

El Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, centro de formación inicial y continua de administración de justicia, en los términos del artículo 177 de la Ley 270 de 1996, desarrolla anualmente el Plan de Formación de la Rama Judicial para el fortalecimiento permanente de las competencias cognitivas y humanas de los servidores judiciales.

La formación judicial, como parte de los procesos de apropiación social del conocimiento, es una construcción conjunta entre formadores, discentes y autores de los materiales académicos para fortalecer las capacidades y habilidades de los funcionarios y empleados judiciales, enfocada a la práctica judicial para brindar una administración de justicia adecuada, pronta y efectiva para los ciudadanos, de cara a la realidad social colombiana.

Los módulos de formación autodirigida son materiales académicos que están a disposición de la comunidad judicial para permitir la actualización permanente de los servidores judiciales y facilitar el cumplimiento misional en las diferentes áreas básicas y especializadas de las distintas jurisdicciones, con el apoyo invaluable de la Red de Formadores, bastión fundamental de la formación judicial.

Mary Lucero Novoa Moreno
Directora
Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Escuela Judicial
“Rodrigo Lara Bonilla”

Formación Básica

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO
PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Formación Básica

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

PLAN DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

MAX ALEJANDRO FLÓREZ RODRÍGUEZ
Presidente

DIANA ALEXANDRA REMOLINA BOTÍA
Vicepresidenta

GLORIA STELLA LÓPEZ JARAMILLO
MARTHA LUCÍA OLANO DE NOGUERA
ÉDGAR CARLOS SANABRIA MELO
JORGE LUIS TRUJILLO ALFARO
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

MARY LUCERO NOVOA MORENO
Directora



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
ESCUELA JUDICIAL "RODRIGO LARA BONILLA"

ISBN: 978-958-5570-12-2

© **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2019**

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No. 9A-24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia

Carrera 66 No. 24-09. Tel. 457 8000

www.imprenta.gov.co

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

CONTENIDO

Introducción	11
Sinopsis del autor: Marco Antonio Velilla Moreno	17
Definiciones generales	18

Unidad 1

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL	19
--	----

Capítulo 1

CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DE COMPETENCIA DESLEAL	19
--	----

1.1 Prohibición general de actos de competencia desleal.....	19
--	----

1.2 Los actos de competencia desleal	20
--	----

1.2.1 Actos de desviación de la clientela.....	20
--	----

1.2.2 Actos de desorganización.....	20
-------------------------------------	----

1.2.3 Inducción a la ruptura contractual	21
--	----

1.2.4 Actos de confusión.....	21
-------------------------------	----

1.2.5 Actos de engaño.....	21
----------------------------	----

1.2.6 Actos de descrédito.....	22
--------------------------------	----

1.2.7 Actos de comparación.....	22
---------------------------------	----

1.2.8 Actos de imitación.....	22
-------------------------------	----

1.2.9 Explotación de la reputación ajena.....	22
---	----

1.2.10 Pactos desleales de exclusividad.....	22
--	----

Capítulo 2

ACCIONES RELATIVAS A LA COMPETENCIA DESLEAL.....	22
--	----

2.1 Acción declarativa y de condena.....	23
--	----

2.2 Acción preventiva o de prohibición.....	23
---	----

2.3 Multas por competencia desleal.....	23
---	----

Unidad 2

EL DERECHO DE LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA 25

Capítulo 1

DIVERSAS CLASES DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS	25
1. Acuerdos contrarios a la libre competencia	26
1.1 Acuerdos contrarios a la libre competencia. Disposición general art.1º Ley 155 de 1959 (modificado por el Decreto 3307 de 1963 art. 1º).....	26
1.2 Acuerdos específicos.	27
1.3 Decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio.....	28
1.3.1 Cartel del arroz. Resolución 16562 del 14 de abril de 2015.....	28
1.3.2 Cartel de los cuadernos. Resolución 7897 de 2015.....	29
1.3.3 Cartel de los pañales.....	30
1.4 Jurisprudencia en materia de acuerdos restrictivos de la competencia...	33
2. Actos contrarios a la libre competencia.	33
2.1 Prohibición general.....	33
2.2 Actos contrarios a la libre competencia.	34
3. Abuso de posición dominante.....	34
3.1 Posición dominante.	35
3.2 Abuso de posición dominante.....	35
4. Integraciones anticompetitivas	36

Capítulo 2

LA IMPLEMENTACIÓN DEL CONTROL DEL MERCADO EN MATERIA DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS	38
1. La Superintendencia de Industria y Comercio, sus funciones e investigaciones.....	38
1.1 Aspectos preliminares.....	39
1.1.1 Régimen de promoción de la Competencia y Prácticas Comerciales Restrictivas	39
1.1.2 Autoridad encargada en la promoción y protección de la competencia en Colombia	39

1.2 Procedimiento en materia de prácticas restrictivas de la competencia....	40
1.2.1 Actuación previa	40
1.2.2 Fase de instrucción	40
1.2.3 Fase resolutive.....	41
2. Las visitas de inspección.....	41
 <u>Capítulo 3</u>	
LA PRUEBA.....	46
3.1 La prueba directa.....	46
3.2 Las pruebas indirectas.....	46
3.2.1 Pruebas indirectas de comunicación	47
3.2.2 Pruebas indirectas económicas.....	47
3.2.3 Interpretación de las pruebas económicas.....	48
3.2.4 La prueba indiciaria.....	48
3.2.5 El objeto de la prueba	49
4. Acciones de protección administrativas de la estructura del mercado....	49
4.1 Medidas cautelares.	49
4.2 Multas a los infractores.	50
 Unidad 3	
APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: LA RENOVACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	51
 <u>Capítulo 1</u>	
LOS ACTOS DEL PODER PÚBLICO SOMETIDOS AL DERECHO DE LA COMPETENCIA	52
1. La autoridad pública puede llegar a restringir la libre competencia.	53
2. La aplicación del derecho de la competencia a los actos administrativos en Colombia.....	57
2.1 Aplicación a los servicios públicos.	58
3. Aplicación a la contratación estatal.	61

4. Reglas de juego para la competencia entre operadores públicos, privados y mixtos.....	65
--	----

Capítulo 2

JURISPRUDENCIA SOBRE APLICACIÓN DE LA COMPETENCIA A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.....	65
1. Caso Adpostal.....	66
2. La noción de abuso automático de posición dominante.....	67
3. Otra jurisprudencia sobre el abuso de posición dominante.....	70

Unidad 4

LA COLUSIÓN EN LAS LICITACIONES PÚBLICAS.....	73
---	----

Capítulo 1

APROXIMACIÓN A LA COLUSIÓN COMO PRÁCTICA RESTRICTIVA.....	73
---	----

Capítulo 2

CASO GRUPO NULE.....	77
1. Caso Resolución 54695 de 2013.....	78
1.1 Sujetos investigados y sancionados	78
1.2 El mercado relevante.....	79
1.3 La conducta sancionada y la prueba de su ocurrencia.....	79
1.3.1 Ocultamiento de la situación del grupo empresarial	80
1.3.2 Presentación de dos propuestas supuestamente independientes....	81
1.3.3 El direccionamiento del Consorcio Supervisores Inter-ICBF 2007 por parte del Grupo Nule.....	82
2. Caso Resolución 54693 de 2013.....	84
2.1 Los sujetos investigados y sancionados	84
2.2 El mercado relevante	85
Conclusiones	85
Bibliografía	89

INTRODUCCIÓN

Definición y contenido interdisciplinario del Derecho de la Competencia

El derecho de la competencia es un tema polémico, lo que obedece a razones económicas y jurídicas. Requiere una lectura integral de estos dos aspectos y, en particular, “organizacional”, más que simplemente normativa. De esta manera, como lo dice M. Calays Auloy: “la clasificación tradicional fundada en la naturaleza de las normas jurídicas, debe ser combinada con una clasificación transversal más reciente, fundamentada en la función de las normas jurídicas”.

La competencia “es una realidad económica”, por lo tanto, no puede ser objeto de la imaginación ni del juez ni del funcionario de la Superintendencia de Industria y Comercio en una reflexión que no sea práctica. De una concepción teórica y general, los economistas han pasado a efectuar apreciaciones concretas y múltiples de situaciones de competencia, en las cuales describen las condiciones de mercado que son más o menos concurrenciales. Ella existe o está restringida en un mismo sector de mercado, en un territorio y tiempo determinado. En este mercado varios operadores buscan un mismo fin económico: la oferta de productos o servicios que satisfagan las necesidades iguales o similares, así como la conquista y conservación de la clientela de ese mercado.

La empresa, no importa su tamaño, industrial o artesanal, pública, privada o mixta, está sometida a las normas de competencia. Esta competencia es la expresión de la economía de mercado que reposa sobre el sistema de oferta y de demanda, esta supone que los operadores disponen de un cierto margen de libertad.

La Constitución económica y el derecho de la libertad económica

El derecho de la competencia surge de la Carta Política en su artículo 333 donde consagra la libertad económica. Esta tiene un doble contenido que es el de la libertad de empresa o fundamento de la actividad particular y de los derechos inherentes a ella, que puede hacerse valer frente a la intervención del Estado cuando este pretenda reglamentarla en exceso; y la libre competencia, o sea el derecho a competir con otro sin ser discriminado, lo que naturalmente conduce a limitar las condiciones en las que las personas

públicas, privadas y mixtas pueden participar en la actividad económica sin desnaturalizar la competencia. La Constitución económica consagra ciertas restricciones legítimas a la competencia como el establecimiento de monopolios de derecho (art 336 C.P), o como vimos en materia de propiedad intelectual, el reconocimiento de marcas, patentes y demás derechos de la propiedad industrial.

Desde el punto de vista económico, la competencia no ha cesado de evolucionar y sus fundamentos continúan siendo muy frágiles, porque partió –como más tarde lo denominaría Chamberlin– de “una competencia perfecta” por oposición a la competencia monopolística, pasando por una “competencia imperfecta” entre otros con J. Robison, el “empresario innovador” de Shumpeter, hasta llegar a la “competencia practicable” como lo resume J. M. Clark. La competencia perfecta es un estado teórico en el cual existen mercados donde los agentes están en igualdad de fuerza, de tamaño y de medios (atomicidad de los centros de decisión) para la fabricación de productos homogéneos en cualquier empresa. En contraste, con la imperfecta, la cual tiene en cuenta las condiciones reales en las cuales las empresas, por razones diversas, no se encuentran en situaciones de igualdad y se contempla la existencia de diversos estados de competencia (competencia oligopolística o molecular, libre competencia, etc.). Por consiguiente, la competencia practicable es la que parece a la vez deseable y posible en consideración con el mercado en causa.

Desde el punto de vista jurídico ha ocurrido algo similar, y la competencia recoge las tendencias renovadoras del Estado y del correspondiente tránsito que se observa del “Estado de Bienestar” al “Estado Social de Derecho”, e incluso en algunos países al denominado “Estado subsidiario”.

La noción de competencia puede ser entendida en un sentido amplio o en uno restringido. Por competencia en la perspectiva económica podemos entender según Paul Didier *“aquel enfrentamiento entre empresas mediante el cual una de estas busca mejorar su participación en un mercado, frecuentemente en detrimento de las otras”*, de tal manera que cada empresa expuesta a perder partes del mercado, se ve motivada a realizar el mejor empleo de los recursos que posee, así como a proponer los precios más atractivos que le sea posible a los potenciales compradores.

Unidad del derecho de la competencia

Con esta evolución de las estructuras económicas y el surgimiento de grandes grupos económicos en el marco de una producción y distribución masiva, aparece la necesidad de luchar contra aquellos comportamientos

que tienden a falsear, a restringir o a suprimir la competencia; cuando las empresas celebran acuerdos para limitar el derecho al mercado, convienen las condiciones de la producción, o se reparten los mercados en detrimento de los consumidores y del equilibrio económico general. El Estado debe intervenir para reprimir las prácticas restrictivas de la competencia, buscando que se mantenga una competencia que sea suficiente y eficaz, porque la competencia no es un fin en sí misma, sino un mejor medio para obtener los objetivos económicos y sociales deseables.

En consecuencia, lo que se encuentra en juego en este caso no es el ejercicio de la competencia, sino su existencia, y el interés va más allá de la protección de los intereses particulares de los competidores (lo que protege la normatividad sobre competencia desleal), para tener en consideración el interés general y el de los consumidores que se estima ligados a la existencia de la competencia y a su efectividad. Las sanciones de esas prácticas restrictivas de la competencia se derivan de cierta manera de un orden público económico, este protege el Gobierno nacional, a través de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), y a cuyas decisiones, le efectúa el control de legalidad, la Sección Primera del Consejo de Estado.

Características del derecho de la competencia

El derecho de la competencia se caracteriza, en primer lugar, porque incorpora un modo de pensamiento especialmente económico. Además, porque es un derecho flexible, muy adaptable, este busca la eficacia para el restablecimiento del funcionamiento del mercado. Otra de sus características es que contiene términos indeterminados en derecho, pero resultan determinables en cada situación concreta a la luz del examen económico del mercado como abuso de posición dominante. Esta situación es manifiestamente anormal, parte sustancial del mercado, atentado a la competencia, entre otras. Es caso por caso, y a partir de la emergencia factual que se desarrolla la doctrina y la jurisprudencia en materia de competencia.

Nos referimos a la necesidad de observar la competencia y su normatividad desde una perspectiva unitaria. En otras palabras, en este debate se puede pasar de analizar las prácticas restrictivas de la competencia relacionadas con la estructura del mercado y más propias del derecho administrativo, a las normas sobre competencia desleal, que protegen los intereses de los empresarios que están autorizados para competir en un mismo sector del mercado por la creación y conservación de una clientela, esto nos permite concretar los principios de responsabilidad y teoría de los contratos del derecho privado.

En síntesis, una infracción a la ley de competencia desleal puede constituir también una práctica restrictiva de la competencia y afectar el mercado en su conjunto. Esto nos debe conducir a la comprensión de la unidad profunda del derecho de la competencia y su especial naturaleza organizacional como instrumento del derecho del mercado, para proteger al consumidor –último eslabón de la cadena, destinatario y razón de ser de todo el circuito económico–.

En su momento la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con fecha 24 de mayo de 1989 con ponencia del doctor Jaime Paredes Tamayo con fundamento en la Ley 155 de 1959 observó con claridad la autonomía, independencia y características de cada régimen, pero también su íntima interdependencia. Además señaló el doctor Paredes Tamayo cuando aún no se habían desarrollado las principales normas sobre competencia desleal y prácticas restrictivas del comercio lo siguiente:

“El perjuicio del consumidor y del productor de materias primas sugiere otro criterio distintivo de prácticas comerciales restrictivas, mientras que el perjuicio del competidor sugiere un criterio distintivo de cláusulas de las prácticas de competencia desleal.

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

Las normas sobre competencia desleal buscan que la lucha por la clientela solo se desarrolle por medios leales. En consecuencia, un acto de competencia desleal es el que no hubiera cometido un comerciante medianamente honesto. El profesor Roubier trae el concepto de competencia ilegal, el cual consistiría en que la actividad debe desarrollarse de conformidad con leyes y reglamentos que establecen ciertos monopolios o exclusividades, o requisitos que señalan ciertas condiciones estatutarias para el ejercicio de una profesión, en consecuencia si se ejerce sin el diploma o la autorización legal correspondiente, o por ejemplo si un comerciante no consigue todas las autorizaciones necesarias para abrir su negocio, estaría incurriendo en una competencia ilegal.

También el profesor Roubier se refiere a la competencia prohibida, es aquella que no se encuentra autorizada ni es objeto de restricciones formales impuestas por la ley o por el contrato. Si se utilizan procedimientos prohibidos por la ley se estaría incurriendo en una competencia prohibida,

mientras que si se emplean procedimientos que no son por la ley, se estaría incurriendo en competencia desleal.

Diferencia entre prácticas restrictivas y competencia desleal

CRITERIOS DE DIFERENCIACIÓN	COMPETENCIA DESLEAL	PRÁCTICAS RESTRICTIVAS A LA COMPETENCIA
Bien jurídico protegido	Competidores	Consumidores y Competidores (interés general)
Autoridad y procedimiento	Superintendencia de Industria y Comercio y Jurisdicción ordinaria	Superintendencia de Industria y Comercio y otras autoridades para regímenes especiales
Legitimación	Amenazado, afectado, Procurador, Asociaciones o Corporaciones profesionales y gremiales o de consumidores	Cualquier persona o aún de oficio
Sanciones	Detener práctica e indemnización de perjuicios	Detener práctica e imponer multa

La normatividad aplicable al Derecho de la Competencia

Sin duda alguna que la Ley 155 de 1959 –inspirada en particular por el senador Hernando Agudelo Villa– constituyó un avance extraordinario para su tiempo, pero dio un mismo tratamiento a las prácticas restrictivas de la competencia y a los actos de competencia desleal. Ella prohibía todos los acuerdos o convenios, prácticas, procedimientos o sistemas que de alguna manera tuvieran como objeto o como efecto, perturbar el funcionamiento normal del mercado, limitar la libre competencia y mantener precios inequitativos.

Aquella norma ya establecía controles para las fusiones, consolidaciones o integraciones y, en general, el control de las empresas que pudieran producir una indebida restricción de la competencia. La Ley 155 de 1959 ya establecía que las empresas comerciales no podían emplear prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a monopolizar la distribución ni ejecutar actos de competencia desleal en perjuicio de otros comerciantes. Efectuaba una relación de los actos que se consideraban como desleales en la competencia y señalaba que se podía acudir a la jurisdicción ordinaria para reclamar los perjuicios correspondientes.

El Código de Comercio de 1971 consagró un capítulo completo acerca de las prácticas que constituían competencia desleal, así también en los artículos

75, 76, 77, 975 y 976 se ocupaba del tema. Aunque cuando se expidió la Ley especial de competencia desleal 256 de enero 15 de 1996 “mediante la cual se dictan normas sobre competencia desleal”, quedaron derogadas todas estas disposiciones.

El Decreto 2153 de 1992, por medio del cual se reestructuró la Superintendencia de Industria y Comercio, trató de adecuar la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio a la Carta Política de 1991. Finalmente, con la Ley 1340 de 2009 sobre prácticas restrictivas del comercio, se precisó la autoridad competente en materia de protección de la competencia, con el procedimiento aplicable, pero según algunos términos introduciendo cambios en normas sustanciales y en el procedimiento administrativo a seguir.

SINÓPSIS DEL AUTOR

Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana, con especialización de derecho civil-comercial de la misma institución y maestrías en derecho civil (Universidad de París II) y derecho económico (Universidad de Orleans en Francia). Creó el primer departamento de derecho económico y de los negocios en la Universidad Externado de Colombia, y fue su primer director.

Ha sido profesor de posgrado en veintisiete (27) universidades colombianas, y dirige la colección de derecho económico y de los negocios dedicada entre otros temas a la propiedad intelectual y el derecho de la competencia, es miembro correspondiente de la Academia Colombiana de la Lengua y profesor invitado de varias universidades extranjeras.

Ha ejercido la profesión de abogado durante 38 años, en derecho económico, administrativo y privado. Fue Magistrado de la Sección Primera del Consejo de Estado entre el 7 de julio de 2007 y el 7 de julio de 2015.

Magistrado ponente de la histórica Sentencia que dio vía legal a la recuperación del emblemático río Bogotá. Ha sido un reconocido defensor del Medio Ambiente, con disertaciones sobre “El Papel del Juez en el Medio Ambiente” y “El daño Ambiental desde el punto de vista Fiscal”, con las cuales, fue invitado a hacer la conferencia inaugural de dos Congresos Mundiales de Derecho Ambiental. Uno de ellos contó con la participación de las Cortes Supremas de Justicia y Consejo de Estado de 33 países, organizado por la Altas Jurisdicciones Administrativas, creada por el Consejo de Estado Francés, que presidió durante cuatro años, conformado por 64 países de los cinco continentes.

DEFINICIONES GENERALES

El artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 trae las diferentes definiciones:

a. Acuerdo: Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.

b. Acto: Todo comportamiento de quienes ejerzan una autoridad económica.

c. Conducta: Todo acto o acuerdo

d. Control: Posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.

e. Posición dominante: La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.

f. Producto: Todo bien o servicio

Normatividad

Artículo 333, 336, Constitución Política de Colombia

Ley 155 de 1959

Ley 256 de 1996

Decreto 2153 de 1992

Ley 1340 de 2009.

Unidad 1

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Si bien el principio es el de la libre competencia, y en consecuencia es posible y además lícito buscar la clientela de otro, dicha libertad no es absoluta. Los competidores en el mercado deben respetar los usos y costumbres del comercio, y no valerse de procedimientos desleales. Colombia expidió la Ley 256 de 1996 que en su artículo 1º señala “...que tiene por objeto garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado”.

En cuanto a su ámbito de aplicación, el artículo 2º señala que el ámbito objetivo de aplicación son los comportamientos que se realicen en el mercado con fines concurrenciales (según esta disposición se presume cuando es objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado). El artículo 3º precisa que el ámbito subjetivo de aplicación son los comerciantes y los participantes en el mercado; mientras que el artículo 4º circunscribe el ámbito de aplicación territorial a aquellos actos de competencia desleal, cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el territorio colombiano.

CAPÍTULO 1

CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DE COMPETENCIA DESLEAL

1.1 PROHIBICIÓN GENERAL DE ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

En razón de la evolución de los medios de la competencia es imposible para el legislador prever todas las conductas que puedan constituir conductas desleales y procedimientos incorrectos para cautivar la clientela de otras empresas. Por esta razón se creó una prohibición general que trae el artículo

7º de la Ley 256 de 1996, proscribe todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales y que sea contrario a las buenas costumbres mercantiles, la buena fe comercial, los usos honestos en materia industrial y comercial, o cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor o el funcionamiento concurrencial del mercado.

1.2 LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

Los actos constitutivos de competencia desleal son numerosos y diversos.

1.2.1 ACTOS DE DESVIACIÓN DE LA CLIENTELA

Según el artículo 8º de la Ley 256 de 1996 toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial y comercial.

1.2.2 ACTOS DE DESORGANIZACIÓN

Según el artículo 9º de la Ley 256 de 1996 son las conductas que tengan por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno.

Que pueden ser:

- **Desorganización de la producción.** Por ejemplo, mediante la divulgación, sin autorización del titular de secretos industriales o de cualquier otra clase de secretos a los que haya tenido acceso legítimamente.
- **Desorganización de la comercialización.** Sería el caso de la supresión de la publicidad; desviación de pedidos, desviación de listas y ficheros (bases de datos; o la celebración de acuerdos contra un competidor.
- **Desorganización general del mercado.** Según el artículo 18 mediante la violación de normas, se obtiene una ventaja competitiva. La ventaja debe ser significativa. Por ejemplo, si el empresario utiliza mano de obra ilegal para vender a bajos precios; o cuando se ejerce una actividad profesional sin tener la autorización para ello (por ejemplo, un abogado que no tiene tarjeta profesional y lleva procesos judiciales).

1.2.3 INDUCCIÓN A LA RUPTURA CONTRACTUAL

Según el artículo 17 de la Ley 256 de 1996 se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores (conducta calificada).

1.2.4 ACTOS DE CONFUSIÓN

Toda conducta que tenga por objeto o por efecto crear confusión con la actividad las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno.

Puede haber actos de confusión sobre los signos distintivos como sería el caso de que se busque generar confusión sobre los signos distintivos designando la empresa (nombre, denominación social, enseña) o sobre los signos distintivos que distinguen los productos o servicios (las marcas, las denominaciones de origen, revistas o periódicos).

También puede haber actos de confusión sobre la presentación de los productos como sería cuando se trata de generar confusión sobre los empaques, los catálogos, las etiquetas.

Existe la posibilidad de que se trate de generar confusión sobre la publicidad con respecto a lo cual es necesario analizar la protección de la publicidad y derecho de marca, la protección del eslogan publicitario por el derecho de dibujos y modelos y su protección publicitario por parte del derecho de autor.

Una segunda categoría sería la de aquellos actos que tratan de generar confusión sobre la presentación de un establecimiento. En este caso se presume desleal la utilización o difusión de aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir en error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno, así como sobre la naturaleza o modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad en los productos.

1.2.5 ACTOS DE ENGAÑO

Según el artículo 11 de la Ley 256 de 1996 toda conducta que tenga por objeto o por efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos

1.2.6 ACTOS DE DESCRÉDITO

Según el artículo 12 de la Ley 256 de 1996 señala que la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean verdaderas, exactas y pertinentes.

1.2.7 ACTOS DE COMPARACIÓN

Según el artículo 13 de la Ley 256 de 1996 la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o los establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas. Así mismo, se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos ni comparables.

1.2.8 ACTOS DE IMITACIÓN

Según el artículo 14 de la Ley 256 de 1996 la libertad de imitación debe ejercerse dentro de ciertos límites (es desleal la imitación sistemática o encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado).

1.2.9 EXPLOTACIÓN DE LA REPUTACIÓN AJENA

Con base en el artículo 15 de la Ley 256 de 1996 el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado (propiedad industrial más competencia desleal).

1.2.10 PACTOS DESLEALES DE EXCLUSIVIDAD

El artículo 19 de la Ley 256 de 1996 establece que se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas que tengan como objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras estas sean de los entes territoriales.

CAPÍTULO 2

ACCIONES RELATIVAS A LA COMPETENCIA DESLEAL

En las demandas por competencia desleal se pretende tanto detener la práctica desleal que se está ejecutando como el resarcimiento de los perjuicios

ocasionados por los actos y conductas desleales. El Capítulo III bajo el título de acciones derivadas de la competencia desleal en el artículo 20 de la Ley 256 de 1996 establece que contra los actos de competencia desleal podrán interponerse dos clases de acciones:

2.1 ACCIÓN DECLARATIVA Y DE CONDENA

El afectado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y, en consecuencia, se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante. El demandante podrá solicitar en cualquier momento del proceso, que se practiquen las medidas cautelares consagradas en el artículo 33 de la Ley 256 de 1996

2.2 ACCIÓN PREVENTIVA O DE PROHIBICIÓN

La persona que piense que puede resultar afectada por actos de competencia desleal tendrá acción para solicitar al juez que evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba, aunque no se haya producido daño alguno.

2.3 MULTAS POR COMPETENCIA DESLEAL

De conformidad con el artículo 11, numeral 5, derogado por el artículo 29 del Decreto 4886 de 2011, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia tiene funciones especiales para imponer a las personas que ejerzan profesionalmente el comercio, sin estar matriculadas en el registro mercantil, multas hasta el equivalente de diecisiete (17) salarios mínimos mensuales legales vigentes en el momento de la imposición de la multa.

Unidad 2

EL DERECHO DE LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

La competencia y el libre funcionamiento del mercado pueden ser afectados por el comportamiento de los operadores económicos que usan la libertad de competencia para incurrir en prácticas restrictivas de la competencia.

Estas disposiciones sobre prácticas restrictivas de la competencia y de las normas aplicables a las concentraciones económicas, es muy frecuente que introduzcan apreciaciones de carácter económico, y que su análisis sea influenciado por la política económica, en el deseo de asegurar un cierto orden público económico.

CAPÍTULO 1

DIVERSAS CLASES DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS

Tratándose de prácticas restrictivas no se trata de luchar contra las conductas y actos agresivos de los competidores como en la competencia desleal, sino contra los comportamientos de las empresas que al contrario buscan el adormecimiento de la competencia, el endulzamiento de la lucha concurrencial o la supresión de ella (acuerdo para alineación de precios, repartición de mercados, entre otras conductas). Se trata de combatir los comportamientos que tratan de atenuar, falsear e impedir el juego de la competencia en detrimento de otras empresas y del interés general.

Los acuerdos entre competidores que tengan por objeto o como efecto la fijación de precios, el reparto de los mercados o las prácticas concertadas constituyen las formas más corrientes de violación del derecho de la competencia que deben ser severamente sancionadas. En los casos de colusión

lo más importante es probar que ha existido efectivamente un acuerdo, pero para ello, puede resultar difícil obtener una prueba que demuestre directamente el hecho. Las empresas que coluden lo hacen secretamente.

Se entiende por prácticas restrictivas de la competencia todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, práctica concertada, o explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia.

Las prácticas anticompetitivas o prácticas anticoncurrenciales se refieren a los daños a los intereses generales de la competencia, estos pueden llegar a tener impacto en el mercado relevante de que se trate. Estas prácticas están prohibidas o limitadas por las leyes sobre la competencia.

El artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 trae las diferentes definiciones:

a. Acuerdo: Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.

b. Acto: Todo comportamiento de quienes ejerzan una autoridad económica.

c. Conducta: Todo acto o acuerdo

d. Control: Posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa

e. Posición Dominante: La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado

f. Producto: Todo bien o servicio

1. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA

1.1. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA.

DISPOSICIÓN GENERAL ART. 1º LEY 155 DE 1959

(MODIFICADO POR EL DECRETO 3307 DE 1963 ART. 1º)

Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o

extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

En términos generales puede decirse que son acuerdos restrictivos de la competencia algunos como los siguientes: fijación de precios, discriminación, repartición de mercados, asignación de cuotas, limitación de materias primas, limitación de desarrollos técnicos, ventas atadas, acuerdos de no producir, colusión en licitaciones públicas.

La Superintendencia de Industria y Comercio ha sancionado ejemplarmente acuerdos restrictivos de la competencia como en sectores como el azúcar, los pañales, el cemento, el arroz, infraestructura, alimentos, papel higiénico, cuadernos, las agencias de modelaje, entre otras.

1.2. ACUERDOS ESPECÍFICOS

Los acuerdos señalados en el Decreto 2153 de 1992 (artículo 47) como contrarios a la libre competencia y que la Superintendencia de Industria y Comercio puede sancionar son los siguientes:

- Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.
- Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.
- Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o distribuidores.
- Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.
- Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.
- Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos.
- Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones

adicionales que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.

- Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.
- Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

1.3. DECISIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

1.3.1. CARTEL DEL ARROZ. RESOLUCIÓN 16562 DEL 14 DE ABRIL DE 2015

La Superintendencia se pronunció sobre prohibición general e influencia de precios. En principio las empresas investigadas fueron Molinos Roa S. A., Molino Flor Huila S. A., Arroz Diana S. A., Unión de Arroceros S. A. y Procesadora de Arroz Ltda.

Finalmente, las sociedades sancionadas fueron Molinos Roa S. A. y Molinos Florhuila S. A. Actualmente, Organización Roa Florhuila S. A. (marcas involucradas Arroz Roa y Arroz Florhuila). Se establece una sanción de \$32.217.500.000 para la Organización Roa Florhuila S. A., distribuida de la siguiente manera: \$27.062.700.000 para Molinos Roa S. A. y \$ 5.154.800 para Molinos Florhuila.

Aspectos probatorios destacados: Realizaron reuniones con el equipo de ventas, en este caso concreto con la regional del sur del país; se hizo retención de beneficios económicos; se impusieron sanciones a distribuidores; se crearon acuerdos proforma para estandarizar; se establecieron políticas de precios, así como se comprobaron las restricciones al libre desarrollo de la competencia.

Normatividad aplicada: Decreto 2153 de 1992, artículo 2º numeral 1; Decreto 4886 de 2011, artículo 3º numeral 6; Ley 1340 de 2009, artículos 4 y 6.

Pruebas relevantes halladas: Correos electrónicos que demuestran las reuniones realizadas; se practicó el interrogatorio de parte a los directivos de la organización y a la Directora de Ventas Bogotá y de las cadenas;

se estableció que existieron formatos de acuerdos de precio (Proformas) impuestos por la organización. Que se establecía que eran inmodificables y se encontraban firmados por las directivas. Por otra parte, existió una identidad en los precios de compra del arroz Paddy Verde. Se comprobó que existieron comités de compra con identidad en los movimientos (tiempo y valor de compra).

Normatividad violada: El numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 1992 es del siguiente tenor:

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

1. Los que tengan por objeto o tengan por efecto la fijación directa o indirecta de precios”.

Se concluyó que la simetría en los precios, los tiempos y movimientos uniformes son atribuibles a una coordinación deliberada de las empresas investigadas, pues no existe ninguna clase de racionalidad económica que permita pensar en forma diferente.

1.3.2. CARTEL DE LOS CUADERNOS. RESOLUCIÓN 7897 DE 2015

Se inició mediante una averiguación preliminar con la finalidad de determinar si existe evidencia sobre presuntas prácticas restrictivas de la competencia ejecutadas por Carvajal y Kimberly (Scribe) y otras empresas en el mercado de los producción, distribución y comercialización de cuadernos de escritura. La Superintendencia de Industria y Comercio concluye que existió un 30% de sobreprecio o precio artificial formado por el acuerdo entre competidores. Impuso una sanción de \$ 70.000 millones.

Pruebas relevantes: En este caso se presentó solicitud de beneficio de cooperación con la autoridad (artículo 14 de la Ley 1340 de 2009). Se aportaron pruebas documentales y la declaración de varias personas con relación a conductas anticompetitivas. Se realizaron sendas visitas de inspección a Scribe Colombia S. A. S., D’Vinni S. A., Kimberly, Carvajal Educación S. A. S., Fabrifolder S. A. S. y Club de Ejecutivos del Valle del Cauca.

Pruebas practicadas. Se aportaron correos electrónicos, testimonios, declaraciones libres y juramentadas

1.3.3. CARTEL DE LOS PAÑALES

La Superintendencia de Industria y Comercio mediante la Resolución 13266923 investigó a Kimberly Colpapel. “Kimberly”, Tecnoquímica S. A. “Tecnoquímicas”, Productos Familia S. A. “Familia” y Dripers. En este acuerdo la empresa Kimberly proporcionaría la materia prima, Familia sería la empresa productora del producto, y Tecnoquímicas estaría encargada de la distribución. En este sector de tipo oligopólico participan pocas empresas que pueden influenciar los precios o el nivel de producción.

- **Pruebas relevantes.** Existió una solicitud de beneficio de cooperación con la autoridad (artículo 14 de la Ley 1340 de 2009). Aportó pruebas documentales y la declaración de varias personas con relación a conductas anticompetitivas.

“Artículo 14. Beneficios por colaboración con la autoridad. Reglamentado por el Decreto nacional 1523 de 2015. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá conceder beneficios a las personas naturales o jurídicas que hubieren participado en una conducta que viole las normas de protección a la competencia, en caso de que informen a la autoridad de competencia acerca de la existencia de dicha conducta y/o colaboren con la entrega de información y de pruebas, incluida la identificación de los demás participantes, aun cuando la autoridad de competencia ya se encuentre adelantando la correspondiente actuación”.

Para los anteriores efectos las compañías solicitaron la reserva de que trata el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 1340 de 2009, modificada por el Decreto nacional 019 de 2012 y el artículo 18 del Decreto 2896 de 2010.

“Artículo 159. Reserva de documentos. Modifíquese el parágrafo segundo del artículo 15 de la Ley 1340 de 2009, el cual quedará así:

Parágrafo 2. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá por solicitud del denunciante o del solicitante de beneficios por colaboración guardar en reserva la identidad de quienes denuncien prácticas restrictivas de la competencia, cuando en criterio de la Autoridad Única de Competencia existan riesgos para el denunciante de sufrir represalias comerciales a causa de las denuncias realizadas”.

- **Medios probatorios utilizados:** Se llevaron a cabo múltiples visitas de inspección. Se hicieron requerimientos documentales y recibieron testimonios. Se utilizaron correos electrónicos, testimonios y declaraciones.

- **Normatividad aplicable.** Artículo 1º. Prohibición de la Ley 155 de 1959.

“Artículo 1º. Modificado por el art. 1, Decreto 3307 de 1963. El texto establecía que: Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos. Por su parte, el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 estipula ‘están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados’”.

En este sentido, la Ley 1340 de 2009 en el artículo 2º, lo adicionó de la siguiente manera.

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

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

Acuerdos contrarios a la libre competencia: los agentes económicos que actúan en un mercado en competencia como oferentes de un determinado producto o servicio, lo deben hacer de forma autónoma e independiente. Cada empresa está llamada a fijar los precios de los bienes o servicios que ofrece. Decreto 2153 de 1992: “Acuerdos restrictivos de la competencia, que tengan por objeto o efecto la fijación directa o indirecta de precios”.

El artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 establece que 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:

- Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.
- Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.
- Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores entre productores o entre distribuidores.
- Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.
- Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.
- Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos.
- Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.
- Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.
- Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.
- (Numeral adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000). Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

En este caso concreto hay elementos de juicio que dan cuenta de las posibles existencias de una violación de la norma al haber encontrado evidencia que podría demostrar una concertación para fijar los precios del pañal desechable para bebé en Colombia a través de dos vías: (i) fijación directa de precios por imposición de márgenes mínimos y máximos de venta y (ii) la fijación directa del precio por la concertación de porcentajes de descuentos en el valor de los pañales.

- **Sanciones de la Superintendencia de Industria y Comercio.** La SIC impuso las siguientes sanciones: Para los agentes de mercado: Kimberly Colpapel, Tecnosur, Tecnoquímicas, Productos Familia y Dripers Andina, a quienes se les demuestre la realización del presunto cartel contrario a la libre competencia podrán ser sancionados con multas hasta de 100.000 SMLMV. Sanciones a personas naturales: 2.000 SMLMV, en caso de demostrar su colaboración, facilitación o autorización de tales infracciones.

1.4. JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA

Expediente 00909-01 de 21 de agosto de 2014. Consejo de Estado. C. P. doctora María Elizabeth García González. Sancionadas ocho estaciones de gasolina por incurrir en acuerdos contrarios a la libre competencia en la modalidad de práctica conscientemente paralela.

2. ACTOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA

Los actos que se consideran contrarios a la libre competencia, según el Decreto 2153 de 1992, arts. 46 y 48.

2.1. PROHIBICIÓN GENERAL

El artículo 46 del Decreto 2351 de 1992 trae una prohibición muy importante, porque engloba todas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales en los términos del Código Civil tienen objeto ilícito, contemplados en la Ley 159 de 1959, aunque también el artículo en mención fue adicionado por el artículo 1º de la Ley 1340 de 2009, de manera muy amplia y completa. Dice el inciso adicionado:

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

El aparte subrayado del inciso 2 del artículo 46 –muy importante para la protección de la competencia– fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-172 de 19 de marzo de 2014, Magistrado Ponente doctor Jorge Iván Palacio Palacio.

2.2. ACTOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA

Por su parte, el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 relaciona las siguientes conductas como actos contrarios a la libre competencia.

1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.

2. Influnciar a una persona para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios.

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

Jurisprudencia

En el Expediente 01261-01 de 19 de noviembre de 2009, Consejo de Estado, C. P. doctor Marco Antonio Velilla Moreno se determinó que la *“Conducta consistente en influenciar a empresa para que rebaje los precios de sus productos es contraria a la libre competencia económica y es objeto de sanción independientemente de si se produjo o no el resultado pretendido”*.

3. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

Hay que tener en cuenta el hecho de que la posición dominante se desprende, en principio, de que una empresa detenta una parte importante en un mercado, razón por la cual se crean acciones de dependencia económica y eventualmente puede imponer sus condiciones. Los criterios importantes a tener en cuenta es que esa empresa pueda constituir un obstáculo para una competencia efectiva, sea que tenga la posibilidad de comportarse de manera independiente. En términos generales podría decirse que debe tenerse en consideración la facultad de eliminar o de debilitar seriamente a los competidores existentes o de impedir que competidores potenciales tengan acceso al mercado.

El hecho de que una empresa tenga una posición dominante no está prohibido. Lo que se condena es que la empresa que tiene posición dominante

haga un uso abusivo de dicha posición, por ejemplo, como cuando practica precios predatorios o utiliza condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes. Las denominadas ventas atadas, los abusos de explotación y los precios predatorios regionales.

3.1. POSICIÓN DOMINANTE

El artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, en su numeral 5 establece que se entiende por posición dominante: La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de mercado. En consecuencia, se requieren tres requisitos para que exista posición dominante, a saber:

1. Una empresa o grupo de empresas en posición dominante, bien sea que las empresas sean o no vinculadas entre sí.
2. Un mercado susceptible de ser dominado por la naturaleza del producto o servicio, la dimensión de la zona cubierta y la diversidad de la clientela
3. El dominio del mercado

3.2. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

El artículo 50 del Decreto 2351 de 1992 establece las conductas que constituyen abuso de posición dominante:

1. La disminución de precios por debajo de los costos, también llamados precios predatorios.
2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones similares.
3. La subordinación del suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que, por su naturaleza, no constituían el objeto del negocio.
4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.
5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la

competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.

6. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización. (Este numeral fue adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000).

4. INTEGRACIONES ANTICOMPETITIVAS

La competencia consiste en el libre funcionamiento del mercado, pero esta puede ser afectada por los operadores del mismo, bien porque estos observen prácticas restrictivas como las ya referidas (acuerdos, actos, abusos de posición dominante), o porque esa competencia en gran parte relacionada con la estructura de las empresas, pueda ser infringida mediante fenómenos de concentración que suscitan la constitución de grandes monopolios.

Si bien ese fortalecimiento empresarial puede ser deseable para aumentar la competitividad nacional o internacional, en sentido general, en esas concentraciones se obtiene la posición dominante aunque pueden dar nacimiento, posteriormente, a comportamientos restrictivos de la competencia. La integración es cualquier mecanismo utilizado para adquirir control de una o varias empresas, de una empresa ya existente, o para crear una nueva empresa con el objeto de desarrollar actividades en conjunto con otras.

Según la doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio el término integración implica, sin importar la forma jurídica de la operación, la combinación de una o más actividades en las cuales cesa la competencia entre las empresas que llevan a cabo la integración, posterior a su perfeccionamiento. Una integración horizontal es aquella realizada entre empresas que participan en el mismo eslabón de la cadena de valor y una integración vertical es la que se realiza entre empresas ubicadas en diferentes eslabones de producción y/o distribución, pero en la misma cadena de valor.

No se trata de que la Superintendencia de Industria y Comercio prohíba las concentraciones, pero que las controle sin comprometer las operaciones necesarias para que las empresas se consoliden, cuidando de que estas no constituyan estructuras generatrices de comportamientos anticoncurrenciales. Las operaciones que deben someterse a control son aquellas que tengan una cierta importancia y que, por supuesto, puedan llegar a tener como consecuencia efectos anticompetitivos.

La SIC examina las operaciones que vayan a realizar empresas que se dedican a la misma actividad económica o participen en la misma cadena que se refieran a fusiones, consolidaciones, adquisición de control o cualquiera otra sea la forma de operación proyectada. Solo están obligadas a efectuar este reporte las empresas:

1. Que en conjunto o individualmente hayan obtenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada, ingresos operacionales superiores a 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes

2. Que al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores a los 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Es importante advertir que las operaciones de integración que no cumplan con alguno de estos dos puntos, y aquellas en las que los intervinientes acrediten que se encuentran en situación de grupo empresarial o se encuentren bajo una misma unidad de control, estarán exentas del control previo de integraciones empresariales.

Se trata de un procedimiento donde no se prohíbe la concentración, sino verificar si las operaciones de concentraciones van a tener un efecto anticompetitivo mediante un test que no es el de la simple posición dominante, todo fundado en la denominada convergencia normativa que evalúa por las autoridades de competencia de los diferentes países la posición dominante, por supuesto en principio, pero a renglón seguido los efectos. No se trata de rechazar la operación de concentración sino de evaluarla, y la mayoría de veces se autoriza con condiciones que tienen que estar plenamente justificadas por tratarse de un acto administrativo.

En síntesis, es un procedimiento especial, que en ningún caso pretende ser sancionatorio. Es un procedimiento que en el derecho comparado equivale a una solicitud de autorización donde se hace un poco de futurología partiendo del pasado empresarial. Es un poco contradictorio, porque parte del presupuesto de la participación del mercado actual y lo que aquí se diga, va a tener una incidencia en los índices que se utilicen para medir la integración hacia el futuro, como los índices de dominancia, por ejemplo. Es un procedimiento preventivo “conceptual” porque muchas veces se carece del nivel de información necesario en ciertos mercados para establecer lo que se denomina el mercado relevante (monopolista hipotético: bienes o servicios sustitutos para evaluar el nivel de precios y la alternativa del consumidor de optar por otro producto). Se establece cuáles son las cuotas de participación, se calculan los índices de concentración y la amenaza

competitiva (posibilidad de barreras a la entrada). Se evalúan los efectos en las operaciones de integración horizontal y vertical. Por último, las eficiencias se trasladan al consumidor.

Sin embargo, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá, previa investigación, ordenar la reversión de la integración empresarial cuando esta no haya sido informada o cuando la misma se realice antes de cumplido el término que tenía la (sic) para pronunciarse, si se determina que la operación así realizada comporta una indebida restricción a la libre competencia, cuando la operación haya sido objetada; o cuando se incumplan las condiciones bajo las cuales se autorizó.

CAPÍTULO 2

LA IMPLEMENTACIÓN DEL CONTROL DEL MERCADO EN MATERIA DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS

La Superintendencia de Industria y Comercio tiene como atribución investigar la violación al régimen de competencia para establecer la existencia de una infracción de las disposiciones legales y para adoptar las medidas que correspondan, la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra facultada para:

- Efectuar el decreto y práctica de diversas pruebas documentales.
- Visitas de inspección.
- Solicitudes a las personas naturales o jurídicas para el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio.
- Adelantar interrogatorios bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas en el Código, a cualquier persona cuyo conocimiento pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos y cualquier otra que se requiera para recaudar toda la información necesaria.

1. LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, SUS FUNCIONES E INVESTIGACIONES

La Superintendencia de Industria y Comercio vela, como lo señala su misión, por el buen funcionamiento de los mercados a través de la vigilancia de la libre competencia económica, de los derechos de los consumidores, del cumplimiento de los aspectos concernientes con metrología legal y

reglamentos técnicos, la actividad valuadora del país y de la gestión de las Cámaras de Comercio.

Es responsable también por la protección de los datos personales, administra y promueve el Sistema de Propiedad Industrial y dirige las controversias que se presenten ante las afectaciones de derechos particulares, relacionados con la protección del consumidor, estos son asuntos de su competencia.

El Decreto 4886 de diciembre 23 de 2011 modificó la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se les determinaron las funciones a sus dependencias y se dictaron otras disposiciones. De conformidad con dicha norma el Superintendente de Industria y Comercio, además de otros funcionarios, cuenta con el apoyo, en razón de su función misional de las siguientes delegaturas ya que obvias razones tienen un origen y fundamento constitucional: Protección de datos personales (artículo 15), protección del consumidor (artículo 78 y 88), control y verificación de los reglamentos técnicos y metrología legal (artículo 78), protección de la competencia (artículos 333, 334), propiedad industrial (artículos 58, 61, 150 y 189) y por último una delegatura para los asuntos jurisdiccionales.

1.1. ASPECTOS PRELIMINARES

1.1.1. RÉGIMEN DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS

El régimen de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en el ordenamiento jurídico colombiano está contenido principalmente en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009.

Estas normas prohíben todas las conductas que impliquen restricciones o limitaciones por parte de los participantes en el mercado al derecho constitucional a la libre competencia contemplando además los procedimientos tendientes a determinar la comisión de infracciones y las correspondientes sanciones.

1.1.2. AUTORIDAD ENCARGADA EN LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA

La Ley 1340 de 2009 designó a la Superintendencia de Industria y Comercio como la autoridad nacional en materia de competencia para que conozca en forma exclusiva de las investigaciones administrativas, imponga

las multas y adopte las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia.

La Ley 1340 de 2009 facultó a la entidad para efectuar la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.

Es función de la Superintendencia de Industria y Comercio, en su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia “Velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales”, conocer “de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados nacionales” y dar trámite a aquellas quejas “que sean significativas, para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”.

(Decreto 3523 de 2009, modificado por el Decreto 1687 de 2010).

1.2 PROCEDIMIENTO EN MATERIA DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

La Superintendencia de Industria y Comercio inicia su actuación de oficio basada en información o conocimiento que llegue a poseer, a través de la solicitud de un tercero por medio de una queja o cuando reciba un traslado o una referencia de otra autoridad.

Reserva del denunciante

La Superintendencia de Industria y Comercio podrá, por solicitud del denunciante, guardar en reserva la identidad de quienes denuncien prácticas restrictivas de la competencia cuando existan riesgos para el denunciante de sufrir represalias comerciales a causa de las denuncias realizadas.

1.2.1 ACTUACIÓN PREVIA

- Se recibe la denuncia y se estudia su admisibilidad
- Si hay mérito se adelanta una averiguación preliminar
- Se investiga y se practican pruebas de oficio para recaudar información.

1.2.2 FASE DE INSTRUCCIÓN

- Si existe mérito suficiente se abre una investigación formal
- Se notifica al investigado y se publica en un diario

- Se abre la posibilidad de efectuar un ofrecimiento de garantías, de solicitar pruebas y se admiten intervenciones de terceros
- Se decretan y practican las pruebas
- Concluye la investigación: El Superintendente Delegado presenta un informe motivado al Superintendente de Industria y Comercio.

1.2.3 FASE RESOLUTIVA

- Se da traslado del informe motivado a las partes
- Se efectúan los alegatos finales
- El Superintendente de Industria y Comercio profiere una decisión
- El investigado puede interponer recurso de reposición

2. LAS VISITAS DE INSPECCIÓN

La Corte Constitucional mediante la Sentencia C-165 de 12 de octubre de 2019 cuyo magistrado ponente es Alejandro Linares Cantillo estudio la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 59, numeral 4 (parcial) de la Ley 1480 de 2011 y los artículos 20 numeral 1 y 2 (parcial) y 21 (parcial) de la Ley 1778 de 2016.

Aunque la sentencia C-165 del 12 de octubre de 2019, contempla también el análisis de constitucionalidad de los artículos 20 (parcial) y 21 (parcial) de la Ley 1778 de 2016 *“Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”*, en esta ocasión por razones del objeto de esta referencia, nos interesa solo tratar las precisiones que hizo la H. Corte frente al artículo 59 que es el que contempla la Facultades Administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio en la Ley 1480 de 2011 *“Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”* y que se refiere a los límites de las visitas de inspección a que se refiere dicho numeral del artículo 59, en los siguientes términos:

“4. Practicar visitas de inspección, así como cualquier otra prueba consagrada en la ley, con el fin de verificar hechos o circunstancias relacionadas con el cumplimiento de las disposiciones a las que se refiere la presente ley”.

Se trataba de establecer si el artículo 59, numeral 4 de la Ley 1480 de 2011 violaba el artículo 15 (derecho a la intimidad), 28 (inviolabilidad del domicilio) y 29 (debido proceso) de la Carta Política y si eran inconstitucionales ciertas pruebas que la Superintendencia de Industria y Comercio, practicaba en sus visitas de inspección, lo que era de trascendental importancia, pues si se declaraba exequible esta disposición, constituiría un reconocimiento de que se habían desarrollado visitas cuyos abusos amenazaban no solo la eficiencia de la labor ya adelantada por la misma Superintendencia en materias como la protección de la competencia y consumidor, sino que con respecto a las miles de investigaciones ya realizadas y algunas ya finalizadas con sanciones ejemplarizantes, también se arrojaría un manto de duda sobre la validez del material recaudado. Por eso, aunque para algunos la sentencia solo recordó los “límites” de estas visitas, mientras que, para otros, aportó reflexiones importantes, lo cierto es que aporta certeza, a los procedimientos de deban adelantarse en el futuro por el propio ente de control.

Por la importancia de este tema, como lo hace la sentencia con ponencia del magistrado Linares Cantillo, me limito a transcribir con amplitud algunos hechos de la demanda que nos permiten examinar la importancia de esta decisión en cuanto a lo que se encontraba en juego, pues si bien la demanda se presenta contra la Ley del consumidor, en realidad lo que se cuestiona es todo el sistema de vigilancia, inspección y control que desarrollan las Superintendencias por delegación del Presidente de la República.

Para el accionante, las normas demandadas son contrarias al derecho de la intimidad personal y familiar, y que existe un deber correlativo del Estado que es velar por su respeto y garantía. Señala además que el Estado tiene la garantía de recolección, tratamiento y circulación de datos con sujeción al principio de libertad y demás garantías constitucionales; y de otra, proteger la inviolabilidad de la correspondencia y otras formas de comunicación privada, con la excepción del deber de presentar los libros de contabilidad y demás documentos privados cuya existencia será posible para efectos judiciales o tributarios, así como de inspección, vigilancia e intervención del Estado. Agrega el accionante que al ampliar las atribuciones de las autoridades administrativas por la jurisprudencia constitucional al punto de señalar que la Superintendencia puede practicar las pruebas consagradas en la ley, sin precisar de qué ley se trata; y solicitar cualquier clase de información, sin definir el tipo, o si procede la revisión de archivos físicos o magnético, conduce en opinión del demandante a “vaciar el contenido de la protección constitucional”.

Continúa el demandante señalando que en virtud del artículo 236 del Código General del Proceso, las Superintendencias quedarían en capacidad

de examinar lugares, personas y cosas, a pesar de que no están autorizado para ello según la Constitución. De esta forma, tales atribuciones son susceptibles de ser extendidas a equipos de comunicación privada (tabletas o computadores, por ejemplo). Agrega que se podría vulnerar el artículo 15 de la Carta Política, porque el artículo 233 del Código General del Proceso determina que, en el curso de una inspección judicial con prueba pericial, las partes tienen el deber de facilitar datos, cosas y acceso a los lugares necesarios a los peritos.

Señala también el demandante que en adición a ello, las facultades de las Superintendencias al tenor de las normas impugnadas, permiten obtener los elementos de prueba indicados en el artículo 275 de la Ley 906 de 2004, siendo estos i) los descubiertos o recogidos en registro de, allanamiento, inspección corporal o registro personal; ii) los obtenidos mediante filmación, fotografía, video o cámaras de vigilancia; y iii) los mensajes de datos a través de cualquiera de los medios técnicos previstos para ello. Precisa que las disposiciones demandadas se oponen a lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 15 de la Constitución el cual prohíbe cualquier injerencia en la correspondencia y demás formas de comunicación privada, a menos que exista una orden judicial. Dicha garantía se extiende a los equipos documentos o medios a través de los cuales circulan esas comunicaciones. Así las cosas, según expone la demanda, la Corte debe declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones acusadas "bajo el entendido que las Superintendencias en el ejercicio de sus funciones administrativas no pueden practicar cualquier prueba, ni exigir la entrega de archivos y/o equipos o información, si estos entrañan la intromisión en la comunicación y la correspondencia y las comunicaciones de los investigados. Agrega que en adición a ello, debe disponer la inconstitucionalidad del artículo 21 dado que *"no es procedente el establecimiento de una sanción en contra de quien, en ejercicio de sus derechos constitucionales, niegue el acceso a archivos, documentos, equipos y comunicaciones, frente a los cuales, las Superintendencias carecen de la facultad jurídica y constitucional para pedir"*

Por otra parte, manifiesta el accionante que las disposiciones demandadas son contrarias al artículo 28 de la Constitución (inviolabilidad del domicilio) y cita la sentencia C-519 de 2007 que señala que las personas no pueden ser registradas en su domicilio sino en virtud de mandamiento escrito judicial.

Concluye el accionante que las disposiciones demandadas son inconstitucionales porque i) confieren un excesivo margen de discrecionalidad ii) no existe un control judicial previo al ejercicio de las competencias ii) no prevén una orden de registro, ni fijan las causales que lo permiten iii) no

existen reglas ni protocolos para el registro iv) no indican que las visitas de inspección tengan por propósito proteger los valores superiores- vida o dignidad- o evitar un peligro inminente y grave respecto de la vida, la integridad personal, la seguridad o la salubridad de las personas v) no delimitan las decisiones de las superintendencias de manera que sea posible su control judicial en el caso de excesos o arbitrariedades; y vi) no regula la forma en que debe realizarse el control judicial posterior a la respectiva actuación administrativa. Sobre este último aspecto, indica que es importante referir que, al tratarse de actuaciones administrativas de trámite o preparatorias, no podrán ser impugnadas ante la jurisdicción administrativa de manera que, siguiendo lo señalado por el Consejo de Estado, el control judicial de tales actos *“sería solo eventual e indirecto y sujeto a que se demande el acto administrativo que ponga fin a la actuación de las Superintendencias”*.

El Demandante señala que se infringe el debido proceso en actuaciones administrativas (artículo 29 de la Carta Política) porque como lo han señalado las sentencias C-975 de 2011 y C-248 de 2013 el debido proceso tiene amparo especial cuando se trata de proteger derechos fundamentales que en este caso son la intimidad, el domicilio y la propiedad privada. Hace especial énfasis en la Ley 222 de 1995 para destacar que, aunque las funciones de vigilancia y control de las Superintendencias no han sido reguladas de manera precisa, la jurisprudencia constitucional ha acudido a dicha Ley para delimitar en el pasado el alcance de dichas funciones.

Remata diciendo que las disposiciones demandadas violan el artículo 29 de la Carta Política porque desconocen las normas propias de cada juicio puesto que no establecen *“como se forma la decisión sobre la visita de inspección, si proceden o no los recursos en ella, cuanto tiempo deben durar, si los documentos y demás bienes recaudados en esta se pueden recuperar y en cuanto tiempo, si hay o no control judicial posterior, y ante que autoridad”*. Por esto concluye que al desconocerse el principio de preexistencia del proceso y de las reglas que lo rigen, el fijar la sanción prevista en el artículo 21 de la Ley 1778 de 2016 por la no entrega de la información es violatorio de la Constitución.

La demanda de inconstitucionalidad fue presentada por un ciudadano, y fue admitida por el magistrado ponente mediante Auto de 9 de febrero de 2018, y se dispuso correr traslado al Procurador General de la Nación, para que emitiera concepto de acuerdo con los términos de los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución. Se fijó en lista el proceso para que cualquiera ciudadano impugnara o defendiera la norma, y se informó de la iniciación del proceso al Presidente del Congreso para los fines previstos en el artículo 244

de la Carta Política, al Presidente de la República, al Ministerio del Interior, al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Ministerio de Industria y Comercio, a la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia de Industria y comercio.

La Corte según el artículo 241 numeral 4 se declaró competente para conocer de la demanda de inconstitucionalidad, y al examinar la aptitud de la demanda, considero que de conformidad con las sentencia C-1052 de 2001 y C-856 de 2005, la demanda tenía los mínimos argumentativos del denominado concepto de violación, de lo que discrepaban el Ministerio de Justicia, la Superintendencia de Industria y Comercio y la Procuraduría General de la Nación, porque según estas entidades e instituciones no tenía aptitud sustancial pues la demanda carecía de certeza, pertenencia y suficiencia, y además sostenían que estaba basada en una interpretación hipotética, lo que la Corte rechazó; pero además agregó de primera mano, que era razonable sostener que el ejercicio de las facultades no estaba jurídicamente delimitado, porque las disposiciones demandadas no distinguían entre ley penal y administrativa, para realizar pruebas, lo que preocupa a la Corte, sobre todo en materia de diligencias probatorias que puedan involucrar algunas que según la Constitución y la Ley 906 de 2004, estén sujetas a reserva judicial.

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de las disposiciones demandadas en el entendido que las competencias allí previstas i) **deben ejercerse a la luz de lo dispuesto en el CPACA y en el CGP; y ii) no comprende la realización de interceptaciones o registros ni otras actividades probatorias, que según la constitución se encuentren sometidas a reserva judicial.** Según la sentencia de la Corte el CPACA y el CGP permiten integrar el régimen normativo aplicable a las facultades administrativas de las Superintendencias en lo relativo a: a) los medios de prueba b) el trámite aplicable al ejercicio de las facultades administrativas y en particular, al decreto y práctica de pruebas; y c) el régimen de impugnación y control de los actos administrativos que se profieran en el marco de las investigaciones.

Las atribuciones de las mencionadas Superintendencias en las disposiciones demandadas están delimitadas en cuanto al objeto y tema de la prueba pues tienen como finalidad que en el curso de investigaciones administrativas adelantadas por la SIC y la Superintendencia de sociedades pueda determinarse el cumplimiento de las normas de protección al consumidor (en el caso particular de las normas demandadas) y de ...

Las visitas de inspección no son diligencias o actuaciones cuya práctica requiera de autorización judicial previa o control de legalidad posterior, por lo cual, no vulnera el derecho al debido proceso que las visitas de

inspección sean realizadas sin previa notificación a los investigados. Los medios probatorios que sean recaudados durante estas diligencias serán objeto de contradicción en las oportunidades procesales ordinarias, por tanto, los sujetos investigados no verán afectado su derecho de defensa, situación que debe ser analizada en cada caso concreto por el juez competente.

Señala la Corte Constitucional que las Superintendencias si están sometidas al CPACA y al CGP, **excluyendo que las Superintendencias puedan practicar pruebas que estén sometidas a reserva o a control judicial**, y que en consecuencia no podrían practicar pruebas que vayan contra el artículo 15 de la Carta Política que se refiere al derecho de la intimidad, por estar sometidas a reserva judicial y orden judicial como sería el caso de **intercepciones o registros u otras actividades probatorias que así lo establezcan**.

CAPÍTULO 3

LA PRUEBA

3.1 LA PRUEBA DIRECTA

Es aquella que pone en evidencia una reunión o una comunicación entre los protagonistas que escriben y describen los términos del acuerdo. Las formas más corrientes de pruebas directas son:

1. Los documentos impresos o electrónicos que identifican el acuerdo y a los participantes.
2. Las declaraciones orales o escritas de los integrantes de un acuerdo que hayan decidido cooperar con las autoridades y describen el funcionamiento del acuerdo.

3.2 LAS PRUEBAS INDIRECTAS

Son las que no describen expresamente las condiciones de un acuerdo ni las partes que lo integran.

Se conforman con pruebas de comunicaciones entre personas sospechosas de participar en un acuerdo y de pruebas económicas concernientes al mercado y la conducta de los participantes que hacen presumir una acción concertada.

Son aceptadas en los casos de colusión en todos los países, ellas pueden servir por si solas para poner en evidencia un acuerdo y pueden también ser utilizadas conjuntamente con las pruebas directas.

No obstante, las pruebas indirectas pueden ser difíciles de interpretar, las pruebas económicas en particular pueden ser ambiguas y reflejar tanto una acción concertada como una acción independiente.

La práctica más aconsejable consiste en considerar las pruebas indirectas no individualmente sino como un todo, dándoles un efecto acumulativo y sometiénolas a un minucioso análisis económico.

3.2.1 PRUEBAS INDIRECTAS DE COMUNICACIÓN

Demuestran que ésta ocurrió, pero no el contenido de los intercambios. Ej. Cartas, demostración de viajes a un destino común, etc. También, documentos internos que evidencien el conocimiento de la estrategia de un competidor en materia de conocimiento anticipado de un aumento de precios que él va a practicar precios, como, el, etc.

3.2.2 PRUEBAS INDIRECTAS ECONÓMICAS

Las pruebas económicas: son de dos tipos:

- Las que conciernen al comportamiento de las empresas en el seno de un mercado y de un sector. Este es el caso del paralelismo de precios, de los rendimientos anormalmente altos, y los antecedentes de infracciones a la legislación de competencia.
- Las de carácter estructural. Se derivan de, un lado, de una fuerte concentración; y, por otro, de una débil concentración en la extremidad opuesta del mercado a un nivel que eleva las barreras de entrada o de una fuerte integración vertical y de productos uniformes u homogéneos.

Los asuntos de colusión en los cuales no se dispone de pruebas directas de la existencia de un acuerdo comienzan a menudo por el acaecimiento de un episodio sospechoso de paralelismo de precios u otro fenómeno difícil de explicar por el juego habitual de las fuerzas del mercado. La autoridad de competencia no puede probar directamente que esta situación resulta de un acuerdo, y por tanto, ella debe poner el acento en determinar qué exigencias debe satisfacer desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo para poder aprovechar las pruebas indirectas.

En general se admite que, de los dos tipos de pruebas indirectas descritas, a saber, las pruebas de comunicaciones y las pruebas económicas; las primeras son las más reveladoras de la existencia de un acuerdo por cuanto las

pruebas económicas suelen ser ambiguas y pueden reflejar tanto un acuerdo anticoncurrencial como una acción lógica dentro del juego de mercado.

3.2.3 INTERPRETACIÓN DE LAS PRUEBAS ECONÓMICAS

Las teorías económicas del oligopolio distinguen tres categorías de modelos económicos que describen el comportamiento de las empresas: Interpretación de las pruebas económicas.

- Las empresas buscan de manera independiente la mejor solución unilateral no cooperativa teniendo en cuenta lo que hacen los competidores. En los modelos de este tipo los mercados tienden al equilibrio porque cada empresa busca hacer la mejor elección teniendo en cuenta la actitud de su competidor. (Equilibrio de Nash).
- La noción de conveniencia mutua. Ciertas acciones no son rentables sino cuando los competidores se organizan de manera conveniente. Los modelos fundados sobre esta noción no postulan la existencia de un acuerdo ilícito explícito, sino en el hecho de que ellas comprenden en qué consiste su interés mutuo por deducción de las interacciones que observan en el mercado.
- Teoría de los acuerdos o la de las colusiones son situaciones caracterizadas por el hecho de que las empresas han llegado explícitamente a un acuerdo por vía de comunicación entre ellas

Las autoridades deben identificar las pruebas económicas que les permitan escoger una entre las teorías concurrentes, no obstante, la dificultad reconocida frente a su valoración. Ante la dificultad de obtener pruebas directas de un acuerdo anticoncurrencial, algunos países han adoptado PROGRAMAS DE CLEMENCIA, como fuente esencial de pruebas directas. Estos programas generalmente atenúan las sanciones que se imponen al primer participante en el acuerdo que se ofrece a cooperar con las autoridades.

3.2.4 LA PRUEBA INDICIARIA

Su utilidad es reconocida internacionalmente en procesos de competencia. Se acude a este medio de prueba debido a que en gran parte de los procesos administrativos no se encuentran rasgos directos de las conductas realizadas.

Como presupuesto de su correcta valoración el fallador debe hallar plenamente acreditado en el proceso aquel hecho del cual, por inferencia lógica, se deriva con mayor o menor fuerza causal otro hecho desconocido.

En la prueba por indicios juega papel fundamental la fuerza individual de cada indicio y el elenco de todos ellos, a lo cual se suma que el juez habrá

de utilizar la lógica, el sentido común y las reglas de la experiencia. (C. S. de J. Sentencia de 15 de diciembre de 2005).

3.2.5 EL OBJETO DE LA PRUEBA

Se basa en los elementos constitutivos de la infracción administrativa, los cuales son: Un elemento subjetivo que implica un acuerdo de voluntades entre empresas. Un elemento material, esto es que el acuerdo de voluntades debe tener un objeto o un efecto anticoncurrencial. Además del vínculo de causalidad entre los dos elementos.

Otros elementos que conforman la prueba en si misma son:

- La carga de la prueba: corresponde a quien se pretende víctima del acuerdo o a las autoridades administrativas en el marco de sus investigaciones.
- La administración de la prueba en el derecho de la competencia no consiste en probar un acto jurídico, sino un hecho material.
- En cuanto a la pluralidad de las pruebas, esta no es un requisito teniendo en cuenta la confiabilidad de la información que contenga, el origen de los documentos y ciertas circunstancias de su elaboración.
- Una sola prueba puede ser suficiente para concluir la existencia de una infracción a las normas de competencia.
- En general, todos los medios de prueba son admitidos; el origen de las pruebas y sus soportes son libres.

4. ACCIONES DE PROTECCIÓN ADMINISTRATIVAS DE LA ESTRUCTURA DEL MERCADO

4.1 MEDIDAS CAUTELARES

De conformidad con el numeral 11 del Decreto 2351 de 1992, modificado por el artículo 18 de la Ley 1340 de 2009, la autoridad de competencia podrá ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones señaladas en las normas sobre protección de la competencia, siempre que se considere que de no adoptarse tales medidas se pone en riesgo la efectividad de una eventual decisión sancionatoria.

4.2 MULTAS A LOS INFRACTORES

De conformidad con el numeral 15 modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, “por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo las mismas condiciones o de la terminación una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta del infractor. El aparte subrayado en el artículo 15 del artículo 4º fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C-228 de 24 de marzo de 2010, Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas.

La Superintendencia de Industria y Comercio emitió un Concepto 170122 el 25 de julio de 2017 en el cual *señala que las empresas que pretendan realizar operaciones que impliquen concentración empresarial y que cumplan los supuestos subjetivos y objetivos establecidos en la Circular Única de la SIC, deberán informar a la Superintendencia sus intenciones con el fin de determinar si con esa concentración se vulnera o no la libre competencia en el mercado relevante determinado*. Se recomienda consultar el Concepto 38916 de 6 de marzo de 2017 de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre concentración empresarial vertical.

El numeral 16, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, le permite a la Superintendencia de Industria y Comercio imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia tendrá en cuenta los siguientes criterios: La persistencia en la conducta infractora; el impacto que la conducta tenga sobre el mercado; la reiteración de la conducta prohibida; la conducta procesal de la investigada; y el grado de participación de la persona implicada.

Unidad 3

APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: LA RENOVACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La aplicación del derecho de la competencia a los actos administrativos y a los contratos estatales, no solo constituye una necesidad, al ser objeto de esta normatividad las empresas estatales y mixtas en competencia, sino que ya se ha comenzado a desarrollar una importante jurisprudencia al respecto, que invitamos a revisar porque se constituye en una de las más importantes transformaciones del derecho económico y administrativo moderno.

En cerca de diez años, la aplicación del derecho de la competencia a los actos administrativos se ha constituido en uno de los aspectos esenciales del derecho público económico. El tema tiene como contexto la tradicional distinción histórica entre derecho privado y derecho público, e invita al jurista a interrogarse acerca de la coexistencia, muchas veces conflictual, de dos clases de jurisdicciones.

Por otra parte, esta materia expresa un interés renovado por el estudio de las relaciones jurídicas entre el Estado y el mercado, así como del derecho administrativo y el derecho del mercado. Esta materia en Europa ha convocado para la discusión, a la policía económica (autoridades del mercado), el gobierno, los legisladores nacionales y comunitarios, y por supuesto a los Consejos de la Competencia, la Jurisdicción ordinaria, y las jurisdicciones contencioso-administrativas.

Este fenómeno relativamente reciente de la sumisión del sector público al respeto de las normas de la competencia implica consecuencias considerables para la administración. De una parte, porque cuando las personas públicas desarrollen una actividad en un mercado específico, su comportamiento,

como el de todo otro operador en ese mercado, es susceptible de ser controlado por la autoridad de la competencia.

De otra parte, cuando esas personas actúan como autoridad pública a través de la expedición de actos administrativos, el juez administrativo es competente para hacer respetar el principio de libre competencia sobre el mercado. El derecho público de la competencia, que se encuentra en plena expansión, busca una conciliación entre las exigencias de preservación del proceso concurrencial, esencial para el mantenimiento de una economía de mercado y las necesidades imperiosas del interés general.

CAPÍTULO 1

LOS ACTOS DEL PODER PÚBLICO SOMETIDOS AL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El derecho de la competencia no podía ignorar por más tiempo las consecuencias económicas de los actos de poder público. Los conceptos de poder público y de servicio público parecen cada vez más cercanos, hasta el punto que el poder público se encuentra considerado como uno de los elementos de la definición moderna de servicio público, a tal punto que “cada vez que el juez utilice la noción de servicio público, es necesario indirectamente aplicar la de poder público”.

De tal manera que los actos de poder público no pueden ser reducidos a las solas intervenciones del Estado por vía de prescripción o de prohibiciones (se trata de actos que emanan de personas públicas tomados en condiciones totalmente diferentes de las que rigen el derecho privado, por lo que ellas también deben verse sometidas al régimen derogatorio del derecho administrativo, por consiguiente, el acto del poder público es pues sinónimo de acto administrativo).

El uso de sus prerrogativas de poder público por parte del Estado y de los entes territoriales se traduce en la expedición de actos administrativos unilaterales o convencionales. Ahora bien, las intervenciones del poder público pueden afectar el funcionamiento del mercado cuando ellas revisten, entre otras, dos formas particulares. Tal es el caso de las medidas de organización: Ellas tienen por objeto la organización y la gestión del servicio o del dominio público. Comprenden la delegación del servicio público, la concesión de ciertos sectores del dominio público y la designación de un contratista por la administración.

La intervención del poder público también puede consistir en medidas de reglamentación de una actividad, o incluso en la interpretación o aplicación abusiva de esas medidas o en la violación de los procedimientos para su aplicación.

1. LA AUTORIDAD PÚBLICA PUEDE LLEGAR A RESTRINGIR LA LIBRE COMPETENCIA

Se trata pues de interrogarnos sobre si son aplicables las normas de competencia a los actos del poder público, es decir, a los actos administrativos: esta pregunta debería permitir proteger el mercado contra toda intervención excesiva o abusiva del poder público, pero también se enfrenta a los principios históricos del derecho administrativo.

Las dificultades para trasegar este camino no han sido pocas. Aplicar las normas sobre competencia a los actos administrativos no puede hacerse con desconocimiento del privilegio de jurisdicción que tiene la administración. Para otros, la inclusión de los actos administrativos en el campo de las reglas materiales de las normas de competencia ha sido percibida como un atentado grave a la especificidad de la acción administrativa.

Al estar el derecho de la competencia dirigido a regular los comportamientos de los operadores sobre un mercado, y aunque las personas públicas realicen actividades de producción, distribución y servicios; la tradición jurídica del derecho administrativo francés que ha gobernado, rechaza que la organización del servicio público, o la gestión del dominio público, se trate como una actividad económica (son misiones de interés general que escapan a las leyes del mercado). Admitir la aplicabilidad del derecho de la competencia a los actos administrativos implicaría una banalización del papel del Estado en la organización de la sociedad.

Como lo menciona Michel Basex, el análisis económico muestra que los poderes públicos responden a las demandas de los administrados mediante las *"políticas públicas"*, que los economistas dividen en dos grandes categorías: *"las políticas públicas de prestación"* y las *"políticas públicas de reglamentación"*.

La autoridad pública puede obrar entonces por vía de prohibiciones, de obligaciones, de sanciones o de motivaciones sobre las condiciones de acceso al mercado, las modalidades de comercialización de ciertos productos o el ejercicio de ciertas actividades económicas. Todos estos son actos susceptibles de falsear el libre juego de la competencia. Un acuerdo ilícito puede, por ejemplo, hacerse para que sea otorgada una concesión de servicio público.

El rechazo de una concesión de dominio público puede producir los mismos efectos que un abuso de posición dominante, pues la autoridad puede falsear el libre juego de la competencia en ejercicio de su poder normativo sin que el acto en cuestión pueda ser adjudicado a una práctica empresarial contraria a la libre competencia. La ocupación de una parcela del dominio público puede conducir a una empresa a abusar de su posición dominante.

Una reglamentación pública puede llevar a restringir la competencia. Por ejemplo, se puede expedir un acuerdo de un Concejo Municipal, cuya ciudad tiene una empresa de telefonía fija, para que uno o varios competidores que están tratando de ingresar a ese mismo mercado, tengan que utilizar el cableado subterráneo, mientras que la empresa existente en el mercado, puede continuar utilizando el cableado aéreo, con el fin de hacerla incurrir en mayores costos para la prestación del servicio.

El Tribunal de Conflictos en Francia en el negocio *“Villa de Pamiers”* estableció la competencia de las jurisdicciones administrativas para ratificar la competencia exclusiva de las jurisdicciones administrativas sobre los actos de poder público. El segundo fue rendido con ocasión del negocio *“Million et Marais”* (sur la conformité l’ordonnance d’un contrat de concession du service extérieur des pompes funèbres) consagró la aplicación del derecho de la competencia a los actos administrativos, aplicando la teoría del abuso automático de posición dominante.

La teoría del abuso automático consiste en que un acto administrativo que confiere una posición dominante a un operador puede ser observado en sí mismo como un abuso de posición dominante si él es potencialmente portador de abusos de comportamiento, incluso antes de que estos puedan haber sido constatados (Sentencias del Consejo de Estado francés *Federation Francaise des Societes d’Assurances et Societe Million et Marais*).

En el caso *Societe Million et Marais* el Consejo de Estado francés ha anulado con fundamento en el artículo sobre posición dominante, un acto administrativo que confiere el monopolio, es decir, sobre el hecho de que el acto atacado colocaba a una empresa *“en condiciones tales que infringiría las prohibiciones del artículo sobre posición dominante”*.

En síntesis, lo que hay que destacar es que la aplicación del derecho de la competencia a los actos administrativos no es un fin en sí misma. Esta aplicación no es más que un presupuesto para una aplicación efectiva que se dirija a sancionar todo atentado a los derechos legítimos de los operadores en el mercado. Lo anterior se dirigiría a que los jueces administrativos

desarrollen técnicas tendientes a anular los actos administrativos de poder público que sean contrarios a las normas de la competencia.

Las que nos conciernen son los acuerdos y los abusos de posición dominante que son comportamientos de empresa como actividades puramente económicas. El Consejo de Estado francés no se ha quedado en consideraciones formales y ha preferido superar la controversia doctrinal nacida de la interpretación del artículo 53 de la Ordenanza de 1986 sobre libertad de precios y de competencia en ese país, y ha sometido a los actos administrativos al derecho de la competencia, pero bajo el principio de la legalidad administrativa.

Si el Estado (poder público) no está señalado directamente por los artículos 7 y 8 de la Ordenanza (acuerdos y los abusos de posición dominante), él no puede contribuir a su violación por un operador sobre el mercado (esta posición surgió de numerosas decisiones del derecho comunitario de la competencia).

Pero resulta que los actos de poder público pueden intervenir en forma independiente de toda práctica de empresa. Así, por ejemplo, el rechazo que se hace de efectuar una adjudicación de dominio público, puede producir los mismos efectos que un abuso de posición dominante. Igualmente puede intervenir al impedir la participación en el mercado de una empresa pública en igualdad de condiciones que las privadas. En otras palabras, la autoridad pública puede falsear el libre juego de la competencia en ejercicio del poder normativo sin que el acto en cuestión sea asimilable a una práctica de empresa.

Como lo ha señalado Jean Philippe Kovar, la aplicación del derecho de la competencia a los actos administrativos se funda en que quien los expide no solo está sometido a cumplir las normas particulares de su sector o las disposiciones que reglamenta, sino todas las leyes, entre ellas las que atañen a la garantía constitucional de la libre competencia: un acto administrativo no podrá por tanto desconocer el efecto útil de las normas que protegen la libre competencia, cuyo respeto se impone tanto a las entidades públicas que operan en el mercado, así como a la administración en ejercicio de su poder reglamentario y su actividad contractual. No sería concebible sancionar los comportamientos anticoncurrenciales de las empresas y al mismo tiempo permitir al Estado que mediante su actuación permita dichos comportamientos.

No podría admitirse entonces que el Estado en ejercicio de su poder expida actos administrativos o actúe sobre el mercado de manera que ello tenga por objeto o como efecto restringir la libre competencia o incluso, como

ya lo ha reconocido el derecho europeo, sea susceptible de llegar a producir un efecto anticoncurrencial u obligue a sus destinatarios a incurrir en una conducta contraria a la libertad de competencia.

También pueden ser contrarias a la libre competencia las decisiones de las autoridades públicas que favorezcan determinados intereses privados. Igualmente, un acto administrativo puede favorecer la conclusión de acuerdos colusorios o reforzar sus efectos. Igualmente, puede la administración, en ejercicio de sus funciones, imponer o propiciar un abuso de posición dominante y en todos esos casos tales actos son anulables por el juez de lo contencioso administrativo.

En el caso *Million et Marais* el Consejo de Estado francés precisó que ciertas cláusulas de un contrato de concesión pueden poner al concesionario en situación de abusar de su posición dominante. Tal es el caso de si la duración de la concesión excede, sin justificación o motivo de interés general, la duración necesaria para amortizar los bienes requeridos en la prestación del servicio. El Consejo de Estado francés ha señalado que las cláusulas de un contrato administrativo no pueden legalmente tener por efecto poner a la empresa en una situación donde contrariara las disposiciones de la libre competencia.

De esta manera, no solo las actuaciones contrarias a la libre competencia de los operadores públicos en el mercado, sino también los actos administrativos que no corresponden a un comportamiento empresarial, tales como aquellos de organización, regulación o contratación deberán ser anuladas si sus efectos se revelan anticoncurrenciales.

Pero el principio constitucional de libre competencia no se limita al campo de aplicación. Ese principio implica una transformación sustancial de los métodos de análisis empleados por el juez administrativo. El ejerce normalmente un control de los actos de poder público con criterios meramente jurídicos, pero no realiza un análisis económico de sus incidencias en el mercado. No obstante, la aplicación del principio de la libre competencia al análisis de legalidad de los actos administrativos le permitirá enriquecer el control de la reglamentación pública mediante el uso de herramientas económicas más finas y precisas. El oficio del juez se transforma entonces profundamente. Esta evolución, no obstante, se hace amenazando la seguridad jurídica, por lo cual se requiere que la aplicación del principio de libre competencia al análisis de las normas administrativas se efectúe dentro del respeto a los diferentes intereses públicos y privados involucrados.

Obviamente, la sola invocación de la garantía constitucional a la libre competencia o de las normas que la desarrollan no implica per se su primacía absoluta. Corresponde al juez administrativo valorar si la administración al expedir un determinado acto administrativo o celebrar un contrato ha tenido en cuenta tanto el respeto a la libertad de competencia, como la afectación del dominio público y el interés general involucrado.

2. LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN COLOMBIA

Como se dijo antes, en Colombia se han dado pasos importantes para defender la libertad de competencia, tanto desde el punto de vista legal como jurisprudencial.

Desde el punto de vista normativo, el derecho de la competencia en Colombia tiene fundamento en textos constitucionales, cuyo respeto se impone a la administración por encima de las otras leyes. Su aplicación a los actos administrativos no es más que una cuestión de jerarquía normativa en materia de libertad concurrencial.

En efecto, el artículo 333 de la Constitución Política establece:

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

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

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

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

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

Así, cuando una actuación administrativa afecte el libre juego de la competencia, la administración deberá demostrar que ello es necesario en razón del cumplimiento de fines constitucionales como “una función de redistribución del ingreso y de la propiedad expresamente consagrada

en varias disposiciones de la Constitución con miras a alcanzar un “orden político, económico y social justo” (Preámbulo); una función de estabilización económica también consagrada en diversas normas superiores (artículos 334 inc. 1º, 339, 347, 371 y 373 de la C. P.); una función de regulación económica y social de múltiples sectores y actividades específicas según los diversos parámetros trazados en la Constitución (artículos 49 y 150, numeral 19, por ejemplo) y todas las anteriores, dentro de un contexto de intervención general encaminado a definir las condiciones fundamentales del funcionamiento del mercado y de la convivencia social, como el derecho de propiedad privada pero entendido como “*función social*” (artículo 58 C. P.) o la libertad de iniciativa privada y de la actividad económica siempre que se respete también la “*función social*” de la empresa (artículo 333 C. P.) en aras de la “*distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo*” (artículo 334 C. P.)”.

2.1 APLICACIÓN A LOS SERVICIOS PÚBLICOS

La Ley 142 de 1994 que se aplica a los servicios públicos domiciliarios conforme al artículo 1º (acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada, telefonía rural móvil, a las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de esta ley, y las actividades complementarias definidas en el artículo 11 del presente título) en su artículo 2º trae los fines para los cuales el Estado interviene en los servicios públicos conforme a las reglas de competencia:

1. Garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de la vida de los usuarios.

2. Prestación eficiente

3. Libertad de competencia y no utilización de posición dominante

4. Obtención de economías de escala comprobables

El artículo 10 se refiere a la libertad de empresa para prestar servicios públicos dentro de los límites de la constitución y la ley. El artículo 11 se refiere a la Función social de la propiedad de las entidades prestadoras de servicios públicos: 11.1 Asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente, y sin abuso de la posición dominante que la entidad pueda tener frente al usuario o a terceros. 11.2 Abstenerse de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia, cuando exista de hecho la posibilidad de competencia.

Para la interpretación y aplicación de la ley 142 de 1994 el artículo 14 trae a definición de posición dominante en el 14.13: Es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto de sus usuarios (posición dominante contractual: contrato de condiciones uniformes es de adhesión) y la que tiene una empresa, respecto del mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de este, cuando sirve el 25% o más de los usuarios que conformen el mercado del mercado (posición de dominio en el mercado) El artículo 15 (personas que prestan servicios públicos, el artículo 17 y 18 sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios públicos.

El artículo 34 que contiene 6 numerales sobre prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas enumera las diferentes conductas (mezcla todas las conductas restrictivas de la competencia).

El artículo 37 de la Ley 142 de 1994 es muy importante (Desestimación de la persona interpuesta) para los efectos de analizar la legalidad de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos, de las comisiones de regulación, de la Superintendencia y de las demás personas a las que la ley crea incompatibilidades o inhabilidades, debe tenerse en cuenta quiénes son, sustancialmente los beneficiarios reales de ellos, y no solo formalmente las personas que los dictan o celebran. Por consiguiente, las autoridades administrativas y judiciales harán prevalecer el resultado jurídico que se obtenga al conocer el beneficiario real, sin perjuicio del derecho de las personas de probar que actúan en procura de intereses propios, y no para hacer fraude a la ley.

El artículo 40 de la Ley 142 de 1994 trae las áreas de servicio exclusivo:

“[...] por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto;... se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales competentes podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse de que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrá pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio”.

Los artículos 68, 69, 73 y 74 se refieren a las comisiones de regulación; y los artículos 75, 76 77, 78, 79 y 81 a la Superintendencia de Servicios Públicos. El artículo 98 a las prácticas tarifarias restrictivas de la competencia; el

artículo 133 al abuso de posición dominante con respecto a los contratos con los usuarios.

La Ley 489 de 1998 por su parte establece para las empresas industriales y comerciales del Estado que compitan con empresas privadas una prohibición expresa de ejercer prerrogativas o privilegios que menoscaben la libre competencia. El artículo 87 de la citada ley es del siguiente tenor:

“Artículo 87. Privilegios y prerrogativas. Las empresas industriales y comerciales del Estado como integrantes de la Rama Ejecutiva del Poder Público, salvo disposición legal en contrario, gozan de los privilegios y prerrogativas que la Constitución Política y las leyes confieren a la Nación y a las entidades territoriales, según el caso.

No obstante, las empresas industriales y comerciales del Estado, que por razón de su objeto compitan con empresas privadas, no podrán ejercer aquellas prerrogativas y privilegios que impliquen menoscabo de los principios de igualdad y de libre competencia frente a las empresas privadas”.

En el ámbito de los servicios de salud el artículo 1º del Decreto 1663 de 1994 establece que:

“[...] de conformidad con lo establecido en el artículo 333 de la Constitución Política, en la Ley 155 de 1959, en el Decreto 2153 de 1992, en el Decreto-ley 1298 de 1994 y en el presente Decreto, el Estado garantizará la libre y leal competencia dentro del mercado de los servicios de salud, dentro del cual se entiende comprendido el de los insumos y equipos utilizados para la prestación de dichos servicios. [...] En consecuencia, el Estado garantiza a las Entidades Promotoras de Salud, a los promotores de estas, a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, a los profesionales del sector de la salud, a las asociaciones científicas o de profesionales o auxiliares de dicho sector y a todas las personas naturales o jurídicas que en el participen, el derecho a la libre y leal competencia en el mercado de los servicios de salud, en igualdad de condiciones, dentro de los límites impuestos por la ley y por el presente Decreto”.

Más recientemente la Ley 1340 de 2009 hace aplicables las normas de protección de la competencia a cualquier operador en el mercado sea este público o privado al disponer en su artículo 2º:

Artículo 2º. Ámbito de la ley. Adiciónase el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 con un segundo inciso del siguiente tenor:

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

3. APLICACIÓN A LA CONTRATACIÓN ESTATAL

En materia contractual, aunque el derecho de la competencia es reciente, esto no quiere decir que la competencia no gozaba de protección anteriormente, ya que al aplicar el derecho público el principio de igualdad, esta se protegía. El derecho público ha venido aplicando el principio de igualdad (artículo 20 de la Ley 80 de 1993) sobre reciprocidad con extranjeros y el artículo 21 de la misma ley sobre tratamiento y preferencia de las ofertas nacionales (condiciones competitivas de calidad, oportunidad y precio, sin perjuicio del procedimiento de selección objetiva). El artículo 28 sobre interpretación de reglas contractuales invoca los mandatos de buena fe e igualdad, así como el equilibrio entre prestaciones y derechos en lo relativo a procedimientos de selección y escogencia de contratistas.

En realidad, los elementos que trae la ley de contratación (Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007), sirven para garantizar en forma indiscutible, una mejor competencia, porque se aportan criterios objetivos (artículo 24 el principio de transparencia; el artículo 25 el principio de economía; el artículo 26 el principio de responsabilidad; el artículo 27 la ecuación contractual y el artículo 28 la interpretación de las reglas contractuales).

Así que en ausencia de una aplicación de las normas *stricto sensu* del derecho de la competencia y con miras a un objetivo superior a la preservación de la competencia, el derecho público la ha preservado por otros medios.

La aplicación a las compras públicas del principio de igualdad constituye uno de esos medios y exige a la administración las siguientes obligaciones positivas:

- Brindar las mismas informaciones a todos los Oferentes. En Francia el Consejo de Estado anuló la adjudicación de una ruta de transporte escolar,

porque una empresa competidora pese a las repetidas solicitudes, no pudo obtener acceso a informaciones esenciales (kilometraje a cubrir en la red y monto de las sumas de los asalariados que tenía que asumir) para estar en capacidad de hacer una oferta satisfactoria.

Otro ejemplo que ofrece la jurisprudencia francesa es el de un departamento adoptó un criterio que no había sido contemplado en el pliego de condiciones para adjudicar a una empresa la construcción de un terraplén. Sin que constara en el pliego de condiciones, le adjudicó a una empresa que tenía una cantera cerca del lugar donde debía construirse ese terraplén, alegando que así los materiales eran menos costosos. (Aquí también se atentaba contra el principio de igualdad de los oferentes).

- Atentaría también contra el principio de igualdad si se permitiera que una empresa pudiera modificar su oferta después de abierta la urna o conceder una rebaja en el precio; o si se adjudica a quien no reúne las condiciones del pliego de condiciones.

- Las personas públicas tampoco pueden avalar ni reforzar los efectos de una práctica anticoncurrencial. En particular, el negocio no puede ser atribuido a una empresa que ha sido, por medio de un acuerdo entre oferentes o licitantes, previamente determinada. Por otra parte, si el comprador público se da cuenta de dicho acuerdo anticompetitivo debe rechazar todas las ofertas presentadas en esas condiciones.

- El comprador público no puede favorecer ni imponer que se implemente una práctica anticoncurrencial. Conviene verificar si en ausencia del acto administrativo acusado, o si las modalidades de oferta hubieran sido diferentes, la práctica contraria a la libre competencia habría podido tener lugar. En caso de que así fuere, el mecanismo de oponibilidad del derecho de la competencia podría ser invocado ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

- De la misma manera, en virtud del principio de igualdad las empresas públicas pueden participar en iguales condiciones que las privadas, para lo cual solo deben tener en cuenta dentro de su oferta el conjunto de sus costos directos e indirectos que concurren a la formación del precio de la prestación objeto del contrato, y que no se hayan beneficiado de una ventaja derivada de los medios y recursos que les son asignados para su misión de servicio público, para falsear su oferta.

Hace algunos años, se presentó un caso paradigmático en relación con el régimen jurídico de los operadores públicos en competencia. Era una época,

en que incluso EPM intentaba hacerse a la propiedad de Isagén aunque mediante aspectos regulatorios se le impidió obtener su propósito económico.

En efecto, la Comisión de Regulación Eléctrica (CREG) puso en duda la posibilidad de participación de un operador público en igualdad de condiciones con eventuales operadores privados, y más concretamente con las Empresas Públicas de Medellín (EPM) para la adquisición de Isagén. El tema fue objeto de debate en la Comisión Quinta del Congreso de la República el 17 de septiembre de 2000, e incluso llegó a proponerse, aunque sin éxito, la moción de censura en contra del Ministro de Minas y Energía de ese entonces.

Lo cierto es que partiendo del presupuesto de que la Resolución 128 de 1996 en el artículo 3º fijaba como tope máximo de cualquier agente de la actividad de generación en el año 2002, el 25% de la capacidad instalada del Sistema Interconectado Nacional (SIN), la administración en ese entonces de las Empresas Públicas de Medellín consideró que podía estar presentándose una vulneración de los derechos de dicha empresa.

De acuerdo con las apreciaciones del ex gerente de las Empresas Públicas de Medellín, la posibilidad de participación de la empresa a su cargo fue acordada con el Presidente de la República y el Ministro de Hacienda de poder adquirir hasta un 49%, que después se redujo a 47.4% que fue anunciado en el Congreso por el propio Ministro de Minas y Energía, para luego reducirse al 45% y de ahí en la práctica mediante la Resolución 042 de la CREG al 41.4%. Consideró la administración de EPM en su momento esta discriminación no solo se manifestó al infringir entre otras normas la Resolución 042 de la CREG y diferentes normas constitucionales que consagran la igualdad ante la ley (art. 13), sino al crear conceptos que anteriormente no existían en la ley, pero con destinatario propio en este caso como el de “la franja de potencia”.

Por otra parte, en el reglamento de venta y adjudicación de Isagen, se contemplaba otra manera de discriminar a las Empresas Públicas de Medellín a juicio de esa administración de EPM, cuando se le negaba expresamente el derecho a que fuera compensada como cualquier otro participante en la puja por la participación en Isagen, por la contingencia de una reclamación que había instaurado contra la Nación, a su juicio legítima, por los beneficios derivados del embalse del Peñol sobre la generación de San Carlos.

Según la administración de EPM, a primera vista, no aparecía ninguna justificación para que se efectuara esta discriminación ya que el caso sería decidido en justicia y en su oportunidad por los jueces colombianos, razón por

la que, en consecuencia, no debería jugar de manera alguna ningún criterio de esa índole frente a un proceso transparente de “enajenación” de acciones de Isagen (concepto amplio de competencia que permitiría a los operadores públicos participar en igualdad de condiciones).

Sin embargo, de lo expresado por la administración se advertía que el Ministro y la CREG parecían querer que dicho proceso fuera a toda costa de “privatización”. El ex gerente y después, paradójicamente, Ministro de Minas y Energía, doctor Ramiro Valencia, anotó en una rueda de prensa lo siguiente “Finalmente, y como para garantizar la ausencia de las EMP en el proceso, la Nación en el reglamento de venta y adjudicación de Isagen, en el anexo 2, numeral 8.5, garantiza, de acuerdo a su participación accionaria, cubrir a los compradores por todas las contingencias que actualmente tienen Isagen, por los beneficios derivados del embalse del Peñol en la generación de San Carlos” (noviembre de 1999).

Pero, adicionalmente, en su anexo 2, numeral 8.9 *“exclusión de la compensación”*, también sostiene que en el momento en que un vehículo de inversión adquiera las acciones de Isagen pierde dicha garantía si uno de los socios es un demandante, porque para nuestro caso serían las EEPPM. Ante esta posición es muy claro que ningún inversionista estaría interesado en participar en la EEPPM en el proceso de compra y si lo hace, descontara del valor de la oferta que las EEPPM, el valor de la contingencia. “Bajo estas circunstancias muy posiblemente no se llegará al precio mínimo y en el mejor de los casos su oferta no será nada competitiva”, así concluye el informe preparado para los medios de comunicación por la Subgerencia de Planeación de Generación de Energía de EPM en su página 7, el cual se denominó “Las Empresas Públicas de Medellín (EEPPM) frente al proceso de enajenación de Isagen”.

En cualquier caso, traigo a colación esta materia ya superada con el único objeto de señalar cómo el Estado, cuando obra en su calidad de regulador, también puede terminar restringiendo la competencia. Si estamos hablando de promoción de la competencia, el principio de libre acceso a los mercados debe ser la norma. El único límite de la participación de las empresas públicas eficientes dentro de la economía concurrencial debe provenir de las propias normas de competencia. El principio de igualdad de las condiciones en la competición es el corolario de la norma de “no discriminación” de los operadores públicos.

4. REGLAS DE JUEGO PARA LA COMPETENCIA ENTRE OPERADORES PÚBLICOS, PRIVADOS Y MIXTOS

Con respecto al caso anterior, y en general, hace algunos años señalamos unas reglas de juego para la competencia entre operadores públicos y privados. Estas reglas de juego son:

1. A situaciones comparables, tratamiento comparable.
2. El derecho a desarrollar el principio constitucional de la libertad económica en tanto que libre empresa como libertad de competencia.
3. Que el derecho de diversificación es común a las empresas públicas y privadas tanto en diversificación interna como externa.
4. Frente a situaciones de excepción, tratamiento de excepción (servicio económico de interés general: actividades que no asume la competencia y que son de interés general y monopolios fiscales).

Mucho después el tema se fue pacificando, y los operadores privados de servicios públicos aceptaron la coexistencia pacífica con los operadores públicos y mixtos; lo que era muchísimo más acorde con las finalidades mismas que inspiraron la competencia en sus orígenes, como era el que los usuarios-consumidores tuvieran una mayor libertad, representada en su capacidad de opción frente al operador y sus correspondientes tarifas, calidad del servicio, con independencia de su naturaleza pública, privada o mixta.

Hay pues una convergencia de imperativos y de intereses comunes en la defensa de la competencia entre las normas de derecho público y el derecho de la competencia, pero también una segunda convergencia, y es que con las transformaciones profundas que se están dando actualmente de las relaciones entre el Estado y el mercado, es perfectamente factible la aplicación de las normas de la competencia a las compras públicas.

CAPÍTULO 2

JURISPRUDENCIA SOBRE APLICACIÓN DE LA COMPETENCIA A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La incorporación del principio de libre competencia no ha sido ajena a las consideraciones del Consejo de Estado en Colombia como se verá a continuación.

1. CASO ADPOSTAL

La Sección Primera del Consejo de Estado en Sentencia del 13 de septiembre de 2007, se pronunció frente a la posibilidad de que Adpostal siguiera manteniendo el monopolio postal, como se había sido prohijado anteriormente por un concepto de la Sala de Consulta de agosto 9 de 2001. Dicha decisión de la Sección Primera declaró la nulidad de la expresión *“Efectivamente las entidades oficiales y semioficiales del orden nacional deben transportar absolutamente toda su correspondencia a través de la red oficial de correos”*, contenida en el numeral primero del Oficio acusado, expedido por el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Comunicaciones, en respuesta a una petición formulada por el Representante Legal de la Asociación Colombiana de Empresas de Mensajería.

En una aclaración de voto a dicha providencia, cuya ponencia inicial no fue aprobada en el sentido que proponía el ponente originario, se dice lo siguiente:

El alcance que le concede la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado es errado y no tiene en cuenta la disposición constitucional arriba mencionada, que impide la existencia de monopolios diferentes a los fiscales. El principio de la libre competencia se impone y debe respetarse tanto por el legislador como por la Administración. Es más, el análisis del artículo 37 de la Ley 80 de 1993 que distingue entre mensajería especializada y correos como especies del género común de servicios postales, debe interpretarse en forma sistémica, ya que no sustrae de la aplicación de las normas de competencia ni a la una ni a la otra. Lo que dicha disposición establece es cuál régimen contractual era el aplicable a una y otra actividad, así mientras para el servicio de correo se requiere participar en un proceso de selección objetiva para acceder a un contrato de concesión, en la mensajería especializada, la posibilidad de operar se da a través de una licencia.

En otras palabras, ninguna especie de los servicios postales a partir de la Constitución de 1991, se encuentra excluida de la aplicación del derecho de la competencia. El Estado y el Ministerio de Comunicaciones pueden reglamentar y vigilar el sector, combatir la gran ilegalidad existente en el mismo, en particular, tratándose de empresas de mensajería especializada, pero no pueden otorgar prerrogativas ajenas a un régimen constitucional y legal de competencia, que le exige neutralidad en la selección de los operadores.

Mal podía entonces el Ministerio de Comunicaciones, como autoridad administrativa, a sabiendas de que no existían diferentes concesionarios del servicio de correo, es decir que la *“red oficial de correos”* estaba integrada por una sola empresa sometida a la competencia y adscrita al mismo, otorgarle una ventaja competitiva, en detrimento de los demás operadores legales del mercado.

Es diferente que Adpostal o la filial creada como sociedad anónima de carácter público a partir del Decreto 4310 del 25 de noviembre de 2005 pueda competir en igualdad de condiciones y participe en franca lid en un proceso de selección objetiva para acceder a un contrato de concesión, y otra muy distinta que Adpostal, prevalida de ser adscrita al Ministerio de Comunicaciones, integrada en su Junta Directiva solo por representantes del Gobierno nacional, pueda obtener por esta razón, el privilegio de prestar el servicio en forma exclusiva y excluyente, lo que además de distorsionar las condiciones de la competencia, puede traducirse en que muchas entidades del orden nacional, se vean obligadas en detrimento de una buena prestación de su propio servicio, a utilizar operadores que no resulten lo suficientemente eficientes, en perjuicio del interés general, como es el caso de la Administración de Justicia, que se ve constreñida a utilizar tales servicios a costa del sacrificio del principio de eficacia que debe imperar en sus actuaciones.

2. LA NOCIÓN DE ABUSO AUTOMÁTICO DE POSICIÓN DOMINANTE

Para finalizar, se transcribe lo señalado en el salvamento de voto reciente frente a un auto que tenía las características de una sentencia:

“El abuso automático de la posición dominante es la hipótesis más característica de violación de las normas de competencia. Sin embargo, no es necesario que la administración sea responsable del origen de un abuso de posición dominante, pues ella puede decidir simplemente favorecer o reforzar un abuso de posición dominante preexistente y directamente imputable a un operador en el mercado.

“La aplicación del derecho de la competencia al juzgar actos administrativos se predica en relación con aquellos actos en que los efectos anticoncurrenciales son directamente imputables a la administración. Esos actos no necesariamente ponen a un operador en el mercado en situación de abusar de una posición dominante, pero producen los mismos efectos que el abuso de dicha posición.

“El juez administrativo debe asegurarse de que las condiciones que acompañan las decisiones de las autoridades públicas no impliquen un atentado contra la libre competencia y por tanto puede analizar la legalidad de esas decisiones a la luz del derecho de la competencia.

Y continúa el salvamento:

“El estudio de las decisiones del Consejo de Estado Francés permite diferenciar varias categorías de atentados a la libre competencia resultantes de un texto normativo. Ellas tienen todas como efecto reducir la libre escogencia de los consumidores falseando la competencia entre empresas por la vía de discriminaciones entre operadores o de una atrofia deliberada del mercado.

“El principio de libre competencia implica una transformación sustancial en los métodos de análisis empleados por el juez administrativo. Este ejerce normalmente el control de los actos del poder público desde un punto de vista eminentemente jurídico. No obstante, la inclusión del principio de la libre competencia dentro del análisis le permite enriquecer y profundizar el control de los actos administrativos mediante el uso de herramientas de análisis económico más finas y precisas.

“La inclusión del principio de libre competencia en el análisis del juez administrativo permite tomar en consideración el impacto sobre el mercado de una decisión administrativa”.

De conformidad con lo anterior, en el presente caso el principio de la libre competencia no se desconoce con la norma acusada, porque:

- La apertura de una licitación pública constituye la oportunidad reconocida a todos los posibles interesados en la adjudicación del tercer canal de presentar sus correspondientes ofertas.
- La licitación 002 de 2010 que se abrió fue pública de manera que en ella tuvieron la posibilidad de intervenir los proponentes que consideraran que cumplían los requisitos allí previsto.s
- Es del resorte de cada potencial proponente el ejercicio del derecho a presentar su oferta, y lo que amparan las normas legales es que se brinde la oportunidad para la participación; pero el hacer o no una propuesta o hacerla y retirarla, es una facultad, cuyo ejercicio o no corresponde a sus titulares.

En tal sentido, si en el proceso licitatorio que nos ocupa no se presentó más de una oferta o quienes las presentaron las retiraron posteriormente en nada se desconoce la publicidad de la licitación ni se vulnera el principio de libre competencia, pues el hecho de que solo exista un oferente no implica que se les haya conculcado el derecho a los otros proponentes ni se haya puesto en riesgo el patrimonio o la moralidad pública, como se demostró antes.

- De acuerdo con las normas aplicables al caso, la existencia de una licitación pública no implica que deba intervenir necesariamente una pluralidad de oferentes.
- Al establecer un procedimiento para el caso de un proponente único, que, como se vio, se encuentra en armonía con las normas legales en materia de contratación administrativa, se permite que de ajustarse la propuesta a lo previsto en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, ingrese al mercado un nuevo competidor con los beneficios que ello trae a la sociedad y a los consumidores.

En cuanto al derecho de la competencia y el interés de los consumidores se manifestó:

“La competencia no es un fin en sí misma sino un medio tendiente a satisfacer objetivos sociales y económicos. El Estado debe intervenir si ella no puede atender tales fines o pone en riesgo su consecución. Como lo señala Alain Bienenmeier en su artículo “L’intérêt du consommateur dans l’application du droit de la concurrence: un point de vue d’économiste”, el derecho de la competencia debe ir de la mano con el derecho del consumidor para alcanzar fines socialmente deseables.

“Los intereses inmediatos y concretos de los consumidores están directamente en juego dentro del dominio de la producción y distribución de bienes y servicios de consumo amplio. Ellos deben ser tomados en cuenta en forma adecuada y explícita en la apreciación de las prácticas restrictivas de la competencia sometidas a consideración de los jueces.

“La competencia es el precio que los productores o prestadores de servicios deben aceptar para beneficiar a los consumidores con la más amplia libertad de escogencia posible. Es preciso reconocer que la competencia se desarrolla en un mundo mucho más complejo que el de la competencia pura y necesita por tanto una visión menos reductora de la vida social. Son los consumidores quienes se ven privados en su libertad, es decir sin capacidad de opción, cuando un competidor no

puede entrar a un mercado donde ya coexisten dos operadores, siempre que reúna los requisitos legales y constitucionales para hacerlo.

“Si la satisfacción y bienestar de los consumidores es la finalidad última de toda actividad económica, la competencia es la disciplina que permite alcanzar, entre otros, ese fin. En consecuencia, toda actividad que estimule conductas anticoncurrenciales debe ser condenada y así el derecho de la competencia encuentra su legitimidad en su vocación de defender también la libertad de los consumidores. El abuso automático de posición dominante”.

3. OTRA JURISPRUDENCIA SOBRE EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

Jurisprudencia: Expediente 00282-01 de 18 de septiembre de 2014. Consejo de Estado. C. P. doctor Guillermo Vargas Ayala.

Es constitutivo de abuso de la posición de dominio el cobro de un cargo fijo a los usuarios por el servicio que no se presta.

1. Se daría un abuso de posición dominante por precios predatorios, cuando se da la disminución de los precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de estos.

2. Se presentaría un abuso de posición dominante por discriminación vertical, cuando la aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor en condiciones análogas¹.

3. Se presentaría un abuso de posición dominante por el condicionamiento de la contratación cuando tenga por objeto o tengan como efecto, subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.²

4. Se presenta una explotación abusiva de posición dominante por discriminación horizontal por ejemplo cuando se da la venta a un comprador

1 Ferrovías y Drumond. Resolución 523 de 1997. Resolución y Celumovil-Comcel. Resolución 1735 de 1995. Garantías. Sanción a Satena y representante. Res. 04285 del 11 de febrero de 2002.

2 Caso contra la CCA, General Motors y Sofasa y las redes de concesionarios Resoluciones 367 y 1187 de 1997. Caso Pavco y Distribuidores. Res. 0843 de 1994.

en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado³.

5. Y se da la explotación abusiva de la posición dominante por precios predatorios regionales cuando se puede establecer la conducta de 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 costo de la transacción⁴.

3 Fabricante de producto o proveedor de materia prima que discrimina a ciertos compradores-competidores; o discrimina a cierto grupo de consumidores para excluir a los competidores del mercado.

4 Sanción Induga y representante. Res 15653 del 10 de mayo de 2001.

Unidad 4

LA COLUSIÓN EN LAS LICITACIONES PÚBLICAS

La colusión afecta al mercado en general. Así como a los concurrentes que no participaron en el acuerdo colusorio, ya que tiene un impacto directo al incrementar los precios de los bienes y servicios contratados, lo que genera un desequilibrio en el gasto público. Algunos estudios consideran que las adquisiciones del sector público representan hasta el 15% del producto interno bruto (PIB), razón por la cual son las licitaciones públicas por el tamaño de las contrataciones y algunas veces su complejidad, las que son el objetivo específico de esta práctica.

Cuando los actores económicos, en su afán de conquistar a cualquier precio un contrato, se apartan de la sana competencia y acuden a distorsionarla para repartirse entre eventuales concurrentes diferentes licitaciones o contratos estatales, en estos casos se presenta la denominada colusión.

CAPÍTULO 1

APROXIMACIÓN A LA COLUSIÓN COMO PRÁCTICA RESTRICTIVA

El ordenamiento jurídico colombiano condena la colusión, tanto en el ámbito de las normas del derecho de la competencia, el derecho penal y el régimen de contratación estatal. Las normas son las siguientes: inciso 2 del numeral 5º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, numeral 9º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011. El artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 define el acuerdo como todo contrato, convenio, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas. De esta manera, un acuerdo implica la existencia de unos hechos que permitan colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades que se identifican entre sí, es decir, una acción conjunta y mancomunada.

La colusión ha sido definida como la acción o efecto de coludir, es decir, el hecho o circunstancia de pactar en contra de un tercero. La Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en sentencia de 26 de enero de 1995, señaló que “las maniobras fraudulentas pueden provenir del acuerdo de las partes (colusión) para perjudicar a terceros, o de una de las partes para perjudicar a la otra”.

Entonces, como señala la Superintendencia de Industria y Comercio, “cuando los oferentes coluden entre sí para distorsionar el proceso licitatorio, la adjudicación podría no ser el resultado de un proceso competitivo, sino de un acuerdo ilícito que contraria la libre competencia, constituyéndose en una de las principales vías de defraudación del Estado. Eso es lo que en la doctrina se conoce con el nombre de colusión entre oferentes en *licitaciones o concursos*, también llamada *bid rigging* o *collusive tendering*, la cual se produce cuando empresas que en ausencia de dicha colusión habrían competido sin compartir información entre sí, se ponen, se ponen de acuerdo para para elevar los precios o disminuir la calidad de los productos o servicios a ser proveídos a adquirentes interesados en obtenerlos mediante un proceso competitivo”.

Los carteles de las licitaciones se pueden dar **durante la elaboración de los pliegos de condiciones** (intercambio de informaciones entre los proponentes y los funcionarios para direccionar la adjudicación), **durante la presentación de las ofertas** (posturas encubiertas, supresión de ofertas, rotación de ofertas y asignación de mercados), o **durante la ejecución del contrato** (subcontratación de competidores no elegidos o cesión de contratos). El numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 tipifica la colusión como una práctica contra la libre competencia al señalar: Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos (*artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 elimino las expresiones “concurso” y “términos de referencia”*) o los que tengan como efecto la distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas”.

En este sentido, para hablar de colusión se requiere el cumplimiento de los siguientes supuestos:

1. Un acuerdo entre dos o más sujetos
2. Que el acuerdo tenga por objeto la colusión en licitaciones o concursos o como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos, o fijación de términos de las propuestas.
3. Que dicho acuerdo afecte el bien jurídico protegido (artículo 3º de la Ley 1340 de 2009 trae los bienes jurídicos protegidos por el derecho de

la competencia en Colombia que son la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica).

No resulta fácil identificar un acto de colusión, ya que estos son secretos o simulados. Las pruebas para detectar una colusión son indiciarias. Para ello la Superintendencia de Industria y Comercio ha publicado una cartilla denominada “Guía Práctica para combatir la colusión en las licitaciones” en la cual se exponen algunos elementos de juicio. En adición a lo anterior, nuestra experiencia indica que estos son los indicios más fuertes en este tipo de casos, aunque cada vez se vuelve más difícil, incluso con los límites señalados para la realización de las visitas de inspección en la sentencia C-165 del 18 de octubre de 2018, máxime cuando estas conductas atacan diferentes bienes jurídicos, como el patrimonio público, la moral administrativa, el derecho de la competencia y del consumidor, entre otros.

A manera de ejemplo, indicios como los siguientes advierten de la posibilidad de acuerdos colusorios: (i) propuestas recibidas con los mismos errores de ortografía y el mismo diseño; (ii) que en su aspecto técnico tienen el mismo concepto; (iii) hacen referencia expresa a las ofertas de otros competidores; (iv) ofertas muy altas que no tienen justificación técnica dentro del mercado; (v) procesos licitatorios en los que los plazos para la presentación de la oferta son muy cortos, a pesar de las características del objeto a contratar y del mercado pertinente, y (vi) sospechas que los oferentes han trabajado conjuntamente en la elaboración de las propuestas.

Para una más fácil comprensión, desarrollaré uno de los casos con fundamento en la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio, además citaremos varios, donde se ha aplicado esta prueba indiciaria.

1. Casos de supresión de la oferta. La SIC estudió el caso de Intersystem, a raíz de una denuncia presentada por la Veeduría Distrital de Bogotá, esta aceptó la existencia de un acuerdo previo a la presentación de las ofertas. Después en este caso ellos deciden quiénes deben presentarse y quiénes se retiran para lograr la adjudicación.

2. Ofertas complementarias, de cortesía o simbólicas o de resguardo. Se da la apariencia de estar compitiendo, pero o son demasiado altas o bajas, pero son un complemento para la propuesta que resulta escogida. Un ejemplo de esta forma de manipulación se presentó en el caso del Consorcio Vial Colombiano y el consorcio de Oriente, esta investigación se originó por un informe elaborado por Conconcreto a Fonade para demostrar que los investigados aumentaban seriamente las posibilidades de ser adjudicatarios (Resolución 64400 de 2011).

En un caso del INPEC cuyo objeto era contratar la prestación del servicio de alimentación por el sistema de ración para la atención de los internos de los centros de reclusión del orden nacional, dos oferentes presentaron una oferta baja idéntica, mientras tanto un tercero, una más alta. Esto aumentó la posibilidad de adjudicación porque afectó la media aritmética frente a los otros oferentes.

3. Rotación de ofertas. A diferencia del anterior, los oferentes sí presentan sus ofertas, pero se turnan para ser el oferente ganador. Esta resulta más difícil de detectar porque generalmente no se da ante una sola entidad contratante. Un caso reciente es el publicitado como de Empresas de Seguridad y Vigilancia Privada.

4. Acuerdo de precios. Como su nombre lo indica las empresas presentan sus propuestas bajo condiciones previamente definidas y conciertan los precios de sus ofertas. Un caso adelantado por la SIC fue un proceso de selección que llevaría a cabo la Gobernación de Arauca, en donde se pusieron de acuerdo en los precios Valme Ltda. y el Consorcio H&F (Resolución 40875 de 2013).

5. Acuerdos de reparto y asignación de mercado. Los participantes se ponen de acuerdo en cuál será la propuesta ganadora, esto se puede evidenciar escogiendo la región, el producto, o con respecto a qué cliente.

6. Subcontratación. Es una forma de recompensar a quien ha hecho parte de un acuerdo colusorio, ya sea retirando una oferta o presentando una que no será escogida.

El Estatuto Anticorrupción elevó a infracción penal la conducta anterior porque solo tenía sanción desde el punto de vista de las prácticas restrictivas de la competencia y de la eventual nulidad de la licitación. El artículo es del siguiente tenor:

“Artículo 27. Acuerdos restrictivos de la competencia. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 410A, el cual quedará así:

El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

“Parágrafo. El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivo en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años”.

Es de anotar que en la actualidad se adelanta investigación penal por este delito a varios carteles, quizás el más nombrado, el de la vigilancia privada.

Para una mejor ilustración observemos el análisis personal de un caso concreto que es el del Grupo Nule, a partir de la Resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura de Promoción de la Competencia 54693 y 54695 de 2013.

CAPÍTULO 2

CASO GRUPO NULE

IMPOSICIÓN DE SANCIONES POR PRÁCTICAS COLUSORIAS EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La Superintendencia de Industria y Comercio impuso sendas sanciones pecuniarias a las personas naturales controlantes del Grupo Nule, a las empresas infractoras parte del grupo y a sus administradores, por encontrar que este, a través de sus empresas, incurrió en prácticas colusorias por objeto y efecto, en procesos de contratación pública.

Las Resoluciones sancionatorias corresponden a los siguientes actos administrativos: (i) 54695 de 16 de septiembre de 2013 y (ii) 54693 de 16 septiembre de 2013.

En ambos procesos administrativos la Superintendencia determinó que los investigados fraguaron una estrategia colusoria con el fin de participar en cada concurso público mediante la **presentación de varias ofertas, presuntamente independientes, por diversas empresas ya que en realidad hacían parte de un grupo empresarial.**

Así, los señores Nule, a través de las empresas infractoras en cada caso, desplegaron la conducta sancionada mediante las siguientes actuaciones:

- Ocultamiento de la existencia de un grupo empresarial a través de la inobservancia del Código de Comercio que les impone a las personas jurídicas la obligación de inscribir y declarar la existencia de situaciones de grupo empresarial.
- Presentación de dos propuestas supuestamente independientes por parte de empresas del grupo mediante consorcios y promesa de sociedad futura, ya que, según la Superintendencia, fungían como una sola al provenir de los controlantes del grupo, sin que dicha situación pudiese ser advertida por la Entidad contratante. Ello implicó la manipulación de probabilidades de adjudicación a favor de este grupo empresarial.
- Direccionamiento de la participación de los consorcios adjudicatarios en cada caso; además, administración y manejo del contrato adjudicado por parte del Grupo Nule.

En cada uno de los procesos, la Administración adelantó una valoración fáctica y probatoria similar así:

1. CASO RESOLUCIÓN 54695 DE 2013

1.1. SUJETOS INVESTIGADOS Y SANCIONADOS

(i) Empresas Ponce de León y Asociados S. A., Ingenieros Consultores Asociados y Bitácora Soluciones Compañía Ltda. (ii) Personas naturales Manuel Francisco Nule; Miguel Eduardo Nule; Guido Alberto Nule; Antonio José Rodríguez Jaramillo y Jorge Luis Betín Rodríguez.

Los investigados se presentaron al concurso a través de la conformación de un consorcio y una promesa de sociedad futura así: (i) Consorcio Supervisores Inter ICBF-2007, del cual hacía parte la Sociedad Ponce de León Asociados S.A. Ingenieros y Consultores, e Hidrotec Ltda., esta última no hacía parte del Grupo Nule; y, (ii) Promesa de Sociedad Futura “Supervisiones Desarrollo Social Colombia”, de la que hacía parte Bitácora Soluciones S. A., perteneciente al Grupo Nule¹.

¹ De esta también hacían parte otros integrantes no correspondientes al Grupo o cuya investigación administrativa fue cerrada por no contar con las suficientes pruebas para establecer que incurrieron en colusión, como Horacio Mendoza, Rina Mendoza, A.C.I., Proyectos S.A. y GCS Geoconsulting Services S. A.

1.2. EL MERCADO RELEVANTE

Según la Superintendencia, en un concurso público celebrado por una entidad del Estado, la competencia abarca a aquellas personas que estén en capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar, ya que, adicionalmente, han decidido participar como proponentes y presentarán una oferta dentro del proceso de selección.

De acuerdo con lo anterior, el mercado relevante se circunscribió al concurso público ICBF-SN-014-2007, celebrado por el ICBF y cuyo objeto, en síntesis, era contratar el control y la supervisión técnica y administrativa de los programas como raciones de emergencia, desayunos infantiles y recuperación nutricional, entre otros.

1.3. LA CONDUCTA SANCIONADA Y LA PRUEBA DE SU OCURRENCIA

Según la Administración, los sancionados contravinieron lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959² y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992³.

Lo anterior se constató mediante la realización de las conductas, anteriormente se señalaron, estas pruebas fueron valoradas como **indicios**, evaluados uno a uno y en su conjunto llevaron a concluir la existencia de una conducta colusoria.

Al respecto, en la resolución en comento se indica que en los casos relacionados con infracciones a las normas de competencia es reconocida a nivel internacional la importancia del papel que juegan los indicios; precisamente, debido a que en buena parte de los procesos administrativos no se encuentran rastros directos de las conductas realizadas, por ello, cita

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

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

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

(...)

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

al efecto un pronunciamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia de España.

En este orden, las conductas generadoras de un acuerdo colusorio se probaron así:

1.3.1 OCULTAMIENTO DE LA SITUACIÓN DEL GRUPO EMPRESARIAL

En cuanto al ocultamiento de la situación de grupo empresarial, en primer lugar, se estableció mediante la Resolución 126-07070 de 2010, expedida por la Superintendencia de Sociedades, la **existencia de un grupo empresarial** del cual eran controlantes conjuntos Manuel Francisco Nule, Miguel Eduardo Nule y Guido Alberto Nule.

Dentro de las varias empresas que hacen parte del Grupo, además de las investigadas, se destacan: MNV S. A., Gas Kapital GR S. A., Aguas Kapital Bogotá S. A. ESP, Concesión Autopista Bogotá-Girardot S. A.

La Resolución citada indicó que Manuel Francisco Nule, Miguel Eduardo Nule y Guido Alberto Nule participan indirectamente a través de las empresas MNV S. A. y Gas Kapital GR S. A. en las demás sociedades que conformaban el grupo.

La Superintendencia de Sociedades puntualizó que para declarar la existencia del Grupo Empresarial, además del vínculo de subordinación, es necesario que exista entre las entidades **unidad de propósito y dirección**, las cuales se constataron en el presente Grupo.

Así, sobre la unidad de propósito se estableció que el objetivo común consiste en la ejecución de diversas obras resultantes de procesos de selección contractual cursados por diferentes entidades del Estado, ya que los mismos no se limitan a contratos de obra, sino también a los relacionados con el bienestar social, como es el caso de los adelantados por el ICBF en ambos procesos licitatorios. Por su parte, la unidad de dirección está dada porque los sujetos controlantes hacen parte de las juntas directivas de varias de las empresas del Grupo.

En adición, la Superintendencia de Sociedades estableció que las empresas del Grupo se avalaban entre sí con el fin de cumplir obligaciones financieras. En este punto se relacionan **actas de juntas directivas, de asambleas y de socios** en las que consta dicha situación, es decir, se tiene en cuenta no solo la Resolución de la Supesociedades, sino también el contenido de las mencionadas actas como prueba.

Finalmente, se destaca que la Resolución de la Supersociedades no tiene carácter constitutivo sino meramente declarativo, habiéndose establecido una unidad de propósito que se remonta a años incluso anteriores al 2007, época en la que se cursó por el ICBF el concurso público.

De otra parte, la Superintendencia de Industria y Comercio, pudo también verificar la existencia del grupo y su unidad de objeto, mediante **correos electrónicos** en los que señalaba la **relación de obligaciones laborales y crediticias** en las que se especificaban las empresas conformantes del Grupo, incluyendo a las sociedades investigadas. Del mismo modo, obran correos electrónicos en los que se observa, por ejemplo, que Aguas Kapital contaba con información correspondiente a asuntos internos de otras empresas respecto de los cuales no debería, en principio, tener acceso, pero que se explica debido a la existencia del Grupo; también mediante correos electrónicos se establece la existencia de vinculaciones laborales que muestran la capacidad de coordinación por parte de las empresas MNV y Gas Kapital sobre las demás empresas del Grupo, las cuales a su turno, eran controladas por los señores Nule.

Establecida, entonces, la existencia del Grupo Empresarial, se constató el **ocultamiento** del mismo, pues **al ICBF no le era posible establecer que las empresas Ponce de León y Bitácora hacían parte del Grupo Nule** dado que su composición accionaria no evidenciaba ningún vínculo societario entre dichas empresas con las otras del Grupo ni con sus controlantes, lo que de paso muestra que el cuestionado control era indirecto. Tampoco se había cumplido con la obligación de registrar el Grupo en la Cámara de Comercio según indica el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, en los eventos en que se configuren los supuestos consagrados en los artículos 260 y 261 del C. de Co.

Ahora, **de haberse sabido la existencia del Grupo Empresarial, la Entidad habría rechazado las propuestas presentadas** puesto que, según el Pliego de Condiciones, la presentación de dos propuestas por empresas que hacen parte del mismo grupo empresarial hubiera configurado la causal de rechazo contenida en el numeral 3.7 del mismo.

Así las cosas, lo único que podía evidenciar el ICBF es que las empresas investigadas se encontraban compitiendo por la adjudicación del contrato, dado el ocultamiento del Grupo Empresarial mencionado.

1.3.2 PRESENTACIÓN DE DOS PROPUESTAS SUPUESTAMENTE INDEPENDIENTES

Sobre la presentación de dos propuestas supuestamente independientes, se estableció la existencia de señales de un acuerdo colusorio, respecto

de los formatos de la presentación de valores de los ítems y el factor multiplicador.

Así, al compararse los formatos presentados por cada uno de los proponentes se advirtió que los mismos, con excepción de los de los investigados, fueron diligenciados de forma autónoma y separada de conformidad con sus costos particulares, lo cual se refleja en que los formatos del factor multiplicador son diferentes en cuanto al contenido de los ítems y sus respectivos porcentajes.

Es de aclarar que este proceso licitatorio fue dividido en macrorregiones, habiendo las investigadas participado para las 1 y 3. De este modo, el formato del factor multiplicador diligenciado para ambas subregiones, si bien es diferente en su forma es idéntico en su contenido, con los mismos ítems y en repetidas ocasiones con los mismos porcentajes. Además, se estableció que el contenido de los formularios presentados por los investigados no coincide de manera exacta con lo establecido por la Entidad.

De lo anterior, la Administración infiere que **existió un diligenciamiento conjunto de las propuestas de los investigados**, convirtiéndose este hecho en un indicio más de que aquellas se encontraban desarrollando los objetivos del Grupo Nule, que, en este caso, correspondían a distorsionar el proceso competitivo, mediante la presentación de dos propuestas que aparentaban ser independientes, pero que en realidad no lo eran.

Es así como presentar dos ofertas por parte de dos empresas de un mismo grupo empresarial, permitió a Bitácora y a Ponce de León, incrementar sus probabilidades de éxito en detrimento de las del resto de los competidores.

1.3.3 EL DIRECCIONAMIENTO DEL CONSORCIO SUPERVISORES INTER-ICBF 2007 POR PARTE DEL GRUPO NULE

Se constata en el hecho de que las actuaciones en el proceso licitatorio dependían de la dirección que al efecto impartieran los controlantes del Grupo, es decir, los señores Nule.

La Administración señala que el Grupo Nule, además de orquestar la forma en que iban a participar algunas de sus empresas en el concurso –conducta por objeto–; una vez lograda la adjudicación del contrato de la macrorregión 3⁴ –conducta por efecto– manejó todas las tareas de administración del contrato adjudicado.

4 Adjudicado al mencionado Consorcio.

Se determinó, entonces, que la adjudicación de dicho contrato se logró en cumplimiento de los objetivos del Grupo y no particularmente para la Empresa Ponce de León, a través del Consorcio.

Este hecho particular fue probado también mediante **correos electrónicos**. Uno de ellos da cuenta de que Aguas Kapital, como parte del Grupo, solicitó a sus abogados la elaboración del contrato 991 de 2007 cuyo adjudicatario fue el Consorcio del que hacía parte Ponce de León.

En otro correo de Aguas Kapital, se adjunta un archivo en el que se encuentra la carga salarial denominada “desayunos infantiles”, que responde al objeto del contrato del ICBF adjudicado a Ponce de León a través del consorcio. Se evidencia, entonces, que Gas Kapital, como integrante del Grupo, manejaba los asuntos relacionados con el contrato adjudicado y ello muestra que la adjudicación se efectuó en la práctica al Grupo Nule y no a la empresa parte del consorcio.

Bajo el contexto señalado, la SIC acota que las empresas del Grupo Nule requerían una administración centralizada de la totalidad de sus proyectos, esta se realizó mediante Gas Kapital y MNV.

Además, consta mediante un **acta de junta directiva** de Ponce de León que los socios de Bitácora estaban relacionados laboralmente con aquella. Así por ejemplo, el funcionario Víctor Hugo Macea, siendo socio de Bitácora apoyaba a Ponce de León en la adjudicación de licitaciones, lo que demuestra la asesoría de un funcionario de la competencia. Igualmente, por medio de comprobantes de nómina se pudo confirmar la vinculación laboral comentada.

Por su parte, se encontró que Jorge Luis Betín Rodríguez, socio de Bitácora, presentó una reclamación laboral a Ponce de León, la cual fue objeto de reconocimiento mediante un **contrato de transacción**.

En este mismo sentido, se encontró, mediante correos electrónicos, **un manejo de nómina unificado del Consorcio Supervisores Inter-ICBF, para el contrato adjudicado** por parte de Aguas Kapital y la existencia de un **contrato de cesión de los derechos económicos del consorcio**, también mediante un e-mail enviado desde una funcionaria de Aguas Kapital a otra de MNV, ambas empresas del mismo Grupo.

Otro indicio importante es un **correo electrónico** que demuestra la indicación de direcciones diferentes, cuando se pudo comprobar que ambas empresas funcionaban en el edificio Torre Empresarial.

Concluye la SIC que los **reiterados cruces de información y los avales económicos** entregados entre sus miembros, evidencian el accionar interdependiente que tuvo lugar entre sociedades que de facto obedecían a una misma cabeza bajo el mando de Manuel, Miguel y Guido Nule. De esta forma, aunque formalmente se presentaba al mercado como competidores autónomos, su finalidad era falsear la competencia y aumentar las probabilidades de adjudicación.

Así las cosas, resultan multados los investigados hallados responsables con una suma ejemplar, que tiene como fin no solo sancionar el hecho sino además servir de medio persuasivo, por cuanto, en este caso, la conducta afecta, además, el gasto público y un segmento vulnerable de la población. A las empresas y a las personas controlantes se les condenó en la suma de \$2.614.432.500 a cada uno; así como a los administradores en la cantidad de \$261.738.000.

2. CASO RESOLUCIÓN 54693 DE 2013

Frente a este caso, es de recalcar que se encontró también la ocurrencia de las conductas que dieron lugar a que la SIC concluyera la existencia de un acuerdo colusorio, es decir, el ocultamiento de la existencia del Grupo, la presentación de ofertas aparentemente independientes, y el direccionamiento de la participación del Consorcio Inter-ICBF 2007 en el Concurso Público CP-ICBF-SN-005-2007; y administración y manejo del contrato adjudicado a dicho consorcio por parte del Grupo Nule.

2.1. LOS SUJETOS INVESTIGADOS Y SANCIONADOS

Las empresas Ponce de León y Asociados S. A., Bitácora Soluciones Ltda.; MNV S. A. y las personas Manuel, Miguel y Guido Nule.

Los implicados participaron conformando: (i) la Promesa de Sociedad Futura Interventoría de la Concesión Plantas Valle – Atlántico, integrada por Bitácora Ltda., y otros⁵; (ii) Consorcio Inter-ICBF 2007, por Ponce de León y otro⁶; (iii) Consorcio Interventoría Industrial 2007, en el que participó MNV S.A. y otros⁷.

5 Cuya investigación fue archivada.

6 Hidrotec Ltda, no investigado.

7 No investigados.

2.2. EL MERCADO RELEVANTE

Aludiendo a la misma definición señalada en el caso anterior, este se halla conformado por el Concurso Público CP-ICBF-SN-005-2007, cuyo objeto, en síntesis, era la interventoría administrativa técnica, operativa y de control de calidad al contrato de concesión para la operación de las plantas de producción de alimentos de alto valor nutricional de propiedad del ICBF (bienestarina).

El análisis de la conducta versa sobre los mismos supuestos fácticos constatados frente al caso anterior, habiendo acudido esencialmente a los mismos medios probatorios. Se destacan los siguientes elementos diferenciadores:

- La participación de MNV S. A., con una propuesta que fue inhabilitada por la Entidad, como estrategia para distorsionar el proceso competitivo de la licitación. En este punto, señaló la SIC que el Grupo habría decidido que a menor número de competidores solo se harían efectivas las propuestas de dos de sus empresas.
- También se detectaron inconsistencias en los formatos de la presentación de valores de los ítems y el factor multiplicador que hacen inferir la existencia de un acuerdo colusorio. Sin embargo, esas inconsistencias se refieren a que los proponentes diligenciaron los rubros correspondientes a “personal profesional” y “profesional técnico” según lo establecido en los términos de referencia, en cambio, los investigados, ubican a los “Auxiliares Visitador Campo” y al “Técnico en Sistemas” en el ítem correspondiente a “Personal Profesional”, cuando los demás proponentes los sitúan en el ítem perteneciente a “Personal Técnico”. Este indicio lleva a colegir que hubo un diligenciamiento conjunto de las propuestas.

En lo demás, se recalcan las verificaciones probatorias obedecen básicamente a las mismas referenciadas para el caso anterior.

CONCLUSIONES

- El hecho de que dos o más empresas controladas por el mismo grupo se presenten como proponentes independientes en un mismo proceso licitatorio constituye en sí misma una estrategia de colusión.
- Los medios probatorios directos no son de fácil recaudación en tratándose de prácticas anticompetitivas, por lo que se acude, como

regla general, a la valoración de los indicios. Se podría exceptuar de esta regla la existencia de grupos empresariales, cuya declaratoria ha sido emitida mediante acto administrativo por parte de la entidad competente.

- Como medios probatorios constitutivos de indicios de prácticas colusorias, se validan ampliamente las situaciones fácticas que consten mediante documentación empresarial como **actas de juntas de accionistas o de socios, correos electrónicos y la manera de presentar las propuestas tanto en su forma como en su contenido**⁸.

Estas breves notas elaboradas para provocar e invitar a estudiar estas amplias materias, además interconectadas, gracias a la gentil invitación de la Escuela Judicial Lara Bonilla, en cabeza de la doctora María Lucero Novoa; solo constituyen cabezas de capítulos que los magistrados y jueces de la sociedad de la información y del conocimiento se verán obligados a trajar, dadas las transformaciones de la economía, los avances tecnológicos y la necesidad de articular no solo las áreas en que para efectos pedagógicos se divide el Derecho, además de examinar con otros profesionales de una manera menos formal, pero siempre más real e integral, los diferentes aportes disciplinarios para la elaboración de sus providencias.

En la economía de mercado se dan cita los principios de la producción intelectual, artística, científica, la libertad económica que se manifiesta a través de la libertad de empresa y la libre competencia pero siempre en beneficio del usuario, consumidor, a quien no le interesa la naturaleza de la empresa que le presta el servicio (las normas se aplican a todos los operadores sean estos públicos, privados o mixtos), un ejercicio de la propiedad privada dentro de ciertas restricciones de solidaridad e interés general (función social, ecología y cultural). Asimismo una teoría general de las obligaciones y de los contratos –completamente renovada por los desafíos tecnológicos y por la necesidad de proteger a los consumidores en ciertos sectores– y una necesidad creciente de encontrar métodos expeditos para contabilizar y evaluar los activos intangibles.

Todo esto requiere una lógica nueva y no de fragmentación de cada tema del conocimiento jurídico de manera aislada, porque corremos el riesgo de no convertirnos en instrumento de desarrollo económico y social, sino en un

8 Se deben tener en cuenta los lineamientos de la OCDE al respecto.

obstáculo para el progreso, así esto le produzca verdadero escozor a ciertos juristas tradicionales.

Si la satisfacción y el bienestar de los ciudadanos es la finalidad última de todo sistema económico, la lucha contra todas las actividades anticoncurrenciales en el mercado y la protección equilibrada de los autores e inventores con la propiedad intelectual, deben reunirse alrededor de esa premisa mayor.

El estudio integrado de los derechos de la propiedad intelectual que se les otorgan a sus creadores para premiar su dedicación y esfuerzo, así como para promover la innovación. La competencia leal dentro de un sector de mercado obtiene en la propiedad industrial un importante activo para atraer a los consumidores y maximizar los esfuerzos empresariales, lo que no nos permitirá desfallecer frente a las múltiples tensiones que pueden darse en este escenario del derecho del mercado que es necesario comprender, para que los pronunciamientos judiciales sean pertinentes y justos.

Aquí empiezan a surgir temas que es necesario profundizar más adelante en esa relación innovación-competencia-derecho del consumidor. Las reglas de la competencia aplicadas a la propiedad intelectual son extremadamente complejas y el balance apropiado necesariamente tendremos que enfrentarlo algún día. Hace algunos años cuando se planteaban algunos temas de los que estoy insinuando, se obtenía como respuesta de algunos colegas en ejercicio y en la magistratura, un escepticismo exacerbado.

Quien puede negar hoy que los servicios públicos pueden prestarse por empresas cuya naturaleza es absolutamente diversa. Para los nostálgicos de la división entre derecho público y privado qué explicación tiene que se le aplique el derecho de la competencia a los actos administrativos y a la contratación estatal.

Los cambios introducidos por la sociedad del conocimiento, la sociedad de la información, la sociedad digital, la sociedad del saber –como las denominan en sociología– de qué manera pueden regularse o legislarse desde el derecho público o el derecho privado en forma exclusiva. Lo que distingue en la actualidad la revolución tecnológica no es que exista un papel mayor del conocimiento y de la información, sino que toda esa tecnología aplicada a la creación de conocimiento y de tratamiento y difusión de ese conocimiento, nos enfrenta a nuevos problemas jurídicos, incluso influir sobre la misma información por la convergencia creciente.

Si la numeralización facilita la circulación, la emisión y la recepción de la información, esta también ejerce una influencia gigante sobre el contenido de la información introducida sobre las redes. Asociada con la informática que permite el tratamiento automatizado de la información, la numeralización conduce a un fenómeno de no diferenciación en cuanto a la forma de la información, a no diferenciación frente a su soporte, no diferenciación frente a su producción. El profesor Andre Lucas ha escrito que “desde que es posible numeralizar los textos, las formas, las imágenes, los sonidos, desde que todas las informaciones a este respecto pueden ser almacenadas sobre los mismos soportes, encarrillarse por los mismos canales, ser accesibles a través de los mismos terminales, las fronteras entre la informática, las telecomunicaciones, la edición, los audiovisuales, tienden a hacerse más flexibles”.

Bienvenidos, porque al parecer la patrimonialización de la información es un proceso irreversible. Ya esto comienza a observarse con las tendencias jurisprudenciales a proteger las ideas y la teoría de los comportamientos parasitarios llevados al límite, estos pueden volver indisponible la información, aunque los bienes comunes son los que no pertenecen a ninguna persona y su uso es común a todos.

En el futuro, el derecho de la propiedad intelectual, el derecho de la competencia y de la regulación sectorial deben continuar cohabitando en beneficio de la innovación y de la difusión de conocimientos, esta cohabitación que debería ser armoniosa entre las diferentes clases de norma, en el respeto de una flexibilidad, solo se puede enfrentar con un creciente intercambio de información entre las autoridades encargadas de impulsar estos objetivos.

En Colombia existe aún cierto divorcio entre las autoridades de la regulación sectorial y las de competencia. Tampoco es muy fluida la comunicación entre las autoridades con facultades administrativo-jurisdiccionales y la jurisdicción ordinaria. Solo los jueces, que trasciendan el problema de la hiperespecialización podrán aproximarse a la integralidad de los desafíos jurídicos aquí planteados, ya que repetimos tiene que ver con la regulación sectorial, el derecho de la propiedad intelectual y el de la competencia.

Cómo enfrentar esta compartimentación jurisdiccional y de competencias de una sociedad de la información que es un fenómeno global y que requiere respuestas globales. Solo una aproximación entre las diferentes autoridades del planeta, puede producir una aproximación material de las diferentes legislaciones y prácticas que hoy se observan a escala global. La sociedad de la información es una sociedad en red. La información y la difusión de conocimientos no puede ser sino una tarea exclusiva para las autoridades territoriales en red.

BIBLIOGRAFÍA

Bahamon de Delgado, R. *El derecho de la competencia y los acuerdos de transferencia de tecnología*. 1ª ed. Pamplona, España, Editorial Aranzadi S. A. 2016.

Burst, J.-J. *Concurrence déloyale et parasitisme*. 1re éd. París: Dalloz, Affaires, Droit Usuel. 1993.

Cabanes, C. & Neveu, B. *Droit de la concurrence dans les contrats publics*. 1re éd. París: Le Moniteur. 2008.

Chaput, Y. *Le droit de la concurrence*. París: Presses universitaires de France, Que sais-je? 1re éd. 1988.

López Martínez, A. *La acción de competencia desleal como mecanismo de protección de la propiedad industrial en especial del régimen de medidas cautelares*. 1ª ed. Bogotá D.C., Colombia, Universidad Externado de Colombia. 1997.

Nicolas-Vullierme, L. *Droit de la concurrence*. París: Vuibert, 2e éd. 2011 d.

Rubio Escobar, J. (Ed.). *Derecho de los mercados*. 1ª ed. Colombia, Legis S. A. 2007.

Serra, Y. *Le droit français de la concurrence*. 1re éd. París: Dalloz, Connaissance du droit, 1993.

Superintendencia de Industria y Comercio – Presidencia. Aplicación de la política de competencia a nivel internacional y su desarrollo en el ámbito nacional. Zuluaga Giraldo, M. A. *Seminario Internacional de memorias de la Superintendencia de Industria y Comercio*. Cartagena de Indias, Colombia. (1998, 24 y 25 de marzo).

Velilla Moreno, M. A. *Introducción al derecho económico y de los negocios*. 1ª ed. Bogotá D. C., Colombia, Complexus, Editorial Planeta Colombiana S. A., Editorial Delfín Ltda., 2013.



IMPRESA
NACIONAL
DE COLOMBIA

www.imprenta.gov.co
PBX (0571) 457 80 00
Carrera 66 No. 24-09
Bogotá, D. C., Colombia