para la comunidad en general.

Lo anterior se corrobora en lo que expresa el superintendente actual respecto de las herramientas con las que cuenta la SIC para ejercer su función de inspección, vigilancia y control en materia de competencia.

Las principales facultades se refieren al aumento del monto de las sanciones a imponer a quienes infrinjan el régimen de competencia (hasta por 61.000 millones de pesos), considerando que probablemente se variará de manera un poco más flexible la fijación de la sanción cuando esta dependa de los ingresos del infractor, modalidad que según el superintendente Robledo (2014) recomendará la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico a Colombia.

Referencias

- Acosta Madiedo, C.D. (2008) “La práctica de fijación unilateral de precios (FUP) en Estados Unidos y su aplicación en Colombia”, *Univ. Estud*, 5, pp. 107-127, Disponible en línea: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/documents/6Deik.pdf
- Águila-Real, J. (2003, 26 de septiembre). “Autorizar lo que no está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales”. *I Conferencia de Derecho y Economía de la Competencia*, Universidad Antonio de Nebrija, Madrid, Disponible en línea: <http://portal.uam.es/portal/page/>

- portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/
AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigaci%F3n/
Trabajos%20y%20WP/Trabajos%20y%20Working%20
Papers/jaar%20-%20autorizar.pdf
- Archila, M.V. (2001) *Precios predatorios: una forma de abuso de posición de dominio*. Tesis de grado. Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, Disponible en línea: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2//Tesis13.pdf>
- Arjona Trujillo, A.M.; Rubio Pardo, M. (2002) *Análisis económico del derecho*, Universidad ICESI, Disponible en: <https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2002/5AnaArjonaMauricioRubio.pdf>
- Batallas, E. (2002) “Prácticas anticompetitivas”, *Theorethikos*, VI (003), Disponible en línea: <http://www.ufg.edu.sv/ufg/theorethikos/Enero02/practicass.html>
- Binney, F.M. (2009). “Bork, In the Antitrust Paradox states: “Only when the Issues of the goals [of antitrust law] has been settled is it possible to frame a coherent body of substantive rules”. Discuss with respect to the goals of United States and European Union competition law”, *SSRN Electronic Journal*, 08, Disponible en línea: <http://ssrn.com/abstract=1669053>
- Botero Restrepo, C. (2002) “La regla de la razón y la doctrina per se: métodos de análisis de las restricciones horizontales a la competencia”, *Revista Letras jurídicas*, 3 (2).
- Botero Restrepo, C. (2002). *El derecho antitrust o de la libre competencia en los Estados Unidos*, Universidad de Antioquia, Señal Editora.
- Campusano Droguett, R. (2005). “Legislación Antimonopolio de los Estados Unidos”, *Revista de Derecho*, 12, pp. 161-177.
- Cardena Castillo, F.; Uribe Piedrahíta, C.A. (2005) “El otorgamiento de garantías en el derecho de la libre

competencia (Un análisis jurídico y económico)”, *Vniversitas*, 110, Disponible en línea: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82511007>

Cases Pallares, L. (1995) *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*. Madrid, Escuela de Administración Pública de Catalunya. Marcial Pons.

Christiansen, A.; Kerber, W. (2006) “Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of Perse Rules vs. Rule of Reason”, *Marburg Papers on Economics*, 06, Disponible en línea: http://www.uni-marburg.de/fb02/makro/forschung/gelbereihe/artikel/2006-06_Christiansen-Kerber.pdf

Coloma, G. (s.f.). *Prácticas horizontales concertadas y defensa de la competencia*, Universidad del CEMA, Disponible en línea: <http://cdi.mecon.gov.ar/biblio/doc/cema/doctrab/170.pdf>

Cortázar Mora, J. (2003). *Hacia un nuevo derecho de la competencia. Análisis crítico y perspectiva*, Bogotá: Editorial Doctrina y Ley.

Cortázar Mora, J. (2006). “Colombian Constitutional jurisprudence in competition: a dance with an unlatching couple?”, *Revista Derecho de la Competencia*, 2 (2), pp. 77-121.

Cortázar Mora, J. (2011). *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*, Bogotá: Temis, Universidad Javeriana.

Cortes Zambrano, S. (2009) “Constitución, Estado y economía de mercado”, *Revista Via inveniendi et iudicandi*, 9, Disponible en línea: <http://numanterioresviei.usta.edu.co/articulos/edi9/04-Sonia-Patricia-Cortez-Zambrano/EL%20ESTADO,%20LA%20CONSTITUCION%20Y%20LA%20ECONOMIA%20DE%20MERCADO%20-%20SONIA%20CORTES.pdf>

Da Silva Ochoa, J.C. (1994) “Economía de mercado y concentración de empresas en la Comunidad Europea”, *Revista de Administración Pública*, 134.

- De la Calle, J.M. (2014) “La figura de la delación en el derecho a la competencia”, *Ámbito Jurídico*, Disponible en línea: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-140327-04la_figura_de_la_delacion_en_el_derecho_a_la_competencia/noti-140327-04la_figura_de_la_delacion_en_el_derecho_a_la_competencia.asp
- De la Cruz, D. (2009) “Régimen sancionatorio en la nueva ley de competencia colombiana”, *Revista e-Mercatoria*, 2 (8), Disponible en línea: <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN8/PDF02/sancionatorio.pdf>
- Dewey, D. (1964). “The economic Theory of Antitrust: Science or Religion?” *Virginia Law Review*, 50 (3), pp. 413-434, Disponible en línea: <http://www.jstor.org/stable/1071292>.
- Diez Estella, F. (2003) “Los objetivos del derecho antitrust”, *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, 224, pp. 32 - 52, Disponible en línea: <http://www.nebrija.com/fundacionICOnebrija/archivos/articulos/LosobjetivosdelDAntitrust2003.pdf>
- Dilorenzo, T. (1985). “The Origins of Antitrust: An interest-group perspective”, *International Review of Law and Economics*, 5, pp. 73-90.
- Franco, J. A. (2005) “El régimen de excepción al principio de libre competencia del parágrafo del artículo primero de la ley 155 de 1959 y su aplicación en Colombia”, *Revista e-Mercatoria*, 4 (1), Disponible en línea: <http://ssrn.com/abstract=1490369>
- García Martínez, R. (2002). “La explotación abusiva de una situación de dependencia económica como nuevo ilícito antitrust en la ley española de defensa de la competencia”, *Revista del Poder Judicial*, 64, pp. 309-366.
- González de Cossío, F. (2006) “Discriminación de precios, Dumping y Depredación: tres disciplinas, un fenómeno

económico”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Disponible en línea: <http://www.ojs.unam.mx/index.php/bmd/article/view/10643>

González de Cossío, F. (2010) “Ganancias en eficiencia: el zugzwang de la competencia económica”, *Derecho Competencia*, 6 (6), pp. 17-31, Disponible en línea: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/2Gonzalez.pdf

González, A. (2006) “Fundamentos de los Programas de Delación Compensada para la persecución de los carteles”, *Serie Documentos de Trabajo SDT*, 218, Disponible en línea: <http://www.econ.uchile.cl/uploads/publicacion/aa591802-ac25-4b3f-aae4-43699d17e676.pdf>

Grandy, C. (1993). “Original Intent and the Sherman Antitrust Act: A Re-examination of the Consumer-Welfare Hypothesis”, *Cambridge University Press*, Disponible en línea: <http://www.jstor.org/stable/2123000>.

Gutiérrez Rodríguez, J. (2008) “Paralelismo Consiente. Análisis de su evolución en Colombia a partir de la teoría económica y el derecho comparado”, *Centro de Estudios de Derecho de la Competencia*, Disponible en línea: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/menu_lat/documents/ParalelismoConsiente-JDG2008.pdf

Gutiérrez Rodríguez, J. (2009) “Tacit Collusion: Theory and Case Law in Argentina, Brazil, Chile, Colombia and Panama”, *Derecho Competencia*, 5 (5), pp. 303-493.

Ibarra Pardo, G. (2013) “Incertidumbre jurídica y derecho de la competencia”, *Ámbito Jurídico*, Disponible en línea: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-130312-06incertidumbre_juridica_y_derecho_de_la_competencia/noti-130312-06incertidumbre_juridica_y_derecho_de_la_competencia.asp

- Ilundáin Fantova, S. (2002), “Leniency: la política de exoneración del pago de multas en derecho de la competencia”, *Serie de Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Europeos*, Universidad San Pablo CEU.
- Jaramillo Hoyos, A. (2011) “El precedente administrativo en la Ley 1340 de 2009”, *Derecho Competencia*, 7 (7), pp. 107-126, Disponible en línea: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/5elprecedente.pdf
- Jaramillo, J. (2012) “¿Promoción de la competencia?”, *Ámbito Jurídico*, Disponible en línea: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120508-Promocion_de_la_competencia_/noti-120508-04promocion_de_la_competencia_.asp
- Jeleztcheva, M. (2007) *Memorias para optar al título de Doctor. Las Autoridades de Defensa de la Competencia: Los Estados Unidos y la Unión Europea. España y Bulgaria*. Tesis de doctorado. Universidad Complutense de Madrid.
- Jenny, F. (2006) “Razón de ser del derecho de la competencia y misiones encomendadas a sus autoridades”, *Revista Vasca de Economía*, 61, pp. 40-55, Disponible en línea: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2151318>
- Jiménez Latorre, F. (2004). “La persecución de los cárteles: la política de clemencia”. *Primer Seminario de Derecho Y Economía de La Competencia. Nera economic consulting*, Disponible en línea: http://www.nera.com/extImage/La_persecucion_Jimenez_Nov_2004.pdf
- Kimmel, S. (2004) “The Supreme Court’s Efficiency Defense”, *Supreme Court Economic Review*, 12, pp. 209-224, Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/3655322>.
- Korah, V. (2007) *An introductory guide to EC competition Law and practice*, Oxford and Portland Oregon. Novena Edición.

- Kovacic, W.; Marshall, R.C.; Marx, L.M.; White Jr., H.L. (2011) “Plus Factors and Agreement in Antitrust Law”, *Michigan Law Review*, 393 (110), Disponible en línea: <http://ssrn.com/abstract=1980164>
- Kovacic, W.; Shapiro, C. (1999) Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking”, *Competition Policy Center*, CPC99-09, Disponible en línea: <http://groups.haas.berkeley.edu/iber/cpc/pubs/Publications.html>
- Mantilla Blanco, S. (2011) “la mal llamada ‘doctrina probable’ en la Ley 1340 de 2009”, *Univ. Estud. Bogotá*, 8, pp. 279-298, Disponible en línea: <http://132.248.9.34/hevila/Universitasesudiantes/2011/no8/14.pdf>
- Miranda Londoño, A. (1992, septiembre) “Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico de los Estados Unidos de América”, *Seminario Hacia un nuevo regimen de promocion de la competencia*, Cámara de Comercio de Bogotá, Disponible en línea: <http://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/anotaciones-sobre-derecho-antimonopolistico-de-e-e-u-alfonso-miranda-londono.pdf>.
- Miranda Londoño, A. (1993, octubre). “Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del Derecho Comparado”, *Actualizacion sobre promocion de la competencia e integraciones economicas*, Universidad de los Andes, Superintendencia de Industria y Comercio, Disponible en línea: <http://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/abuso-de-la-posicion-dominante-perspectivas-de-la-aplicacion-en-colombia-a-la-luz-del-drecho-comparado-alfonso-miranda-londono.pdf>
- Miranda Londoño, A. (1999) “El régimen general de la libre competencia”, *Documentos Sobre Derecho de la Competencia CEDEC*, 10.
- Miranda Londoño, A. (2005) *Compilación de normas sobre derecho de la competencia en Colombia, referencias jurisprudenciales*,

concordancias y anotaciones, Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.

- Miranda Londoño, A. (2006). “Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia”, *Rev. Derecho Competencia*, 2 (2), pp. 269-400, Disponible en línea: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_colecc/documents/8Fundamentos.pdf
- Miranda Londoño, A. (2011) “Origen y evolución del derecho de la competencia en Colombia: La Ley 155 de 1959 y su legado”, *Rev. Derecho Competencia*, 6 (6), pp. 65-148, Disponible en línea: https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/gli-mc_1st-ed_colombia.pdf
- Miranda Londoño, A. (2011) *Merger Control*, Global Legal Insights, Disponible en línea: http://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/gli-mc_1st-ed_colombia.pdf
- Miranda Londoño, A. (2014) “Instrumentos para la aplicación efectiva del derecho de la competencia en Colombia”, *Ámbito Jurídico*, Disponible en línea: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-140327-02instrumentos_para_la_aplicacion_efectiva_del_derecho_de_la_comp/noti-140327-02instrumentos_para_la_aplicacion_efectiva_del_derecho_de_la_comp.asp?IDObjetoSE=18101
- Miranda Londoño, A.; Gutiérrez Rodríguez, J. (2007) “El control de las concentraciones empresariales en Colombia”, *Revista. Derecho Competencia*, 3 (3), pp. 45-204, Disponible en línea: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/2-Mirando-Londono.pdf
- Molina Gómez, J. (2009) “Hacia la implementación de un programa de clemencia en Colombia”, *Rev. Derecho Competencia*, 5 (5), pp. 609-657, Disponible en línea: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_colecc/documents/11Molina495-546.pdf

- Montenegro, A. (2007) “Fundamentos de la política de competencia”, *Documentos de Economía*, Disponible en línea: http://www.javeriana.edu.co/fcea/area_economia/inv/documents/Fundamentosdelapoliticadecompetencia_000.pdf
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE] (2009) *Desarrollo y Política de Competencia en Colombia Examen Inter-Pares*, Disponible en línea: <http://www.oecd.org/dataoecd/33/12/44111213.pdf>
- Ortiz Baquero, I. (2009) “La regla de minimis en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la libre competencia”, *Revista emercatoria*, 8 (2), Disponible en línea: <http://ssrn.com/abstract=1550127>
- Ortiz Baquero, I. (2010) “El precedente administrativo en el ámbito del derecho de la competencia: comentario a la sentencia de la Corte Constitucional C-537 de 2010”, *Revista emercatoria*, 9 (2), Disponible en línea: <http://ssrn.com/abstract=1739707>
- Page, W. H. (1991) “Ideological conflict and the origins of antitrust policy”, *Tulane Law Review*, 66 (1), Disponible en línea: <http://ssrn.com/abstract=1413833>
- Page, W. H. (1995) “Legal realism and shaping of modern antitrust”, *Emory Law Journal*, 44 (1), Disponible en línea: <http://ssrn.com/abstract=1413862>
- Page, W. H. (2008) “The ideological origins and evolution of the U.S Antitrust law”, *Issues in Competition Law and Policy*, 1 (1), Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=692821.
- Palacios Lleras, A. (2014) “El Decreto 2061 de 1955 y los orígenes del derecho de la competencia en Colombia”, *Centre For Competition Law Studies*, Disponible en línea: <http://centrocedec.org/2014/08/10/el-decreto-2061-de-1955-y-los-origenes-del-derecho-de-la-competencia-en-colombia-andres-palacios/>

- Pellisé Capell, J. (2001) *La explotación abusiva de una posición dominante (arts. 82 TCE y 6 LEDC)*. Madrid: Civitas, Disponible en línea: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/1405/TOL101.pdf?sequence=1>
- Porter, R.; Zona, J. D. (2008) “Collusion”, *Antitrust Law Journal*, 2, p. 1069. Disponible en línea: <http://ssrn.com/abstract=1533063>
- Posner, R. (2001). *Antitrust Law*, University of Chicago.
- Ramírez de Aguilera, E.C.; Pomares Hernández, I. (s.f.) “Análisis económico del derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente”, *Derecho y Conocimiento*, 1, Disponible en línea: <http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC01/B04.pdf>
- Robledo, P. (2013) “Novedades en el régimen de integraciones empresariales en Colombia”, *Ámbito Jurídico*, Disponible en línea: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-130709-11novedades_en_el_regimen_de_integraciones_empresariales_en_colomb/noti-130709-11novedades_en_el_regimen_de_integraciones_empresariales_en_colomb.asp
- Robledo, P. (2014) “Presente y Futuro del derecho de la Competencia en Colombia”, *Ámbito Jurídico*, Disponible en línea: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-140327-05presente_y_futuro_de_la_libre_competencia_en_colombia/noti-140327-05presente_y_futuro_de_la_libre_competencia_en_colombia.asp
- Román, J. (2004). *Aspectos jurídicos y económicos del delito de poder económico. Conceptos básicos y antecedentes históricos*, Universidad Mayor de San Marcos, Disponible en línea: http://www.cybertesis.edu.pe/sisbib/2004/roman_sj/pdf/roman_sj-TH.6.pdf

- Rubio Escobar, J. (2007) *Derecho de los mercados. Propiedad industrial, competencia y protección al consumidor*, Bogotá: Legis, Superintendencia de Industria y Comercio.
- Rubio, M. (2007). *Economía jurídica. Introducción al análisis económico iberoamericano*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santana Pérez, A. (s.f.) *La venta a pérdida como ilícito concurrencia*, Tesis doctoral, Universidad de Laguna, Disponible en línea: <ftp://tesis.bbtbk.ull.es/ccssyhum/cs153.pdf>
- Sarmiento Palacio, E. (2002). *El modelo propio: teoría económica e instrumentos*, Bogotá: Norma, Escuela Colombiana de Ingeniería.
- Sentencia 2000-0665 (2003, 23 de enero). Consejo de Estado, Sección Primera, Exp. 25000-23-24-000-2000-0665-01(7909), C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola.
- Sentencia 2001-01029 (2013, 23 de mayo). Consejo de Estado, Sección Primera, Exp. 25000-23-24-000-2001-01029-01, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.
- Sentencia C-537 (1997). Corte Constitucional. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-537 (2010). Corte Constitucional. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
- Sossa, G. (2009). “La adquisición del control desde la perspectiva de las normas de competencia”, *Revista emercatoria*, Disponible en línea: <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/actualidad/adquisicion.pdf>
- Superintendencia de Industria y Comercio [SIC] (1998). *Guía práctica para la ejecución de la Ley Antimonopolio para una economía en transición*. Superintendencia de industria y Comercio.

- Superintendencia de Industria y Comercio [SIC] (2010) *Compilación de normas sobre protección de la competencia. Asistencia técnica al comercio en Colombia. Unión Europea*, Disponible en línea: http://www.asistenciaticnicaalcomercio.gov.co/docs/6cf_cartillanormas_web.pdf
- Tamayo Álvarez, R. (2010) “Fundamentos económicos para la aplicación de las normas de libre competencia y el caso ANDEVIP y la existencia de prácticas restrictivas absolutas en Colombia”, *Rev. Derecho Competencia*, 6 (6), pp. 145-172.
- Tapia, J. (2004) “Carácter anticompetitivo de los acuerdos restrictivos de la competencia en el sector retail, versión no publicada”, *Libre Competencia y Retail*, Santiago: Editorial Legal Publishing, Disponible en línea: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1440695
- Uribe Piedrahíta, C.A. (2006) “¿los acuerdos horizontales de precios en Colombia se resuelven por la regla per se?: el caso de las empresas de vigilancia y los retos del Consejo de Estado”, *Vniversitas*, 112, pp. 149-191, Disponible en línea: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/Uribe6correg._000.pdf
- Varela González, J. (2008). “Características y situación actual de la política de clemencia”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, 38, pp. 203-247, Disponible en línea: http://www.tgdcompetencia.org/publicaciones/revistas/caracteristicas_situacion_politica_clemencia.pdf
- Witker, J. (2000) *Derecho de la Competencia en América. Canadá, Chile, Estados Unidos y México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Disponible en línea: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1371>

