

UN NUEVO ENTENDIMIENTO DE LOS SISTEMAS DE ANÁLISIS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA A LA LUZ DE UNA CONCEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DE POLICÍA

LUISA TOLEDO PLATA
JAIME LUIS POSADA

INTRODUCCIÓN

El derecho a la libre competencia en términos económicos busca proteger el mercado en todos sus aspectos. Tanto en su esfera de oferta en la que se pretende salvaguardar a los agentes económicos que buscan favorecimiento de los demandantes, como a los consumidores quienes se ubican en un plano de libre escogencia y adquisición de productos.

Fecha de recepción: junio 6 de 2011
Fecha de aceptación: octubre 12 de 2011

La mentada libertad en la competencia, así como su necesaria protección, no es sin embargo ilimitada. Existen dos tipos de restricciones a los mercados: las establecidas por la Constitución Política de Colombia (que cuentan por ende de toda admisibilidad jurídica) como pueden ser los monopolios de derecho, u otorgando exclusividad a través del reconocimiento de derechos de propiedad industrial por ejemplo, y las que son violatorias del ordenamiento normativo tales como las prácticas restrictivas de la competencia o el abuso de posición dominante¹.

Estas últimas dos limitaciones al mercado tienen la virtualidad de desequilibrar la competencia y de romper las condiciones de igualdad en las que el mismo debe desarrollarse. Así, son tales comportamientos los que encuentran reproche por

1 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. “El Régimen General de la Libre Competencia - características principales” ponencia en el marco del *Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial - formas de control, competencia empresarial y propiedad industrial*. Bogotá: Extraído el martes 10 de junio de 2011 desde <http://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/el-regimen-general-de-la-libre-competencia-alfonso-miranda-londono.pdf>. 1997.

parte de la norma cuando, además de prohibirlas genéricamente², las tipifica como prohibiciones específicas en el marco del derecho de la competencia³.

Las normas jurídicas referenciadas no fueron cabalmente aplicadas hasta la última década del siglo XX en razón a las coyunturas por las que atravesaba el país en lo que respecta a su evolución normativa⁴. Es precisamente en este momento donde se ubica la presente disertación en tanto es ahora cuando se ha propendido por un desarrollo más profundo del ordenamiento en comento.

El punto de partida para entrar de pleno en el estudio de las reglas de análisis para la aplicación de las normas del derecho de la competencia, que serán desarrolladas en párrafos posteriores de esta introducción, es por supuesto, el decreto 2153 de 1992 el cual es, en conjunto con la Ley 155 de 1959 (al menos en su artículo primero) y la Ley 1340 de 2009, el estatuto primigenio y general en Colombia en materia del derecho de la competencia. En las autorizadas palabras del doctrinante Doctor Alfonso Miranda, *“Esta normatividad resulta importante, por cuanto contiene los criterios y conceptos generales que ha utilizado el legislador colombiano en esta materia, los cuales deben servir de guía en la interpretación de las demás normas sobre competencia, que de manera tangencial se han incluido en diversas leyes y decretos que regulan diversas actividades y sectores de la economía”*⁵.

Bajo los presupuestos anteriores, se procede al examen de las reglas de análisis existentes para aplicación de las normas de derecho de la competencia, para posteriormente estudiar si las mismas tienen cabida dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

2 En los artículos 1 de la Ley 155 de 1959, 46 del decreto 2153 de 1992 y 2 de la Ley 1340 de 2009.

3 En los artículos 47, 48, y 50 del decreto 2153 de 1992 (y 9 y siguientes de la Ley 1340 de 2009 respecto de las consecuencias nocivas que puede acarrear una integración empresarial).

4 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO (1997). “El Régimen General de la Libre Competencia - características principales” ponencia en el marco del *Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial - formas de control, competencia empresarial y propiedad industrial*. Bogotá: Extraído el martes 10 de junio de 2011 desde <http://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/el-regimen-general-de-la-libre-competencia-alfonso-miranda-londono.pdf>: “La falta de voluntad política de los distintos gobiernos o autoridades, que no estaban dispuestos a entrar en confrontación directa con los poderosos grupos de interés económico existentes en el país. (...) La ausencia de una política de promoción de la competencia, como consecuencia del esquema económico proteccionista que rigió al país por varias décadas. (...) [o] La carencia por parte de las entidades encargadas en los distintos momentos históricos, de los instrumentos técnicos y del equipo humano necesario para implementar unas normas que requieren de complejos análisis econométricos y de cierta sofisticación académica. (...)”.

5 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. “El Régimen General de la Libre Competencia - características principales” ponencia en el marco del *Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial - formas de control, competencia empresarial y propiedad industrial*. Bogotá: Extraído el martes 10 de junio de 2011 desde <http://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/el-regimen-general-de-la-libre-competencia-alfonso-miranda-londono.pdf>. 1997.

REGLA DE LA RAZÓN⁶

Ilustrada de manera concreta y oportuna por el Doctor Alfonso Miranda en su ponencia “El régimen General de la Libre Competencia - características principales” dentro del marco del Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial en octubre de 1997, el sistema de análisis rotulado ‘de la razón’ está pensado “*para analizar todos aquellos acuerdos y prácticas cuyo efecto competitivo solamente puede ser evaluado a través del estudio de las características y los hechos peculiares a cada tipo de industria o negocio, de la historia de la práctica restrictiva en cuestión, y de las razones por las cuales se aplicó dicha práctica restrictiva*”⁷.

En el caso Standard Oil Company contra Estados Unidos de América, se estableció claramente por la Suprema Corte de Estados Unidos⁸, que para la aplicación de la Regla de la Razón se deben tener en cuenta criterios adicionales a la mera conducta, cuales son los de la naturaleza, el propósito y el efecto de las mismas dentro de un mercado relevante en el que se ostente o no posición de dominio.

En el entendido de que no por el simple comportamiento se va a alcanzar una sanción, las posibles defensas en caso de una investigación fundamentada a la luz del sistema de la razón, son sin duda aquellas encaminadas a demostrar que el efecto de la conducta no fue anticompetitivo (o incluso que fue competitivo), o que beneficia a los consumidores⁹.

6 Para ampliar la concepción y la evolución pormenorizada de la noción recomendamos remitirse a los casos *Maple Flooring Manufacturers Association contra Estados Unidos de América*; *Sugar Institute Inc. contra Estados Unidos de América*, (1936) y *U.S. contra Container Corporation of America* (1969), todos ellos de la Suprema Corte de Estados Unidos.

7 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. “El Régimen General de la Libre Competencia - características principales” ponencia en el marco del *Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial - formas de control, competencia empresarial y propiedad industrial*. Bogotá: Extraído el martes 10 de junio de 2011 desde <http://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/el-regimen-general-de-la-libre-competencia-alfonso-miranda-londono.pdf>. 1997.

8 United States Supreme Court: *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, (1910): “(...) As the cases cannot by any possible conception be treated as authoritative without the certitude that reason was resorted to for the purpose of deciding them, it follows as a matter of course that it must have been held by the light of reason, since the conclusion could not have been otherwise reached, that the assailed contracts or agreements were within the general enumeration of the statute, and that their operation and effect brought about the restraint of trade which the statute prohibited. This being inevitable, the deduction can in reason only be this: that, in the cases relied upon, it having been found that the acts complained of were within the statute and operated to produce the injuries which the statute forbade, that resort to reason was not permissible in order to allow that to be done which the statute prohibited. This being true, the rulings in the cases relied upon, when rightly appreciated, were therefore this, and nothing more: that, as considering the contracts or agreements, their necessary effect and the character of the parties by whom they were made, (...) That is to say, the cases but decided that the nature and character of the contracts, creating as they did a conclusive presumption which brought them within the statute, such result was not to be disregarded by the substitution of a judicial appreciation of what the law ought to be for the plain judicial duty of enforcing the law as it was made. (...)”

9 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO (1997). “El Régimen General de la Libre Competencia - características principales” ponencia en el marco del *Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial - formas*

REGLA PER SE

El sistema de análisis *per se*, de nuevo citando al Doctor Miranda, tiene la finalidad de “*analizar todos aquellos acuerdos y prácticas cuya naturaleza y efecto resultan tan evidentemente anticompetitivos, que no se necesita realizar un elaborado estudio de la industria respectiva para concluir que son ilegales, motivo por el cual se considera que son ilegales [en sí mismos]*”¹⁰. En el anterior sentido, la única defensa válida frente a una acusación en la que se ha determinado como aplicable una regla *per se*, será demostrar que no existió la conducta, pues no existirán más argumentos idóneos susceptibles de eximir la responsabilidad.

El origen del examen *per se*, fue concretamente explicado por la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso de *Arizona contra Maricopa County Medical Society*. En él se señaló que un juez deberá utilizar la regla *per se* una vez haya habido precedentes en los que, aplicando la regla de la razón, se haya llegado a conclusiones similares, con el fin de que los argumentos y consideraciones no fueran repetitivos en el ordenamiento norteamericano¹¹.

Para efectos de la presente introducción, cabe traer a colación el diagnóstico que hizo el Doctor Miranda respecto de la aplicación de la regla *per se* en el derecho colombiano sin perjuicio de las conclusiones a las que lleguemos al culminar esta disertación: “*En Colombia la regla per se es aplicada a todos los casos de acuerdos, casos o conductas de abuso de la posición dominante específicamente tipificados*

de control, competencia empresarial y propiedad industrial. Bogotá: Extraído el martes 10 de junio de 2011 desde <http://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/el-regimen-general-de-la-libre-competencia-alfonso-miranda-londono.pdf>

10 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO (1992). “Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica”, ponencia en el marco del seminario *Hacia un nuevo régimen de promoción de la competencia*. Bogotá: extraído el martes 10 de mayo de 2011 desde: <http://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/annotaciones-sobre-derecho-antimonopolistico-de-e-e-u-u-alfonso-miranda-londono.pdf>

11 United States Supreme Court: *Arizona contra Maricopa County Medical Society v. United States*, (1982): “Thus, in applying the per se rule to invalidate the restrictive practice in *United States v. Topco Associates, Inc.*, 405 U.S. 596 (1972), we stated that “hether or not we would decide this case the same way under the rule of reason used by the District Court is irrelevant to the issue before us”. The Court made the same point in *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S., at 50, n. 16:

[119] “Per se rules thus require the Court to make broad generalizations about the social utility of particular commercial practices. The probability that anticompetitive consequences will result from a practice and the severity of those consequences must be balanced against its procompetitive consequences. Cases that do not fit the generalization may arise, but a per se rule reflects the judgment that such cases are not sufficiently common or important to justify the time and expense necessary to identify them”.

(...) The argument should not be confused with the established position that a new per se rule is not justified until the judiciary obtains considerable rule-of-reason experience with the particular type of restraint challenged. See *White Motor Co. v. United States*, 372 U.S. 253 (1963)”.

en la legislación. En estos casos la autoridad de la competencia solamente debe demostrar que la conducta se realizó y no necesita entrar a probar si tal conducta es o no anticompetitiva, ya que el carácter competitivo e ilegal de la conducta es presumido por la ley”¹².

REGLAS DE ANÁLISIS COMO PRESUNCIONES EN EL SISTEMA COLOMBIANO

Luego de haber bosquejado a grandes rasgos los sistemas de análisis propios del derecho de la competencia (originados en la jurisprudencia norteamericana), es importante introducir uno de los puntos más interesantes desarrollados por la doctrina autorizada en la materia cuando se ha intentado aterrizar a nuestro ordenamiento los sistemas *per se* y de la razón: la de si ellos pueden asemejarse a nuestras presunciones de derecho y de hecho, respectivamente.

El Doctor Miranda, previamente citado, ha planteado el tema en varios de sus artículos¹³, cuando al definir la regla *per se*, nos exhorta a entenderla como una presunción de derecho en los términos de las normas civiles colombianas¹⁴, concluyendo que no existe entonces justificación o argumento válido que sea

12 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. “El Régimen General de la Libre Competencia - características principales” ponencia en el marco del *Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial - formas de control, competencia empresarial y propiedad industrial*. Bogotá: Extraído el martes 10 de junio de 2011 desde <http://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/el-regimen-general-de-la-libre-competencia-alfonso-miranda-londono.pdf>. 1997.

El artículo 47 numeral 1 del decreto 2153 de 1992 que fue usado como ejemplo, en palabras del Doctor Miranda: “Como se puede observar, la norma transcrita considera contrarios a la libre competencia, los acuerdos que tengan por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios. La autoridad de la competencia deberá probar solamente la existencia de un acuerdo cuyo objeto o efecto sea la fijación de precios, pero no tendrá que demostrar que dicha conducta es anticompetitiva, ya que la norma lo presume y no admite prueba en contrario”.

13 Entre ellos MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. “Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica”, ponencia en el marco del seminario *Hacia un nuevo régimen de promoción de la competencia*. Bogotá: extraído el martes 10 de mayo de 2011 desde <http://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/annotaciones-sobre-derecho-antimonopolistico-de-e-e-u-u-alfonso-miranda-londono.pdf>, del que extraemos la postura enunciada. 1992.

14 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO (1992). “Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica”, ponencia en el marco del seminario *Hacia un nuevo régimen de promoción de la competencia*. Bogotá: extraído el martes 10 de mayo de 2011 desde: <http://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/annotaciones-sobre-derecho-antimonopolistico-de-e-e-u-u-alfonso-miranda-londono.pdf>. “La regla “*Per Se*” es el tipo de análisis más estricto bajo el cual una Corte le puede juzgar la conducta de una empresa o persona en los Estados Unidos, y equivale entre nosotros a la aplicación de una “Presunción de Derecho” de que una conducta determinada es ilegal. Por esta razón la jurisprudencia Norteamericana ha ido señalando en forma taxativa los casos en los cuales se aplica este tipo de análisis, y el debate jurídico en los casos dudosos se reduce a definir si la regla “*Per Se*” se aplica o no se aplica al caso *sub judice*. Una vez que la Corte ha determinado que la regla “*Per Se*” es aplicable al caso, la única defensa válida consiste en demostrar que el acusado no incurrió en la práctica o conducta que se le imputa”.

escuchado por las Cortes como defensa al caso específico.

El Doctor Gabriel Ibarra Pardo, estudiando el debate planteado señala, en contra del Doctor Miranda, que *“las presunciones que no admiten prueba en contrario son las de derecho, las cuales deben estar consagradas de manera expresa en la ley. En este sentido se observa que los artículos 47, 48 y 50 no son verdaderas presunciones de derecho, pues nada dicen expresamente esas normas sobre el tema. Las normas objeto de comentario se limitan a establecer que “se consideran” o “constituyen” conductas restrictivas de la competencia, las que allí se listan, pero en ninguna parte se advierte que se trata de una presunción de derecho que no admita prueba en contrario. (...) De ahí que pudiera afirmarse en principio, que las conductas que se contemplan en los artículos referidos debieran analizarse, sin excepción, a luz de la regla de la razón, pues el texto del artículo pareciera admitir que se pruebe en contrario”*¹⁵. La posición del Doctor Ibarra es apoyada por el Doctor Jorge Jaeckel Kovács.

Se ha ilustrado el debate a través de las posturas de los diferentes doctrinantes y se concluye que claramente no hay un consenso que zanje la discusión. En este escenario, sólo nos resta exteriorizar nuestro análisis en el acápite correspondiente posterior en el presente escrito.

* * *

En estos términos, el presente texto tiene por finalidad, sentar una posición respecto de la existencia y aplicación de las reglas de análisis en el sistema jurídico colombiano a partir de una ejemplificación somera pero relevante a través de casos, y de doctrina especializada haciendo énfasis en las dificultades dogmáticas que el debate ha presentado, para finalmente buscar deslegitimar la aplicación férrea de la regla *per se* dentro de los procedimientos administrativos sancionatorios, por constituirse como un esquema vulnerador del debido proceso como pilar fundamental de un Estado Social de Derecho.

Inicialmente, la exposición versará sobre el análisis de casos y pronunciamientos relevantes que tengan relación con la materia. Independientemente del acierto o desacierto por parte de la autoridad competente para aplicar responsabilidades vía regla *per se* o regla de la razón, se hace relevante señalar que el objeto de introducir algunos ejemplos fácticos no es, por ahora, el de calificar las actuaciones judiciales o administrativas sino presentarlas

15 IBARRA PARDO, GABRIEL. Extraído el martes 10 de mayo de 2011 desde: <http://www.ibarraibarra.com/pdf/publicaciones/ExistenenColombiaprohibicionesperse.pdf>

en el presente escrito como ejemplificación o diagnóstico de los paradigmas interpretativos en el actual estudio, en el ejercicio práctico colombiano.

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA

Aunque una primera aproximación a la norma incluida en el artículo 47 del decreto 2153 de 1992, referente a acuerdos contrarios a la libre competencia, podría dar lugar a pensar que para la aplicación de las prohibiciones en ella incluidas se debe tener en cuenta un sistema de análisis basado en la regla de la razón, él no puede agotarse con esta simple conclusión. Es así como diversos pronunciamientos tanto de las autoridades como de la doctrina, permiten vislumbrar el debate que se oculta detrás de la norma. Procedemos a hacer una exposición de los principales conceptos que se han forjado alrededor de tal discusión, para finalmente sentar nuestra posición sobre el particular.

ANÁLISIS CASUÍSTICO

De una parte, encontramos pronunciamientos en los que la conducta antedicha es tratada como contraria a la libre competencia *per se*, aplicándose por tanto un régimen de responsabilidad objetiva, en el que basta con la verificación del acuerdo para que sea viable la sanción prevista en la ley, sin recurrir a una ponderación de los efectos positivos y negativos de tal actuar, así como tampoco de la intención del agente.

Así, a modo de ejemplo, cabe citarse el Concepto 013678 de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante “SIC”), de fecha marzo 23 de 1993, que al referirse a la prohibición de acuerdos anticompetitivos establece “*Respecto de su observación relacionada con el artículo 47, numeral 1° del Decreto, [la entidad se permite informar] los acuerdos sobre fijación de precios constituyen comportamientos contrarios a la libre competencia. La finalidad de la norma consiste en asignar a las fuerzas del mercado (las cuales se guían por la interacción de la oferta y la demanda) los niveles de producción y distribución de bienes y servicios en una economía, así como sus precios. Por tal razón, cuando dos o más empresarios acuerdan fijar los precios de mercado de uno o más bienes y/o servicios, entiende la ley que se están quebrantando los postulados de la libre competencia. Esta prohibición, vale la pena mencionarlo, tampoco es nueva; el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 había prohibido la fijación de precios.*” (La subraya es nuestra). Según la propia determinación de la Superintendencia de Industria y Comercio, para el año de 1993, resultaba aplicable un esquema de análisis fundamentado en la regla *per se*, toda vez, que, como se ve con claridad en el concepto, basta con que dos o más empresarios incurran en la conducta de fijación de precios de mercado,

para que se consideren violentadas las premisas sobre las cuales se funda el régimen de protección a la libre competencia en Colombia.

De otra parte, el Concepto 013678 aludido, expresamente reconoce la existencia de la regla de análisis *per se* en el ordenamiento jurídico colombiano, en lo que respecta a la sanción de acuerdos contrarios a la libre competencia. Específicamente, la SIC determina *“En lo que respecta a la asignación de cuotas de producción o suministro (artículo 47, numeral 4º), vale la pena aclarar que un acuerdo de esta naturaleza entre empresarios resulta también contrario a la competencia, pues supone la infracción de la regla Per Se mencionada arriba. Competir, según lo define el Diccionario de la Real Academia Española, implica “Contender dos o más personas entre sí, aspirando unas y otras con empeño a una misma cosa”. Al tenor de la definición comentada, es evidente que cuando dos o más productores o distribuidores se dividen cuotas de mercado, puede ocurrir cualquiera de las siguientes circunstancias, todas ellas cuestionables desde el punto de vista de las normas de promoción de la competencia: o bien están abandonando tales empresarios su condición de competidores o bien, sin ser competidores, se han ocluido en detrimento de otros empresarios o de los consumidores, contrariando así los postulados de la libre competencia enunciados por la Constitución Política de 1991 y desarrollados por la Ley 155 de 1959 y el decreto 2153 de 1992 (...)*

Con relación al numeral 8º del artículo 47, vale la pena reiterar lo dicho anteriormente: Primero, un acuerdo entre competidores encaminado a afectar los niveles de producción de un bien supone una transgresión de la “regla Per Se”; segundo, un acuerdo de tal naturaleza podría llegar a constituir una práctica colusiva, en la medida en que estuviera encaminado a crear un perjuicio a un tercero (es decir, a otro empresario o a los consumidores).

Respecto del numeral 9º del artículo 47, la reprochabilidad de la conducta descrita resulta tan obvia, que parecería sobrar cualquier comentario al respecto (...).”

En consonancia con lo anterior, tras un rastreo de los pronunciamientos de la SIC en la materia, destacamos el Concepto 9829580 de junio 9 de 1998, en el cual se estudia nuevamente la fijación directa o indirecta de precios de mercado. Se determina por parte de la entidad que la prohibición contenida en el artículo 47 del decreto 2153 de 1992, en desarrollo del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, responde al propio mandato constitucional, contenido en el artículo 333 de la Carta Política, en razón del cual se adopta para el Estado colombiano un sistema económico de libre mercado, enmarcado dentro de los límites del bien común, pilar conforme al cual es posible estructurar excepciones a la punibilidad de algunas conductas que se enmarquen dentro de la práctica conocida como fijación de precios de mercado, pero que en todo caso, permitan materializar el bienestar general. Lo

anterior, a simple vista podría entenderse como una interpretación en virtud de la cual, para la aplicación del numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, se requiere de la utilización de la denominada regla de la razón, desarrollada por el derecho comparado. Sin embargo, ello no es así, toda vez que habiéndose afirmado la posibilidad de exceptuar la sanción de acuerdos de precios en determinados escenarios, la SIC en su pronunciamiento establece que tales casos se circunscriben a autorizaciones del Gobierno para la defensa de un sector básico de producción de bienes y servicios de interés para la economía en general (par. Artículo 1 Ley 155 de 1959). Lo anterior implica que la excepción a la sanción únicamente procede en aquellos casos en los que de hecho exista una efectiva autorización del Gobierno para ello, por lo que no es dable la consideración sobre los efectos pro competitivos de una conducta en particular, cuando no exista permiso previo para su desarrollo, en los términos ya analizados. Ello lleva necesariamente a concluir de nuevo la concepción de un régimen sancionatorio en materia de acuerdos de precios basado en la regla *per se*, pues, no se efectúan valoraciones razonables en ningún caso en concreto, para exceptuar algunas otras conductas que, aun cuando no encajen en la excepción general prevista en el párrafo del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, puedan resultar benéficas en términos de eficiencia, protección al consumidor o a los mercados¹⁶.

El Concepto 98065450 de diciembre de 1998 de la Superintendencia de Industria y Comercio, por su parte, parece una vez más reconocer de una forma tácita la existencia de una regla de análisis *per se* al determinar “*Sin embargo, de acuerdo con la normatividad en materia de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas no son válidos los acuerdos mediante los cuales dos empresas impongan a un tercero obligaciones adicionales que no constituyan*

16 Concepto 9829580 de junio 9 de 1998, SIC: 1. El sistema de libre competencia permite la libertad de entrada y salida a los mercados, la libertad de que cada vendedor ofrezca el precio que de forma independiente defina, con base en su estructura de costos y las condiciones del mercado, que ofrezca las calidades y cantidades de productos que desee, y que los consumidores elijan libremente qué comprar. Bajo estas condiciones, los precios de mercado reflejan el punto de equilibrio entre oferta y demanda y asignan con eficiencia los diversos recursos disponibles.

2. Estas condiciones del sistema de libre competencia son benéficas, porque contribuyen a un mejor desarrollo de la economía y tutelan de manera efectiva los intereses de los productores, de los consumidores y del Estado mismo. Estos beneficios hacen que la libre competencia sea protegida, para lo cual se han promulgado las normas de promoción de la libre competencia. (...)

4. Las conductas que coarten la libre competencia, o que impongan barreras al ingreso o salida del mercado, o impiden la libre formación del precio, se consideren ilegales por violar las normas de promoción de la libre competencia y se denominan anticompetitivas, o también restrictivas de las competencias (...)

12. Siendo la regla general la libre competencia, la fijación de precios como excepción, solo debe extenderse por el tiempo necesario para conjurar las alteraciones que la motivaron, y las medidas que se adopten deben dedicarse a restablecer el libre juego de la oferta y demanda. Una vez restablecida la normalidad del mercado, desaparece el fundamento de estas medidas, y se debe regresar al sistema de libre mercado.

13. La fijación de precio solo procede, por lo tanto, para aquellos productos que de forma clara determine el Gobierno, sin que sea posible extender esta facultad regulatoria a otros productos (por ser un régimen de excepción). (...)” (La subraya es nuestra).

el objeto del negocio". Se colige de lo anterior que la máxima autoridad en materia de protección y promoción a la competencia, en relación con los acuerdos en los que se impongan obligaciones adicionales a un tercero, establece con claridad para el año 1998, que los mismos se encuentran prohibidos siempre que se presenten sin que para la agencia sea necesario adentrarse en consideraciones subjetivas acerca de la viabilidad en términos de eficiencia económica de tales conductas.

En Concepto 01081394 octubre 17 de 2001, la SIC nuevamente reconoce la necesaria aplicación de un sistema de análisis basado en la regla de *per se*, en lo que se refiere a la sanción de acuerdos de precios: "*se colige entonces que al tenor de las normas constitucionales y legales en materia de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, los acuerdos de fijación de precios están prohibidos y por lo tanto, en caso de comprobarse su ocurrencia, una vez realizada la investigación correspondiente, son sancionados por la Superintendencia de Industria y Comercio*". La SIC en el presente caso establece claramente que vale comprobar la simple ocurrencia de un acuerdo de fijación de precios, por lo que automáticamente se dejan de lado valoraciones de índole subjetiva sobre los posibles efectos de la misma.

En lo que se refiere al estudio de otra de las modalidades de acuerdos contrarios a la libre competencia, es de destacar el Concepto 10-151852 de enero 28 de 2011, en donde la Superintendencia de Industria y Comercio, en respuesta a la pregunta de si en Colombia están permitidos los acuerdos de colusión, responde limitándose a decir que "[L]os acuerdos anticompetitivos en licitaciones o concursos no son permitidos en Colombia". La máxima autoridad de competencia se circunscribe a determinar que objetivamente tales conductas se encuentran abiertamente prohibidas, sin introducir para ningún caso criterios de valoración económica que exceptúe para eventos determinados la punibilidad de acciones, fundamentados en una ponderación de efectos pro y anticompetitivos de la conducta. Ello se desprende del hecho de que la Superintendencia en el Concepto referenciado abiertamente determina que todo acuerdo anticompetitivo en licitaciones o concursos se encuentra expresamente prohibido.

A continuación destacamos algunos casos representativos en lo que respecta a la sanción de prácticas comerciales restrictivas, con el fin de evidenciar la posible aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, en donde basta la presencia de unos supuestos de hecho que se subsuman en los presupuestos fácticos de la norma, o si por el contrario, se atiende a variables y cuestionamientos de tipo económico y racional que permitan prescindir de las sanciones en caso de que una ponderación de los efectos de una conducta indique que las consecuencias benéficas en relación con la protección del mercado, los consumidores y la eficiencia sobrepasan a los efectos nocivos que pudieren generarse en estos mismos ámbitos.

CASO ANDEVIP

En primer lugar, vale la pena traer a colación la sentencia de enero 28 de 2010 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (C.P. María Claudia Rojas), Sección Primera, mediante la cual se resuelve un recurso de apelación interpuesto por la Superintendencia de Industria y Comercio en contra de la sentencia de noviembre 27 de 2003 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que tal corporación concede a las entidades demandantes¹⁷ la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales la SIC impone sanciones¹⁸ y ordena la terminación de una conducta¹⁹ que se consideraba violatoria de la legislación relativa a la protección y promoción de la competencia.

Como principal fundamento de su acción, la SIC argumenta que basta con que se demuestre la existencia de un acuerdo que tenga por objeto la fijación directa o indirecta de precios – cuestión que en efecto se verificó para el caso planteado– para que se sancione una conducta que pueda subsumirse en tal presupuesto normativo previsto por el numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992. Sostiene la Superintendencia expresamente que *“El decreto 2153 de 1992 establece un tipo de responsabilidad objetiva frente a conductas que tengan por objeto fijación de precios, repartición de mercados, subordinación de suministro a la aceptación de obligaciones adicionales, de manera que sólo es necesaria la demostración de tale conductas para que proceda la imposición de las sanciones de ley, independientemente del móvil o intereses que la hayan determinado”* por lo que, para la sanción del caso bajo estudio *“resultó suficiente demostrar que verdaderamente tuvo lugar el acuerdo de precios entre las sancionadas con el objeto señalado para proceder a abrir la investigación correspondiente con las consecuencias ya conocidas, aun cuando dicho acuerdo no hubiera producido un efecto negativo sobre el mercado, como quiera que su sola existencia ya es restrictiva”*. En contraposición a ello, es importante destacar la interpretación que

17 ASOCIACIÓN NACIONAL DE ENTIDADES DE SEGURIDAD PRIVADA - ANDEVIP, Capítulo Valle, Cauca y Nariño; y las sociedades SEGURIDAD DE OCCIDENTE LTDA., CT SEGURIDAD LTDA., SEGURIDAD LEGAL LTDA., GRANCOLOMBIANA DE SEGURIDAD VALLE LTDA., COLOMBIANA DE PROTECCIÓN VIGILANCIA Y SERVICIOS PROVIDER LTDA., ROYAL DE COLOMBIA LTDA., SERES LTDA., COMPAÑÍA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD ATEMPI DE ANTIOQUIA LTDA., INTERNACIONAL DE SEGURIDAD VALLE LTDA., SEGURIDAD BERNA LTDA., SEGURIDAD SHATTER DE COLOMBIA LTDA. y SEGURIDAD ORION LTDA.

18 - Resolución 29302 de 2000 (2 de noviembre) «por la cual se impone una sanción y se ordena la terminación de una conducta» proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

- Resolución 0670 de 2001 (29 de enero) «por la cual se resuelve un recurso», proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

19 Sentencia enero 28 de 2010, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Primera. C.P. María Claudia Rojas “Indicó que en acatamiento de la Circular en comento, en reunión celebrada en la ciudad de Cali el 8 de junio de 1997, las sociedades demandantes acordaron el cobro de tarifas similares por la prestación de sus servicios, con la posibilidad de ofrecer descuentos hasta del 3% a clientes nuevos (...)”.

el Tribunal Administrativo de Cundinamarca hizo de los eventos, entendiendo que no basta tener en cuenta la simple existencia de un acuerdo, sino que resulta trascendente en el proceso de sanción del mismo entender su finalidad (que para el caso en comento corresponde a la protección de normas laborales y fiscales), intención y posibles efectos en el mercado.

El Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, al resolver la controversia planteada adopta la postura de la Superintendencia de Industria y Comercio acerca de los criterios en materia sancionatoria que deben regir para el caso de acuerdos contrarios a la libre competencia, definidos por el decreto 2153 de 1992. En razón de ello, acepta expresamente la existencia de la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva –regla *per se*– en el derecho de la competencia en Colombia.

CASO INTERSYSTEM

Mediante la Resolución 01055 de enero 19 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanciones a la sociedad INTERSYSTEM LTDA., y a los señores ALEJO BUITRAGO CAMARGO y GERMÁN VEGA CRUZ, por haber incurrido en un acuerdo colusorio, en contravención del numeral 9° del artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

En tal acto, la SIC expresamente reconoce la necesaria aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva en relación con acuerdos 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”*. En relación con el tema en comento la autoridad referida determina: *“Indican todos los recurrentes, que el acuerdo al que llegaron no fue dañino y que su intención no fue la de perjudicar a otros compañeros licitantes.*

Sobre el particular, se hace preciso señalar que el numeral 9 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, no exige la ocurrencia de un daño para que una conducta pueda considerarse como colusoria, ni tampoco obliga a realizar un examen a cada una de las partes intervinientes en el acuerdo acerca de la intención que tuvieron o no de causarlo (...). Es claro que el legislador exige que el acuerdo tenga como objeto la colusión en las licitaciones o concursos o, como efecto, la distribución de adjudicaciones de contratos, con independencia del dolo que pueda haber acompañado la práctica.

La doctrina española se ha ocupado de este aspecto, y ha señalado lo siguiente:

*“Se dice que un acuerdo tiene el objeto de restringir la competencia cuando, por su propia naturaleza y las circunstancias en que se adopta, objetivamente es capaz de producir un efecto restrictivo de la competencia. **El carácter objetivo de un acuerdo restrictivo, por tanto, es independiente de las motivaciones subjetivas de las partes en el momento de adoptarlo.** No obstante, cuando un acuerdo sea restrictivo de la competencia por objeto, es prácticamente imposible que las partes no lo hubieran previsto así, por su naturaleza y el contexto en que se produce”. (Negrilla fuera de texto)”.*

Se deriva de lo expuesto que bajo la concepción de la Superintendencia de Industria y Comercio, en los procesos de sanción de acuerdos contrarios a la libre competencia no se debe atender a cuestiones de índole subjetivo, sino a la simple verificación de causales objetivas que permitan la determinación exacta acerca de la existencia o no de un contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela que se ajuste a los ingredientes normativos dispuestos por el artículo 47 del decreto 2153 de 1992. Por ello, no deben existir consideraciones relativas al dolo o la culpa, lo que implica la determinación expresa de un régimen de responsabilidad objetiva, es decir, fundado en la regla de análisis *per se*.

CASO CACAO

En segunda medida, nos referimos a la Resolución 4946 del 2 de febrero de 2009, mediante la cual la Superintendencia de Industria y Comercio sanciona a NACIONAL DE CHOCOLATES S.A. y SUCESORES DE JOSÉ JESÚS RESTREPO & CÍA S.A. - CASA LUKER S.A., por violación al régimen de protección de la competencia, al considerarse que incurrieron en la práctica restrictiva de acuerdos en la fijación de precios infringiendo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela.

Se fundamenta la decisión de la SIC, en la demostración de un paralelismo en la fijación de precios de compra de cacao corriente entre NACIONAL y LUKER, y de un elemento consciente, es decir concertación entre los investigados con el objeto de eludir la competencia en el mercado. Estos dos factores constituyen los componentes que, a juicio de la SIC, se requieren para la viabilidad de una sanción de prácticas conscientemente paralelas como modalidad de acuerdos que restringen la libre competencia. Al respecto, determina la Superintendencia que *“A la luz de lo indicado previamente, y bajo la normativa colombiana, es claro para este despacho que la sola presencia de conductas o comportamientos paralelos no basta para establecer la existencia de una práctica comercial restrictiva. Para arribar a una conclusión en este sentido resultaría necesario acudir a elementos de prueba adicionales que permitan identificar la existencia de una concertación*

entre los investigados con el objeto de eludir la competencia en el mercado (...) A estos propósitos el análisis impone considerar, entre otras cosas, que se haya descartado que el comportamiento paralelo haya sido el resultado de políticas unilaterales e independientes ejecutadas por los investigados. De la misma forma se deben apreciar en forma conjunta los indicios del comportamiento, constituidos entre otros y especialmente a partir de la evidencia de comunicaciones o intercambio de información directamente o a través de terceros por parte de los competidores”.

Con ocasión del análisis surtido para la solución del presente caso por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, se deduce nuevamente la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva basado en un sistema de análisis *per se*, según las razones que a continuación se exponen.

Según el propio criterio de la SIC, para la sanción a las empresas NACIONAL DE CHOCOLATES S.A. y SUCESORES DE JOSÉ JESÚS RESTREPO & CÍA S.A. - CASA LUKER S.A., por la comprobación de un acuerdo de precios, en forma de práctica conscientemente paralela en razón de la efectiva similitud de precios de compra de cacao corriente, basta con la comprobación de (i) un paralelismo y (ii) un elemento consciente.

Ello se traduce en la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, toda vez que basta con la concurrencia de dos factores imparciales de determinación de la conducta, cuya existencia se determina a simple vista, independientemente del sujeto que la observe o de análisis posteriores que de las actuaciones se puedan hacer con el fin de explicarlas bajo criterios de razonabilidad. Así, el paralelismo, se comprueba con facilidad bajo la aplicación de comparaciones en las fluctuaciones de las cifras que componen la estructura de costos de las empresas investigadas, la cuales son sin duda índices absolutamente objetivos en términos matemáticos; por su parte, el elemento consciente se comprueba bajo la aplicación de teorías de tipo económico que permitan concluir que el paralelismo no resulta de políticas unilaterales de los agentes. En ambos casos, el eje esencial de los estudios realizados por la SIC, se entiende como la determinación de la existencia o no de condiciones meramente objetivas cuya afluencia determinará si se está o no frente a un acuerdo de fijación de precios de mercado. Es claro, por lo mismo que para la entidad basta con la comprobación de las variables que dan origen a un acuerdo anticompetitivo, en los términos del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, pero no analizan en ningún momento los efectos de tal conducta en orden a determinar si la misma resulta en efecto sancionable o no. Por ello, debemos advertir que para la autoridad, el proceso bajo estudio se soluciona con la determinación de si existen de hecho los elementos que dan génesis a un acuerdo contrario a la libre competencia que pueda subsumirse en los presupuestos normativos que trae el ordenamiento, independientemente de una ponderación de las consecuencias que del mismo pueden derivarse en términos de protección de los mercados.

CASO ARROCEROS

Ahora bien, entramos a analizar la Resolución 22625 de septiembre 15 de 2005, por la cual, la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a las sociedades MOLINOS ROA S.A. y MOLINO FLOR HUILA S.A., entre otras, por incurrir en la conducta descrita en el numeral 1° del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, es decir por la realización de acuerdos de precios.

Para la consideración de este caso, recurrimos a los argumentos expuestos en relación con el caso Nacional de Chocolates - Casa Luker, en la demostración de un régimen de responsabilidad objetiva aplicado para la solución del mismo. Ello, pues bastó para la Superintendencia la comprobación de un paralelismo entre el comportamiento de las sociedades sancionadas, a partir de la observancia de variaciones de precios de compra del arroz paddy verde en la región centro del país (departamentos de Huila y Tolima), unido a la aplicación de teorías de índole económico que permitieran concluir que no existía una racionalidad que explicara objetivamente la existencia de tal similitud. Una vez más, concluimos que de la aplicación de variables matemáticas y económicas en el presente caso únicamente se desprenderá la certeza acerca de la existencia o no de un acuerdo en los términos del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, pero no permite aun la deducción de consecuencias positivas para el régimen de competencia que permita la exclusión de la sanción para las empresas investigadas²⁰.

ACTOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA

Un acto debe ser entendido, a la luz de la legislación vigente en materia de derecho de la competencia, como todo comportamiento de quien ejerce una actividad económica. A su vez, será anticompetitivo el acto que enlista la normatividad como contrario a la libre competencia.

20 “La Superintendencia concluyó la existencia del acuerdo para la fijación de precios base de compra del arroz paddy verde, no simplemente del análisis realizado a las variaciones efectuadas en los precios y a las fechas en que las sociedades investigadas adoptaran dichas modificaciones, sino a partir de la comparación del comportamiento de precios con las condiciones de oferta y demanda de las empresas sancionadas prevalecientes en el mercado del arroz paddy verde en la región centro del país. Esa comparación permitió mostrar la falta de racionalidad económica del comportamiento de precios en el período investigado. La Resolución No. 22625 del 15 de septiembre de 2005 presentó un minucioso estudio de la estructura de la industria molinera en la zona centro del país, evaluó el comportamiento de los precios de compra de arroz paddy verde adoptados por las empresas industriales, valoró las circunstancias que habían rodeado dicho comportamiento para determinar si el paralelismo registrado en los precios era consecuencia natural de la estructura del mercado en el cual participaban o si definitivamente correspondía a un movimiento coordinado, conclusión a la cual se arribó luego de demostrar la ausencia de explicación económica de la conducta”. (<http://www.sic.gov.co/index.php?idcategoria=11550>).

El tratamiento por parte de los operadores competentes en relación a si los actos contenidos en el artículo 48 del decreto 2153 de 1992 son prohibiciones *per se* o si son acciones que admiten justificaciones económico-fácticas, han sido irregulares.

Los numerales primero y tercero no han sido relevantemente desarrollados en pronunciamientos administrativos o judiciales. No obstante, el numeral segundo (*“Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajarlos”*), sí ha sido objeto de pronunciamiento en varias Resoluciones en el seno de la Superintendencia de Industria y Comercio. A modo de ilustrar cómo ha sido desarrollado por la doctrina de la Entidad, se hace relevante presentar dos Resoluciones, la 8310 de marzo 28 de 2003 y la 16200 de junio 11 de 2003 (esta última, que resuelve el recurso de reposición de la anterior). En ambas, se manejó el caso utilizando la regla *per se*, aunque existen puntos dudosos en los que parecería aparecer la regla de la razón.

La Resolución 8310 de marzo 28 de 2003, en la que la Superintendencia optó aplicar un tratamiento *per se* al caso en el que la empresa Gabrica S.A. fijaba entre sus distribuidores una lista de precios que a pesar de llamarse *“sugeridos”* era de carácter vinculante, toda vez que en ella se indicaba el margen de comercialización que debían obtener los distribuidores, so pena de ser suspendidos los despachos de mercancías. La entidad aclaró que las actividades encaminadas a alterar la libertad de empresa respecto de las variables de su negocio son una infracción en sí misma considerada sin importar si hubo resultado y sin tener en cuenta la capacidad opresiva y el tamaño de los agentes²¹. Es de gran relevancia leer en palabras de la propia SIC lo que hasta aquí se ha expuesto: *“(…) En este contexto, el influenciar a una empresa con los propósitos indicados, constituye per se un comportamiento restrictivo de la libre competencia. No es preciso esperar un resultado y menos un detrimento o perjuicio para entender que existió una influencia anticompetitiva sobre los precios, basta con que tenga lugar el verbo rector “influenciar” orientado a alterar, variar o siquiera incidir en el parecer sobre el monto del precio que se pretendía cobrar por un determinado producto, ya para aumentarlo o disminuirlo (…). Para el caso analizado la acción se predica exclusivamente del sujeto activo, la norma no condiciona ni supedita su configuración a una respuesta positiva del influenciado, ni siquiera habla de una variación del mundo exterior. De haber sido esa la intención del legislador, habría señalado expresamente tal presupuesto como hiciera en otras disposiciones (…).”*

21 Superintendencia de Industria y Comercio - Resolución 8310 de 2003 (...) lo que se está reprimiendo con el numeral 2 del artículo 48 del decreto 2153, es que quien ejerza una actividad económica despliegue actividades orientadas a alterar el libre albedrío de una empresa, respecto del precio que está dispuesta a asignar a los bienes y servicios que ofrece. Debiendo advertir que la infracción ocurrirá, sin importar que se logre el resultado, ni el tamaño o el ascendente que el agente activo tenga sobre el pasivo. En efecto, la conducta de *“influenciar”* presupone alterar, variar o siquiera incidir en el parecer sobre el monto del precio que se pretendía cobrar por un determinado producto, ya para aumentarlo o disminuirlo”.

En concordancia con el acto administrativo anterior, encontramos la Resolución 16200 de 2003, que volvió a verificar el mismo caso referenciado. En tal oportunidad, la Superintendencia determinó que *“la influencia, en la manera que la contempla el numeral 2° del artículo 48, consiste en la conducta que se despliega con el ánimo de alterar o siquiera incidir en el parecer de otro, no para que fije un precio cualquiera sino para que aumente el que ya tiene o para que desista de su intención de rebajarlo, y que por las circunstancias que la preceden o que la rodean lleva implícito, cuando no explícito, un interés de quien la ejerce que permite vislumbrar una respuesta a la manera en que sea acogido”*. No obstante, en este punto se hace turbia la posición que claramente se expuso en Resolución 8310 de 2003 en la que se catalogaba como una ilegalidad *per se* la conducta de influencia, en tanto parece dar preponderancia al elemento subjetivo del verbo rector de la conducta (influenciar) en el entendido de que este debe contar con circunstancias que la precedan o rodeen y que faciliten derivar un ánimo de alterar o incidir en las decisiones de otro agente. El examen de dichas circunstancias, coligado a la necesidad de vislumbrar un ánimo específico (interés en que la exhortación se acoja), parecería darnos vía para afirmar con precisión que no se trata de un simple análisis *per se*, (no por la simple conducta se llega a una sanción) sino que por el contrario, hay que hacer una observación más honda que cimiente una condena. El apartado de la Resolución se hace más conflictivo cuando la entidad, a pesar de reiterar que la influencia es una mera conducta que no requiere un resultado (y por consiguiente sancionable en sí misma), declara que como el legislador no ha establecido un catálogo de conductas que se consideran como de influencia, se debe atender a las circunstancias y características particulares que rodean cada actuación, lo que indirectamente parece abogar por un análisis a la luz de la regla de la razón²².

La tensión traída a colación es ilustrativa toda vez que, en tratándose de un mismo caso (la Resolución principal y la que resuelve el recurso de reposición contra aquella), se nos permite ver claramente los vacíos que respecto de la aplicación de las reglas de análisis existen en la aplicación jurídica de las normas del derecho de la competencia. En un punto posterior, procederemos a sentar posición en relación a las falencias demostradas.

22 Superintendencia de Industria y Comercio - Resolución 16200 de 2003: “Para esta entidad, el numeral 2° del artículo 48 del citado decreto 2153 contiene un tipo de *“conducta”*, por lo que no precisa de un resultado específico para su configuración. Dado que las normas sobre libre competencia poseen un connotado carácter preventivo, sería un contrasentido tener que esperar a que se produzca un resultado nocivo para el mercado para poder adecuar la infracción, pues ello llevaría a que el Estado inerte, viera cómo se distorsiona al mercado sin poder intervenir, cuando se trata justamente de lograr lo contrario. Ahora bien, la ley no ha establecido un catálogo de comportamientos de influenciación, luego su análisis debe hacerse atendiendo las condiciones y circunstancias particulares que rodean cada actuación. Fue así como en el caso *sub examine*, pudo concluirse que el comportamiento ejercido por Gabrica resultaba idóneo para influenciar a la empresa denunciante, pues como se mencionó en el acto impugnado; *“la condición de importador exclusivo que tenía Gabrica y de proveedor de los mismos,^[16] le conferían una capacidad suficiente para incidir en las determinaciones de Concentrados del Norte, que de no acatar sus observaciones se vería expuesta a la negativa de venta, como en efecto sucedió”*.

ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

Continuando con el presente estudio, se hace relevante entrar a analizar si en efecto la prohibición de excederse en el ejercicio de la posición de dominio ha sido aplicada a través de la regla de análisis *per se* o de la razón.

La previsión inicial que se encuentra a lo largo de toda la producción administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio²³, y que debe introducirse de modo primigenio en el presente acápite, es la de que en Colombia la posición de dominio es una situación conforme a la Constitución Política y que en sí misma no comporta atentado al ordenamiento legal ni a los bienes jurídicos que este protege. Lo verdaderamente reprochable, nos dice la máxima autoridad en materia de derecho de la competencia, es el abuso que se ejerza de tal posición privilegiada en el mercado²⁴.

En el anterior sentido, será un abuso de posición dominante aquella situación en virtud de la cual el agente económico que ostenta la posición, influye o modifica de manera perdurable, relevante y unilateral, el precio, las cantidades o cualquier otra variable dentro del mercado relevante²⁵.

ANÁLISIS CASUÍSTICO

Habiendo precisado lo anterior, procederemos a analizar si la conducta descrita se ha de entender bajo en análisis de la regla *per se* o la regla de la razón:

Dentro del artículo 50 del decreto 2153 de 1992 hallamos consignadas una serie de tipificaciones que han sido tratadas de manera disímil dentro de la

23 Superintendencia de Industria y Comercio: ver entre otros:

- Concepto [96010728](#) del 29 de marzo de 1996.
- Concepto [01064306](#) del 28 de agosto de 2001.
- Concepto [02075830](#) del 8 de octubre de 2002.
- Concepto [02094210](#) del 3 de diciembre de 2002.
- Concepto [2113942](#) del 23 de enero de 2003.
- Concepto [03003172](#) del 30 de mayo de 2003.
- Concepto [08004718](#) del 3 de marzo de 2008.
- Resolución [2324](#) del 31 de octubre de 1994.
- Resolución [588](#) del 16 de enero de 2003.
- Resolución [16089](#) de junio 10 de 2003.

24 Superintendencia de Industria y Comercio - Resolución 588 de 16 de enero de 2003: “(...) la posición de dominio no es una circunstancia que por sí sola amerite reproche, pues lo que se proscribe es justamente el abuso de la misma (...)”.

25 Superintendencia de Industria y Comercio - Resolución 16089 de junio 10 de 2003.

Superintendencia de Industria y Comercio²⁶. En primera medida, respecto del numeral segundo (*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*), encontramos que el organismo de control competente ha aplicado la regla de la razón como modelo interpretativo de la conducta consignada.

El caso arquetípico en este punto concreto está contenido en la Resolución 588 proferida por la Superintendencia el 16 de enero de 2003, en la que se analiza el caso en el que la Cooperativa Colanta es denunciada por presuntamente ejercer todo tipo de presiones para que sus socios activos y potenciales remplazaran las diferentes marcas comerciales de alimentos balanceados para ganado por una marca propia. En el anterior documento, luego de hacer una exposición que dejó como conclusión que la Cooperativa Colanta tenía posición dominante en el mercado de acopio de leche fresca en el departamento de Antioquia, se analizó la conducta bajo estudio llegándose a los siguientes resultados:

- (i) Para que exista la discriminación que nos ocupa, es necesario que se presenten condiciones análogas entre los agentes que desarrollan las operaciones o actividades dentro de la industria o del comercio, lo que necesariamente implica que entre los consumidores o proveedores exista una relación de igualdad, o al menos semejanza, que indique que a pesar de ser personas distintas merecen un trato similar.
- (ii) Se señala que para determinar la similitud de las actividades o prestaciones se deberá observar, en relación a cada caso concreto, las identidades en las condiciones de tiempo, modo y lugar.
- (iii) Asimismo, se hace manifiesto que para que exista un acto de discriminación no basta con que se conceda un tratamiento diferente a los agentes en conflicto, sino que adicionalmente será menester acreditar que esa diferencia en el trato no responda a justificaciones razonables²⁷.

26 En el entendido adicional de que no todos los numerales del artículo analizado han sido objeto de pronunciamiento de la Superintendencia

27 Superintendencia de Industria y Comercio - Resolución 588 del 16 de enero de 2003: "(...) la base de la discriminación no [debe] estriba[r] en la concesión de tratamientos desiguales sino en la ausencia de motivos valederos para ello. (...) De modo que, toda discriminación presupone un trato desigual, pero no todo trato diferencial conlleva una discriminación; el punto determinante ha de buscarse en el por qué se actúa de una manera frente a una persona y de otro distinta, frente a otra, tratando de establecer si una y otra se encuentran en planos de equivalencia".

El escenario esbozado es un clásico ejemplo de la aplicación de la regla de la razón²⁸ ya que en efecto, aunque exista una conducta palmaria que representa una condición de discriminación, las justificaciones para tal diferenciación en los agentes se tienen como eximentes de responsabilidad ante la Agencia de Competencia²⁹.

En el caso anteriormente expuesto parece existir una posición medianamente fundada respecto de la aplicación de la regla de la razón en la usanza de la restricción. Sin embargo, y como se señaló en la introducción, no todos los supuestos fácticos contenidos en el artículo 50 del decreto 2153 de 1992 han sido tratados de igual manera por los operadores jurídicos colombianos³⁰. En relación a los numerales tercero (*la subordinación de suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio*) y quinto (*vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente a 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*), las autoridades han optado por hacer una aplicación *per se* de las prohibiciones. Coherentemente con lo afirmado, leemos en la Resolución 588 de 16 de enero de 2003 de la Superintendencia en referencia a las ventas atadas que “*Para [la] Entidad el objeto [de la prohibición contenida en el numeral quinto del artículo 50 del decreto 2153 de 1992] debe ser entendido como la potencialidad de una conducta para causar daño a un mercado, sin que sea necesario que el resultado esperado se produzca. Es decir, puede ser sancionada la conducta dirigida a afectar un mercado sin tener que esperar a que se produzca*”.

28 Que para efectos del capítulo en el que nos encontramos debe ser vista desde la consolidación que hizo de la regla la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Board of Trade of Chicago vs. United States of America* (1918): “La Corte debe usualmente considerar los hechos específicos al negocio sobre el cual aplica la restricción; así como su condición antes y después de la imposición de la restricción; la naturaleza de la misma y su efecto, actual o probable. La historia de la restricción, el supuesto problema; la razón para adoptar la restricción específica, el propósito o fin buscado, todos ellos son hechos relevantes”.

29 Superintendencia de Industria y Comercio - Resolución 588 del 16 de enero de 2003: “el Despacho concluye que la asignación del precio para los productores obedeció a los parámetros de calidad establecidos por Colanta y no a la adquisición del alimento concentrado. En consecuencia, no existe discriminación de parte de la empresa investigada cuando asigna precios disímiles a los productores de leche habida cuenta que las diferencias en el trato están fundadas en las calidades del producto ofrecido. Por consiguiente, no se está ubicando a un proveedor en situación desventajosa frente a otro de condiciones análogas, por cuanto las condiciones de uno y otro no son en esencia las mismas, y al no serlo justifican la aplicación de tratos particulares, acordes con sus condiciones.

Aún cuando la empresa investigada ostenta posición de dominio en el mercado relevante ya señalado, lo cierto es que no habría incurrido en las circunstancias constitutivas de abuso que fueron analizadas por este despacho. Por tanto y dado que la posición de dominio no es una circunstancia que por sí sola amerite reproche, pues lo que se proscribe es justamente el abuso de la misma, se tiene entonces que no hay lugar a responsabilidad de parte de Colanta frente a los hechos investigados”.

30 Nos referimos concretamente a la Superintendencia de Industria y Comercio (Resoluciones 588 de 16 de enero de 2003 y 16089 de junio 10 de 2003) y al Tribunal Superior de Cundinamarca (sentencia 250002324000200101029-01 del 29 de noviembre de 2007).

el daño”. Es claro entonces que en presencia de una conducta de esta categoría, hay lugar a una sanción independientemente de cualquier otra consideración que justifique o no justifique la imposición de un castigo.

En Resolución 16089 de junio 10 de 2003³¹, es vehemente la Superintendencia en afirmar que cuando quien ostenta la posición dominante supedita el suministro de un bien o servicio a la aceptación de condiciones adicionales a las de la naturaleza del negocio, no solo restringe la libre competencia sino que además, pone en marcha los mecanismos estatales de protección de los mercados³². En este sentido, “(...) *si las aspiraciones porque propenden las normas de competencia, como la libre escogencia por parte del consumidor o el libre acceso a los mercados, por ejemplo, resultan afectadas o simplemente anuladas como consecuencia directa del comportamiento de uno o varios partícipes del mercado, no hay necesidad de escudriñar en la mente de los infractores para saber si fue esa la intención que tuvieron, puesto que el simple resultado anticompetitivo deviene per se en ilegalidad*”.

Por su parte, el Tribunal Superior de Cundinamarca en sentencia 25000 2324000200101029-01 del 29 de noviembre de 2007³³, nos afirma que un agente económico no puede variar los precios de un lugar a otro debido a que tal actuación configura un abuso en la posición dominante³⁴. Consideramos que el presente

31 En la que se investiga a las Empresas Públicas de Medellín quienes, en abuso de su posición de dominio en el mercado de prestación de servicio de Internet banda ancha en el segmento residencial del área metropolitana de la ciudad de Medellín, exigían que como condición para prestar el servicio de internet se adquiriera un plan de televisión de fibra óptica.

32 Superintendencia de Industria y Comercio - Resolución 16089 de junio 10 de 2003: “(...) cuando quien ostenta posición de dominio subordina el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales a las de la naturaleza del negocio, está restringiendo la libre competencia y, por tanto, activa la función preventiva y correctiva que le corresponde a esta entidad como ente de supervisión”.

33 Referida a la diferenciación de precios en sectores diferentes de Colombia por parte de un agente productor de barquillos para helado (INDUGA S.A.) en la que se estableció que al variar notablemente los precios de una ciudad a otra, INDUGA S.A. está ejerciendo una conducta abusiva de dicha posición, puesto que se comercializan los productos a precios diferentes, lo cual no guarda ninguna relación con los costos de la transacción.

34 Tribunal Superior de Cundinamarca - Sentencia 250002324000200101029-01 del 29 de noviembre de 2007: “[el agente] no puede variar los precios de un lugar a otro, debido a que tal actitud se configuraría en un abuso a dicha posición, por razón de que esa empresa, por tener dominio de un mercado más extenso, puede compensar la baja de precios en una zona con la imposición de precios un poco mayores en otra, lo que de ninguna manera podría generar pérdidas a la misma”.

Así, nos dice el Tribunal que “a pesar de las condiciones del mercado en la ciudad de Barranquilla, no puede la sociedad Industria de Alimentos La galleta S.A. escudar la variación de precios en un menor precio, en el hecho de que prevalece el mercado de heladería informal y no la industrial, porque, si las empresas que comercializaban antes de la llegada de INDUGA S.A. lo hacían manteniendo sus precios y condiciones, estos no pueden variar por el hecho de la entrada al mercado de un nuevo competidor, en este caso, la sociedad demandante”.

caso es una demostración de la regla per se, en tanto se infiere de los hechos y argumentaciones jurídicas que, a pesar de que el Tribunal trata de tener en cuenta factores diferentes a la mera conducta discriminatoria como pueden ser los fletes, los costos locales, etc., no hay un verdadero análisis de los mismos como posibles justificantes de las acciones fiscalizadas sino que, por el contrario, se referencian en la providencia con el fin de excluirlos de las consideraciones de derecho.

El abuso de posición dominante, como conducta prohibida por el ordenamiento colombiano, tiene consignados otros supuestos fácticos en su articulado pertinente. No obstante, los mismos no han sido objeto de pronunciamiento por autoridades competentes por lo que es este el panorama en el que nos encontramos. De las tres situaciones ejemplificadas casuísticamente, hay dos que constituyen una ilegalidad per se y otro que se materializa como una conducta contraria al ordenamiento siempre que se demuestre que no existen razones que sustenten y justifiquen la acción.

Como colofón a este punto específico del escrito, debemos introducir Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera del 19 de noviembre 2009 en la que la magistratura estudió un caso subsumible en el numeral 2 del artículo 48 del decreto 2153 de 1992. En ella, nos dice el Consejo, que la conducta está constituida por el elemento subjetivo relacionado con el ejecutor y el elemento objetivo *“que no es otro, que el ejercicio de la actividad económica desplegada por una empresa, en la que sus actos vayan encaminados a alterar el libre albedrío de otra empresa, respecto del precio que está dispuesta a asignar a los productos y servicios que ofrece.*

En efecto, la conducta de “influnciar” presupone “incidir”, “sugerir”, esto es, “insinuar” o “inspirar” una idea, en el parecer de otro sobre el monto del precio que debe cobrarse al público consumidor por un determinado producto, bien sea para aumentarlo o disminuirlo”. Es manifiesto una consagración de responsabilidad objetiva.

INTEGRACIONES EMPRESARIALES

El tema concreto de las integraciones empresariales no será objeto de la presente disertación (que versará únicamente sobre los sistemas de análisis aplicables a las prohibiciones específicas contenidas en los artículos 47, 48 y 50 del decreto 2153 de 1992) en razón a que su régimen tiene ciertas particularidades que requerirían un análisis especial y diferenciado en tanto parece existir una tensa claridad acerca de la aplicación de la regla de la razón. Entre dichas justificaciones encontramos las siguientes:

1. Es medianamente clara la Superintendencia de Industria y Comercio cuando establece específicos lineamientos que particularizan la modalidad de integraciones empresariales como conducta contraria a la competencia. Una integración empresarial, en sí misma no reviste el carácter de anticompetitiva; en la determinación del mercado relevante y en los efectos del negocio jurídico –cualquiera sea su nombre– está el juicio de valor confiado a la Superintendencia. En el documento “El Control sobre las Integraciones Empresariales”³⁵ la Agencia de Competencia colombiana señaló lo siguiente: *“Una adecuada delimitación del mercado relevante, es el primer paso que le permite a las autoridades de competencia identificar los competidores reales de las empresas involucradas en la integración y, a partir de allí, determinar si habría o no poder de mercado de la empresa integrada. Una alta cuota de participación aunque es indicativa de un poder de mercado, no es determinante de su existencia, pues es preciso dilucidar si antes del mediano plazo pueden ingresar otros competidores para hacer frente a las decisiones de la resultante del proceso. En este sentido, si la resultante adquiere como consecuencia de la operación una cuota considerable del mercado, pero no existen barreras que impidan el ingreso de competidores, la integración no genera problemas para la competencia. Sin embargo, cuando el estudio de la operación pone en evidencia ambas situaciones, estaremos, por regla general, frente a una operación que tiende a restringir de manera indebida la competencia.*

Sin embargo, estos otros elementos en la valoración de las operaciones de integración, como lo son, entre otros, las barreras de entrada, la competencia potencial, la capacidad de reacción de los competidores, el poder de negociación de los consumidores o las importaciones, se basan, igualmente, en la definición del mercado relevante de producto; de ahí la necesidad de que las empresas que quieran involucrarse en procesos de integración tengan muy claro los lineamientos que desde hace varios años ha venido estableciendo la Superintendencia de Industria y Comercio, los cuales se basan, sustancialmente, en los mismos lineamientos establecidos por las autoridades de competencia de los Estados Unidos, de la Unión Europea y de Canadá”.

2. Existen en la Ley 1340 de 2009 ciertas características que hacen del régimen de integraciones empresariales un ordenamiento alejado de la regla *per se*. La primera de ellas es referirse a que el fundamento para una objeción a una integración sea una “indebida restricción a la competencia”. Esto requiere un examen que no admite afirmar que por el simple hecho de acaecer la integración surja una restricción de la competencia. Por el contrario, se necesitan razones objetivas derivadas de los hechos concretos que señalen la idoneidad de la

35 Extraído desde http://www.sic.gov.co/archivo_descarga.php?idcategoria=7109 el martes 10 de mayo de 2011.

objección. En concordancia con lo que se ha dicho, es menester mencionar que aunque el decreto 1302 de 1964 establece en su artículo 5 un par de casos en los cuales es justificable una desautorización de un negocio de concentración de participación en un mercado por vía de integración, la norma es un claro caso de presunciones de hecho que admiten prueba en contrario. Así, no hay lugar a una responsabilidad objetiva.

Por último, cabe introducir la excepción de eficiencia contenida en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 que permite a los interesados en la integración objetada demostrar que la operación comporta mayores beneficios para el mercado relevante que los posibles perjuicios que se puedan presentar por el negocio. Otorgar esta prerrogativa es un claro ejemplo de la aplicación del sistema de análisis de la razón.

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Para abordar el tópico propuesto en el presente capítulo consideramos de suma importancia partir de la noción que el propio derecho administrativo trae del denominado *derecho de policía*, entendido el mismo como aquella actividad administrativa que tiene por finalidad el mantenimiento del orden público. Dentro del gran género “*derecho de policía*” descrito, se encuentra la *función de policía*, la cual se resume en la competencia que se tiene para la aplicación de normas producto del poder de policía³⁶. La Corte Constitucional, en sentencia C-506 de 2002, al respecto ha determinado que “*De otro lado, la facultad sancionadora de la Administración también ha sido relacionada con la función de policía que constitucionalmente le compete. Esta función, que es distinta del poder de policía³⁷, supone el ejercicio de facultades asignadas al ejecutivo por el legislador, con miras a garantizar el orden público en sus diversas facetas (...) También la Corte ha relacionado la facultad sancionadora de la Administración con el poder y la función de policía:*

“La doctrina administrativa tradicional ha considerado la potestad sancionadora de la administración como una expresión del poder de policía, en cuya virtud el Estado tiene la atribución de regular el ejercicio de las libertades individuales con el fin de garantizar el orden público. La sanción viene a ser el instrumento coactivo para hacer cumplir la medida de policía³⁸.

36 Se entiende por poder de policía la facultad para expedir normas generales de policía en procura de una defensa en lo que se refiere a la preservación del orden público y los elementos que lo componen.

37 Sobre las diferencias entre el poder de policía y la función de policía, puede verse la sentencia C-366 de 1996, M.P. Julio César Ortiz.

38 *Ibidem*.

4. De cualquier manera, al margen de la justificación teórica de las potestades sancionadoras de la Administración, lo cierto es que nuestro sistema jurídico no ha sido ajeno al reconocimiento de las mismas, siendo ya tradicional el otorgamiento que el legislador hace al ejecutivo de atribuciones en ese sentido (...)"

No resulta discutible que, a la luz del régimen constitucional actualmente vigente en Colombia, y en especial, en relación con el artículo 333 de la Carta Política, la determinación de un régimen legal de promoción y protección de la competencia, constituye un elemento de interés general, altamente vinculado a la noción de orden público. En tal sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio, que según el ordenamiento vigente constituye la autoridad administrativa competente para la defensa de aquel conjunto de normas que gobiernan o rigen la materia en cuestión, en lo que respecta a la imposición de sanciones de carácter administrativo en relación con actuaciones que impliquen una transgresión a las mismas³⁹, ostenta lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado función de policía. En tal sentido, resulta de gran importancia estudiar los límites que, en procura de una defensa del Texto Fundamental, la Corte Constitucional ha impuesto para el ejercicio de tales facultades sancionatorias a las autoridades administrativas que hacen patente de ellas.

En relación con lo expuesto, procedemos a exponer los principales fallos del Supremo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional sobre el particular, los cuales se estudiarán en orden cronológico.

39 La sentencia C-506, julio 3 de 2002, al respecto determina: *"En efecto, la doctrina jus publicista afirma que la potestad sancionadora forma parte de las competencias de gestión que se atribuyen a la Administración: "si el órgano está facultado normativamente para imponer un mandato, o regular una conducta en servicio del interés público, su incumplimiento implica que ese órgano tiene la atribución para lograr la garantía del orden mediante la imposición de los castigos correspondientes". Esta justificación de la potestad sancionadora de la Administración, parece haber sido acogida por la jurisprudencia constitucional, como puede apreciarse en el siguiente aparte de la sentencia C-214 de 1994: "Así, se ha expresado, en forma reiterada, que i) la potestad sancionadora como potestad propia de la administración es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines, pues ii) permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia propende indudablemente a la realización de sus cometidos y iii) constituye un complemento de la potestad de mando, pues contribuye a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas (...).*

Ahora bien, la jurisprudencia también ha establecido diferencias sustanciales con base en los distintos fines que se persiguen en cada caso: la actividad sancionadora de la Administración persigue la realización de los principios constitucionales que gobiernan la función pública a los que alude el artículo 209 de la Carta (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad) (...)"

Sentencia C- 506, julio 3 de 2002

La sentencia en comento se refiere a la potestad sancionatoria del Estado en materia administrativa. En términos generales, se exponen márgenes de justificación teórica en relación con la potestad sancionatoria del Estado. Acto seguido se adentra el Tribunal en lo que respecta a la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionatorio, y para el efecto se limita a traer a colación la sentencia T-145 de 1993, en la que *“se estimó que la imposición de sanciones administrativas “de plano”, desconocía el derecho de defensa del sancionado”*. Al respecto determinó la Corporación en tal oportunidad que *“El Constituyente colombiano hizo extensivo el derecho al debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (CP 29). Las garantías mínimas del debido proceso penal son aplicables, con algunas atenuaciones, a las actuaciones administrativas sancionatorias. En materia sancionatoria de la administración, la estimación de los hechos y la interpretación de las normas son expresión directa de la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio legítimo debe sujetarse a los principios mínimos establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, entre ellos, los principios de legalidad, imparcialidad y publicidad, la proscripción de la responsabilidad objetiva –nulla poena sine culpa–, la presunción de inocencia, las reglas de la carga de la prueba, el derecho de defensa, la libertad probatoria, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho de contradicción, la prohibición del non bis in ídem y de la analogía in malam partem, entre otras (...)”*.

Sentencia C-616, agosto 6 de 2002

En el fallo bajo referencia la Corte Constitucional se examina al tema de la actividad sancionatoria de la administración, determinando de manera tajante que la responsabilidad objetiva en tales ámbitos únicamente admite una aceptación excepcional, por lo que la libertad de configuración legislativa en materia sancionadora debe responder a unos límites. Al respecto se ha establecido *“La imposición de sanciones por responsabilidad objetiva es de carácter excepcional en el régimen constitucional colombiano y se encuentra por ello sujeta a estrictos requisitos. En efecto, las sanciones por responsabilidad objetiva se ajustan a la Carta siempre y cuando (i) carezcan de la naturaleza de sanciones que la doctrina llama ‘rescisorias’, es decir, de sanciones que comprometen de manera específica el ejercicio de derechos y afectan de manera directa o indirecta a terceros; (ii) tengan un carácter meramente monetario; y (iii) sean de menor entidad en términos absolutos (tal como sucede en el caso de las sanciones de tránsito) o en términos relativos (tal como sucede en el régimen cambiario donde la sanción corresponde a un porcentaje del monto de la infracción o en el caso del decomiso en el que la afectación se limita exclusivamente a la propiedad sobre el bien cuya permanencia en el territorio es contraria a las normas aduaneras)”*.

Sentencia C-010, enero 23 de 2003

En sentencia C-010 de 2003, la Corte reiteró que “*en materia de sanciones administrativas se ha aceptado solo de manera excepcional, atendiendo a las especificidades de cada caso, la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva*”. En dicho pronunciamiento la Corte consideró que “*la exequibilidad de la responsabilidad objetiva en algunos campos del derecho sancionador debe ser objeto de estudio por parte de esta Corporación en cada caso de acuerdo con las características propias de la norma que se juzga, señalando que como la imposición de sanciones por responsabilidad objetiva es de carácter excepcional en el régimen constitucional colombiano (...)*”.

Sentencia C-530, julio 3 de 2003

En el fallo referenciado, la Corte Constitucional, una vez más se refiere al derecho sancionador del Estado y al debido proceso en temas de responsabilidad de tipo administrativo. Al respecto, determina la Corporación: “*Con todo, esa potestad sancionadora tiene límites, pues en múltiples oportunidades esta Corporación ha establecido que los principios del derecho penal –como forma paradigmática de control de la potestad punitiva– se aplican, con ciertos matices, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado. Por ejemplo, la Corte ha señalado que el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios del derecho penal se le aplican, mutatis mutandi⁴⁰, pues las garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se consagran para proteger los derechos fundamentales del individuo y para controlar la potestad sancionadora del Estado, por lo cual operan, con algunos matices, siempre que el Estado ejerza una función punitiva. Por ello la Constitución es clara en señalar que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (CP art. 29)*”.

De otra parte, determina la sentencia en comentario que, en relación específica a accidentes de tránsito “*Con todo, esta situación no podrá presentarse a menos que las autoridades hayan intentado, por todos los medios posibles, identificar y notificar al conductor, pues lo contrario implicaría no solo permitir que las autoridades evadan su obligación de identificar al real infractor, sino que haría responsable al propietario, a pesar de que no haya tenido ninguna participación en la infracción. Ello implicaría la aplicación de una forma de responsabilidad objetiva que, en el derecho sancionatorio está proscrita por nuestra Constitución (CP art. 29)*”. (La subraya es nuestra).

40 Ver, entre otras, las sentencias T-438/92, C-195/93, C-244/96 y C-280/96.

Sentencia C-595, julio 27 de 2010

En la providencia citada se trata el tema de la potestad sancionatoria del Estado, reiterándose la jurisprudencia que al respecto había sido admitida sobre el particular, indicándose, una vez más que la responsabilidad objetiva en un ámbito de sanciones administrativas únicamente es procedente en casos excepcionales.

Se concluye *grosso modo* de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con la responsabilidad objetiva para casos de sanciones de tipo administrativo, que la misma en principio está proscrita y serán excepcionalmente admisibles sanciones derivadas de ella, siempre que se atienda a criterios o parámetros muy claros que se deducen de la lectura del propio artículo 29 constitucional, lineamientos con los cuales se asegura la protección al derecho de defensa. Dentro de los elementos que esgrime el máximo Tribunal como aquellos imprescindibles para que sea constitucionalmente ajustada una sanción de tipo administrativo derivada de una responsabilidad objetiva, se destaca la necesidad de que la pena revista el carácter de menor entidad. Procedemos a continuación a ahondar sobre este asunto.

En primera medida, la Corte Constitucional es insistente en el hecho de que la procedencia de responsabilidad objetiva en materia administrativa sancionatoria requiere de la *menor entidad* que debe revestir la sanción. En relación con el concepto de menor entidad, hemos de advertir que el máximo Tribunal al que hasta ahora se ha hecho referencia, desarrolla tal noción asimilando su carácter al hecho de que con la imposición de los castigos no se afecten derechos fundamentales. Ergo, según el propio criterio de la Corte, es dable concluir que sanciones de menor entidad son aquellas que no implican limitación de libertades fundamentales, por lo que en tal clasificación deben categorizarse las sanciones de tipo pecuniario: “(...) respecto de la responsabilidad objetiva en materia sancionatoria cambiaria la Corte ha conservado intacta su línea jurisprudencial en sentido de admitir la responsabilidad objetiva excepcionalmente para ese caso, por lo cual no encuentra un motivo razonable alguno que justifique la modificación de la doctrina vertida en las mencionadas providencias, pues en las normas ahora en estudio se imponen sanciones solo de tipo económico que son de menor entidad y no afectan, por tanto, derechos fundamentales (...)”⁴¹.

Ahora, si bien bajo el criterio esbozado las sanciones previstas por violación al régimen de promoción y protección de la competencia en principio podrían ser catalogadas como de menor entidad por ser puramente económicas, y por lo mismo, sería admisible un régimen de responsabilidad objetiva, consideramos abiertamente

41 Corte Constitucional, sentencia C- 099 de 2003. En concordancia, ver sentencia C-010 de 2003.

que ello implica muchas veces un claro quebrantamiento del derecho de defensa consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política que solo puede derivarse de una lectura en cierto grado despreocupada de la jurisprudencia constitucional que ha sido emitida sobre el particular. El planteamiento anterior, tiene sustento en los siguientes argumentos:

En primer lugar, resulta importante estudiar qué se entiende etimológicamente por la expresión “menor entidad”. Pues bien, el Diccionario de la Real Academia Española define el término *menor* como “*Que es inferior a otra cosa en cantidad, intensidad o calidad*”; el término *entidad*, de otra parte, se refiere a “*De sustancia, de consideración, de valor*”. Por ello, este requisito determinado por la Corte Constitucional para que proceda un régimen de responsabilidad objetiva en materia de sanción de conductas contrarias a la libre competencia, puede resumirse en términos generales, en que la pena impuesta se valore o considere menor a otra en términos de intensidad. La intensidad de una pena, a nuestro juicio, se debe analizar a la luz del grado de afectación a bienes jurídicos que con la misma se genere. Así, el ejemplo típico de una sanción de mayor intensidad nos llevaría al escenario del derecho penal, donde con las penas impuestas entran a jugar derechos de gran envergadura como lo es la libertad. Sin embargo, consideramos que el ámbito de las sanciones de mayor entidad no debe ser un aspecto reservado absolutamente al derecho penal, al punto de asimilar, como en múltiples pronunciamientos lo ha hecho la jurisprudencia⁴², los delitos a hechos de gran ímpetu que requieren de condenas en consonancia con ello, y las contravenciones a lesiones de bajo vigor, por lo que, al menos en un presupuesto teórico, deben sancionarse con penas que no impliquen violación a derechos fundamentales, lo que se asimila a aspectos que revistan un carácter exclusivamente económico. La ecuación planteada nos lleva necesariamente a contrasentidos lógicos y a consecuencias inadmisibles dentro del marco constitucional colombiano, como lo es, la determinación de un régimen de responsabilidad absolutamente objetivo en cuestiones inherentes a la protección de la competencia. Con relación al primer punto, es decir a los contrasentidos lógicos, es importante hacer notar que si se considera que siempre que se hable de

42 A modo de ejemplo, es viable citar la sentencia C-506 de 2002, en la cual se ha determinado: “Además la decisión sancionatoria adoptada por la Administración está sujeta a control judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Ahora bien, la jurisprudencia también ha establecido diferencias sustanciales con base en los distintos fines que se persiguen en cada caso: la actividad sancionadora de la Administración persigue la realización de los principios constitucionales que gobiernan la función pública a los que alude el artículo 209 de la Carta (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), al paso que la actividad jurisdiccional en lo penal se orienta a la preservación de bienes sociales más amplios y a la consecución de fines de tipo retributivo, preventivo o resocializador.

En efecto, reiterada jurisprudencia ha afirmado que si bien tanto la actividad sancionadora en lo administrativo como el proceso penal son expresiones de la facultad punitiva del Estado, y en ambas deben respetarse las garantías del debido proceso, unas y otra persiguen fines diferentes; en especial, esta diferente teleología se ha puesto de presente en relación con la potestad disciplinaria de la Administración como expresión de la facultad administrativa sancionadora (...).”

afectación a derechos fundamentales nos encontraremos de frente con cuestiones penales, ¿Qué sucede con los delitos para los que únicamente está prevista la pena de multa, y no sanciones que impliquen privación de la libertad? ¿Deben entonces los mismos desaparecer del ordenamiento para castigarse vía otros regímenes? Cuestiones como las anteriores llevan a la necesidad de replantear la asimilación de sanciones de mayor entidad a cuestiones penales y la idea de subsidiariamente aplicar como de menor entidad las penas a cualquier otro tipo de transgresión, pues sin duda alguna, estas últimas también pueden implicar la violación de derechos fundamentales, incluso a veces mayores que en cuestiones penales, tal como a continuación pasamos a exponer.

En concordancia con lo hasta acá expuesto, consideramos que no debe descartarse de plano la posibilidad de que una sanción de tipo administrativo por violación al régimen de promoción y protección de la competencia revista la calidad de mayor entidad, pues con su imposición pueden implicarse muchas veces garantías fundamentales, si tenemos en cuenta la magnitud que tales castigos pueden alcanzar, en virtud del nuevo régimen aplicable a la materia⁴³. Así, con penas como las previstas en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, se pueden directamente afectar derechos tan básicos como la libertad de empresa. Incluso, haciendo un análisis comparativo entre el monto de las multas que puede alcanzar una sanción bajo este régimen, en comparación con aquellos delitos no sancionados con pena privativa de la libertad, sino una meramente pecuniaria, podríamos preguntarnos, ¿Qué justificaría entonces el tratamiento desigual de las conductas, limitando el derecho de defensa para la primera de ellas y no para la segunda, si los efectos en cuestiones de lesiones a bienes jurídicos protegidos es absolutamente asimilable dada la gran dimensión de las penas previstas por afectación al régimen de competencia en Colombia?

RÉGIMEN DE PRESUNCIONES EN EL SISTEMA LEGAL COLOMBIANO

Nos compete ahora entrar a analizar el régimen de presunciones de derecho en el sistema legal colombiano, con el fin de determinar en qué casos resulta admisible la sanción de una conducta bajo un régimen de responsabilidad objetiva.

Así las cosas, vale la pena advertir, que conforme a lo ya estudiado en el acápite precedente, es claro que, conforme al artículo 29 de la Constitución Política, la admisibilidad de responsabilidad objetiva, debe someterse a estrictos límites, que en relación con la capacidad sancionatoria del Estado, ya fueron estudiados con anterioridad.

43 Ver Ley 1340 de 2009, artículos 25 y 26.

Ahora bien, es de trascendencia trae a colación el artículo 66 del Código Civil colombiano, que con respecto al concepto de las presunciones determina “*Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias*”. (La subraya es nuestra).

Así, el artículo 66 del Código Civil colombiano, es un componente esencial en lo que respecta a la materialización del derecho al debido proceso en un ámbito legal, determinando con expresa claridad la validez en la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, siempre que sea la misma ley la que determine la existencia tales presunciones de derecho, no admitiéndose una simple referencia tácita para el efecto. En tal sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional, Tribunal que, como se observó, abiertamente determina que la responsabilidad objetiva se encuentra proscrita, siempre que no se asegure el cumplimiento de tales presupuestos.

Por lo expuesto, consideramos absolutamente apropiada la tesis del Doctor Gabriel Ibarra Pardo que en su texto titulado *¿Existen en Colombia prohibiciones “per se”?*, establece sin embargo, adviértase que las presunciones que no admiten prueba en contrario son las de derecho, las cuales deben estar consagradas de manera expresa en la ley.

*En este sentido se observa que los artículos 47, 48 y 50 no son verdaderas presunciones de derecho, pues nada dicen expresamente esas normas sobre el tema (...)*⁴⁴.

ANÁLISIS ETIMOLÓGICO DE LA EXPRESIÓN “CONSIDERAR” INCLUIDA EN EL ENUNCIADO DE LOS ARTÍCULOS 47 Y 48 DEL DECRETO 2153 DE 1992

Es importante de otra parte analizar el enunciado de los artículos 47 y 48 del decreto 2153 de 1992, los cuales respectivamente determinan: “*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 (...)*”; “*Para*

44 IBARRA PARDO, GABRIEL. Extraído el martes 10 de mayo de 2011 desde: <http://www.ibarraibarra.com/pdf/publicaciones/ExistenenColombiaprohibicionesperse.pdf>

el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos (...)". De la lectura de los mismos, vale la pena destacar, en un primer escenario, el significado y la etimología de la palabra *considerar* incluida en el texto de la norma.

Así las cosas, la expresión *considerar* según la Real Academia Española, se entiende como "*pensar, meditar, reflexionar algo con atención y cuidado*", teniendo además la acepción de "*juzgar o estimar*." El origen de la palabra, por su parte corresponde al latín *considerare*, que se refiere a "consultar en conjunto", de modo que se pueda augurar o predicar algo⁴⁵. De lo expuesto, es posible deducir en una primera instancia, por la semántica que se desprende de la estructura de su enunciado que, la norma hace referencia a situaciones que, estudiadas en conjunto, incluyendo en tal razonamiento todas las aristas o factores que contribuyen a su conformación, pueden constituir conductas contrarias a la libre competencia que deben ser sancionadas en razón, no de su naturaleza como acuerdos que se subsumen objetivamente en la ley, sino de su estimación como realmente perjudiciales por la autoridad competente, atendiendo al sistema normativo que constituye el ordenamiento aplicable al régimen de competencia en Colombia, y en especial al artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, en la cual se determinan los objetivos del mismo los cuales son (i) la libre participación de las empresas en el mercado (ii) el bienestar de los consumidores y (iii) la eficiencia económica.

Esto último, se reconoce expresamente en la Circular Única No. 10 de 2001 de la Superintendencia de Industria y Comercio, numeral 1.3 (Título VII), a través del cual se determinan precisiones sobre las normas de competencia. Se establece en la Circular aludida que "*Se debe indicar cómo se afecta el objetivo de las normas de competencia. Al respecto deberá precisarse:*

- Eficiencia de la cadena productiva del sector objeto del acuerdo;
- Libre escogencia y acceso a los mercados de los bienes y servicios ofrecidos por las diversas empresas que integran el sector, por parte de los consumidores;
- Que las empresas puedan participar libremente en los mercados de la cadena productiva del sector objeto del acuerdo;
- Existencia de variedad de precios y calidad de bienes y servicios; y
- Alternativamente, la cuantificación de los beneficios para el país que justifiquen la afectación de alguno de los objetivos antes enumerados".

En virtud de lo estudiado consideramos, una vez más, que no es acertado afirmar que las prohibiciones incluidas en el decreto 2153 de 1992, relativas a

45 Tomado de: <http://etimologias.dechile.net/?considerar>

actos, acuerdos y abuso de posición de dominio que afecten la libre competencia, constituyen presunciones de derecho que por lo mismo admitan la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva.

* * *

Se deriva de lo hasta acá expuesto que no es claro el criterio de aplicación de los sistemas de análisis derivados del derecho comparado en un ámbito local de solución de controversias a la luz de la legislación colombiana relativa a protección y promoción de la competencia. Los pronunciamientos de las autoridades y la doctrina no han sido unánimes ni coherentes al respecto. Sin embargo, no es difícil evidenciar una tendencia hacia la utilización de la regla *per se* por parte especialmente de la Superintendencia de Industria y Comercio. Según lo estudiado en los análisis que preceden la presente conclusión, consideramos que tal interpretación de las normas desconoce el marco constitucional y legal instaurado en procura de la protección al debido proceso, en virtud del cual se han establecido límites muy claros para la aplicación de regímenes de responsabilidad objetiva.

Finalmente, como se advirtió una interpretación en tal sentido también quebranta el espíritu mismo de los artículos 47 y 48 del decreto 2153 de 1992, por abiertamente desconocer la estructura etimológica de la expresión *considerar* incluida en el enunciado normativo de ambos.

BIBLIOGRAFÍA

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera - Sentencia de enero 28 de 2010.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera - Sentencia de noviembre 19 de 2009.

Corte Constitucional - Sentencia C-099 de 2003.

Corte Constitucional - Sentencia C-506 de 2002.

Corte Constitucional - Sentencia C-010 de 2003.

Corte Constitucional - Sentencia C-195 de 1993.

Corte Constitucional - Sentencia C-244 de 1996.

Corte Constitucional – Sentencia C-280 de 1996.

Corte Constitucional - Sentencia C-366 de 1996.

Corte Constitucional - Sentencia C-530 de 2003.

Corte Constitucional - Sentencia C-595 de 2010.

Corte Constitucional - Sentencia C-616 de 2002.

Corte Constitucional - Sentencia T-438 de 1992

Decreto 1302 de 1964.

Decreto 2153 de 1992.

IBARRA PARDO, G. Extraído el martes 10 de Mayo de 2011 desde: <http://www.ibarraibarra.com/pdf/publicaciones/ExistenenColombiaprohibicionesperse.pdf>

Ley 1340 de 2009.

Ley 155 de 1959.

MIRANDA LONDOÑO, A. (1992). “Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica”, ponencia en el marco del seminario *Hacia un nuevo régimen de promoción de la competencia*. Bogotá: extraído el martes 10 de mayo de 2011 desde: <http://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/ anotaciones-sobre-derecho-antimonopolistico-de-e-e-u-u-alfonso-miranda-londono.pdf>

MIRANDA LONDOÑO, A. (1997). “El Régimen General de la Libre Competencia - características principales”, ponencia en el marco del *Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial - formas de control, competencia empresarial y propiedad industrial*. Bogotá: Extraído el martes 10 de junio de 2011 desde <http://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/el-regimen-general-de-la-libre-competencia-alfonso-miranda-londono.pdf>

Superintendencia de Industria y Comercio - “El control sobre las integraciones empresariales” (extraído desde http://www.sic.gov.co/archivo_descarga.php?idcategoria=7109 el martes 10 de mayo de 2011.

Superintendencia de Industria y Comercio - Concepto 01081394 octubre 17 de 2001.

Superintendencia de Industria y Comercio - Concepto 013678 marzo 23 de 1993.

Superintendencia de Industria y Comercio - Concepto 10-151852 enero 28 de 2011.

Superintendencia de Industria y Comercio - Concepto 98065450 diciembre 1 de 1998.

Superintendencia de Industria y Comercio - Concepto 9829580 junio 9 de 1998.

Superintendencia de Industria y Comercio - Concepto 9829580 junio 9 de 1998.

Superintendencia de Industria y Comercio - Resolución 01055 enero 19 de 2009.

Superintendencia de Industria y Comercio - Resolución 0670 enero 29 de 2001.

Superintendencia de Industria y Comercio - Resolución 16089 junio 10 de 2003.

Superintendencia de Industria y Comercio - Resolución 16200 junio 11 de 2003.

Superintendencia de Industria y Comercio - Resolución 22625 septiembre 15 de 2005.

Superintendencia de Industria y Comercio - Resolución 29302 noviembre 2 de 2000.

Superintendencia de Industria y Comercio - Resolución 4946 febrero 2 de 2009.

Superintendencia de Industria y Comercio - Resolución 588 enero 16 de 2003.

Superintendencia de Industria y Comercio - Resolución 8310 marzo 28 de 2003.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sentencia de noviembre 27 de 2003.

Tribunal Superior de Cundinamarca - **Sentencia de noviembre 29 de 2007.**

United States Supreme Court: Arizona contra Maricopa County Medical Society contra Estados Unidos de América (1982).

United States Supreme Court: Board of Trade of Chicago contra Estados Unidos de América (1918).

United States Supreme Court: Estados Unidos de América contra Container Corporation of America (1969).

United States Supreme Court: Maple Flooring Manufacturers Association contra Estados Unidos de América (1936).

United States Supreme Court: Standard Oil Co. of New Jersey contra Estados Unidos de América (1910).

United States Supreme Court: Sugar Institute Inc. contra Estados Unidos de América (1936).

United States Supreme Court: White Motor Co. contra Estados Unidos de América (1963).