



Aplicación en Colombia de la Regla de la Razón (Rule of the reason) en el análisis de los Acuerdos de Cartel, dentro del Derecho de la Competencia.

JOHNNY ENRIQUE GALVEZ ALBARRACÍN
MARÍA DEL ROSARIO VELÁSQUEZ TRUJILLO

UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESARIAL

CALI

2015



Aplicación en Colombia de la Regla de la Razón (Rule of the reason) en el análisis de los Acuerdos de Cartel, dentro del Derecho de la Competencia.

JOHNNY ENRIQUE GALVEZ ALBARRACÍN
MARÍA DEL ROSARIO VELÁSQUEZ TRUJILLO

TESIS DE GRADO

Asesor de Investigación
ANDRÉS FELIPE FLOREZ ZULUAGA
Docente Hora Cátedra

Universidad Icesi
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho Empresarial
Cali
2015

Aplicación en Colombia de la Regla de la Razón (Rule of the reason) en el análisis de los Acuerdos de Cartel, dentro del Derecho de la Competencia.

Introducción

La competencia en Colombia ha sido reconocida en el artículo 88 de la Constitución Nacional, como un derecho colectivo que puede ejercerse de manera libre, pero bajo las responsabilidades y límites que establezca la ley, tal como lo consagra el artículo 333 de la misma Carta, al establecer que “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”

La Superintendencia de Industria y Comercio por su parte, y teniendo en cuenta lo establecido en la Constitución Nacional, define la competencia como “el conjunto de esfuerzos que desarrollan los agentes económicos que, actuando independientemente, rivalizan buscando la participación efectiva de su bienes y servicios en un mercado determinado.”¹

Con el fin de mejorar la eficiencia del aparato productivo; el libre acceso a mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y que exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios, la Constitución Nacional establece el principio de libre competencia como un

¹ www.sic.gov.co

derecho radicado en cabeza de todos los ciudadanos que supone responsabilidades y está sometido a los límites que establezca la ley.

Es entonces el Derecho a la competencia quien se ocupa de la protección de los intereses de los consumidores y de la protección de la libre competencia de los mercados, estableciendo prohibición de actos que impidan la competencia.

De esta manera la Ley 155 de 1959, establece la prohibición general contenida en su artículo 1, en la que se menciona que “Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos 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”.

El artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 ha considerado como actos anticompetitivos, el Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el Decreto 3466 de 1982; influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o para que desista de bajarlos; y la negativa a la venta cuando sea como una retaliación a la política de precios de la empresa.

Por su parte, el artículo 47 del mencionado Decreto, establece como acuerdos anticompetitivos, la fijación de precios; el determinar condiciones de venta o de comercialización discriminatoria; la repartición de los mercados; la asignación de cuotas de producción; el abstenerse de producir un producto; la colusión en licitaciones; y el Impedir el acceso a los mercados o a canales de comercialización.

Los Carteles Empresariales

La colusión o acuerdo tácito en un oligopolio es conocido técnicamente como un cartel, el cual se presenta en un mercado, cuando sus miembros se ponen de acuerdo en uno o más de los siguientes aspectos: fijación de precios, control de la producción total de esa industria, segmentación del mercado, asignación de

consumidores, asignación de territorios, establecimiento de agencias comunes y repartición de utilidades o de parte de éstas.

Los carteles son fuertemente combatidos en todos los países del mundo, porque disminuyen el bienestar general de la sociedad, en la medida que parte de los excedentes que deberían corresponder a los consumidores debido a precios razonables, son trasladados a las empresas que conforman el cartel.

Los carteles empresariales constituyen probablemente la conducta anticompetitiva más reprochable en materia de libre competencia, por cuanto generalmente aumentan de manera injustificada los precios que los consumidores pagan por la adquisición de los distintos productos o servicios, e impactan en materia grave el funcionamiento eficiente de los mercados, afectando en mayor grado a la población más vulnerable y de menores ingresos.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) califica a los carteles empresariales, como las más escandalosas violaciones de las normas de competencia.

Desde hace unos años la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (en adelante SIC), ha comenzado a reforzar sus esfuerzos en vigilar y sancionar los carteles empresariales. Dentro de este contexto se han venido desarrollando varias investigaciones encaminadas a determinar si empresas en determinados sectores han realizado acuerdos, que tengan como objeto o efecto la indebida manipulación del mercado.

En términos generales, las investigaciones han avanzado con relativa rapidez y la SIC ha formulado pliego de cargos contra las sociedades involucradas y los empleados que incurrir en dichas conductas, incluso si ellos no son los representantes legales.

A pesar de que las sanciones son cada vez más onerosas y en casos extremos pueden poner en serio riesgo la estabilidad económica de algunos de los investigados, el superintendente ha pedido endurecer las sanciones a los

infractores de la libre competencia, de tal forma que se permita elevar las sanciones por encima del monto nominativo de 65.000 millones de pesos, la máxima sanción actual, hasta un porcentaje de las ventas o patrimonio de los investigados.

Aspectos legales del régimen de competencia

El objetivo de la legislación de la competencia se encuentra expresamente definido en la Constitución Política y es la protección de la libre competencia económica, que ha sido consagrada como un derecho colectivo.²

La norma básica que establece la prohibición respecto de la celebración de acuerdos anticompetitivos establece una fórmula que penaliza las conductas por su intencionalidad anticompetitiva antes que por sus efectos reales en el mercado.³ Esto fue ampliado en 1992 con el decreto 2153 según el cual los acuerdos pueden ser contrarios a la libre competencia, tanto por su objeto, como por sus efectos. Según la Superintendencia de Industria y Comercio, la única defensa válida de los acusados en este caso sería demostrar que no se incurrió en la conducta imputada.

Alternativa e inversamente, algunos expertos señalan que es posible sancionar un acuerdo tan solo con la verificación de los efectos anticompetitivos, con independencia de la intencionalidad de los infractores. Aquí la defensa de los acusados consistiría en discutir los efectos anticompetitivos del acuerdo sobre la libre competencia, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

Pero la ley colombiana es ambigua y no se refiere expresamente a los criterios de ilegalidad “*per se*” y de la “regla de la razón” y por ello hay una gran discusión sobre ese punto, ya que estos conceptos no se adaptan adecuadamente al régimen de responsabilidad administrativa en Colombia. Sin embargo, la Superintendencia de Industria y Comercio, aplica el criterio de la ilegalidad *per se* para cualquier acuerdo vertical, independientemente de la existencia de ganancias de eficiencia que puedan compensar su efecto anticompetitivo.

Con este estudio, se pretende analizar los efectos de la aplicación de cada una de estas reglas para el análisis de carteles y si es razonable usar el régimen de

² Constitución Política de Colombia; Artículo 333

³ Artículo 1º, Ley 155/59

ilegalidad per se o de la regla de la razón en Colombia y sus ventajas o desventajas.

Contexto histórico del derecho de la competencia

Existió en un comienzo, una política drástica en materia de monopolios, mas aun después de la guerra civil Norteamericana (1890), en la que la economía y el comercio avanzaban a pasos agigantados a nivel nacional y como consecuencia de ello, varios sectores de la economía se unían para manejar industrias enteras, lo que hizo surgir acuerdos monopolísticos y carteles de precios, los cuales no contaban con limitaciones normativas en el momento, dando carta abierta a los empresarios para fijar precios y dividirse mercados.

Estas actividades conocidas como los *trusts*, fueron controladas un tiempo después por el estatuto antitrust en 1890. Se acoge la Ley Sherman en la se consideraba que los contratos que limitaban irrazonablemente el comercio, eran contrarios a derecho. En esencia, es una ley que intenta restringir el monopolio de la industria y el comercio, es decir, evitar los actos tendientes a obtener un monopolio sobre cualquier parte del mercado, pero además, tiene finalidades sociales y económicas al querer incentivar la producción, buscar un sistema productivo eficiente y una mejor distribución de riquezas en cada sector al intentar igualmente descentralizar el poder económico.

Se puede decir entonces, que nace el derecho a la competencia con la expedición de la primera Ley Antitrust en los Estados Unidos, denominada Ley Sherman, con el propósito de proteger a los pequeños empresarios, trayendo su participación en el mercado y evitando la concentración del poder, toda vez que dicha concentración era considerada antidemocrática y que los monopolios eran contrarios a la Ley por el solo hecho de practicarlos, sin entrar a analizar las circunstancias.

A pesar de los avances de la Ley Sherman, esta no incluyo el tema de las integraciones empresariales, tema que fue regulado por la Ley Clayton en 1914, la cual entra a reforzar aspectos de la Ley Sherman, con el propósito de impedir conductas tendientes a la formación de monopolios y la restricción del comercio. Prohibió así, la adquisición de acciones de una compañía cuando con ello, se tiene el propósito de reducir a la competencia. También prohibió la adquisición de

activos, la formación de conglomerados y el ofrecimiento de descuentos o tratos preferenciales a los consumidores, bajo la condición de la compra de productos. ⁴

En 1914, se expide también la Ley de la Comisión Federal de Comercio, cuyo propósito fundamental era plasmar las prácticas que configuraban competencia desleal dentro del comercio.

En el año 1936, La Ley Robinson- Patman, se encarga de prohibir la discriminación en el precio entre diferentes compradores colocados en igualdad de condiciones, si el objeto que se persigue con dicha política es la disminución de la competencia.

Por ultimo, en 1950 se expide la Ley Celler-Kefauver, con la finalidad de restringir la concentración empresarial que limite la competencia, cuando la misma se realiza través de activos físicos de las compañías.⁵

Tiempo después, la Corte Suprema de Justicia luego de analizar la figura monopolística y el mercado como tal, llego a la conclusión de que los resultados de este último, eran dados por el comportamiento de las empresas, es decir, los precios, la calidad, la producción, eran determinados por las practicas de las empresas e industrias y es así como se empieza a proteger en ese periodo la estructura del mercado.

Teniendo en cuenta que la eficiencia en el mercado era importante, más adelante se dan cuenta de que además de la importancia de la protección y promoción de la eficiencia del mercado, debía existir una protección y beneficios para el consumidor, quien debía gozar de la libertad para elegir un precio más bajo en el mercado y una mejor calidad del producto que iba adquirir.

⁴ Los precios predatorios: Una forma de abuso de la posición dominante. Archiva, Maria Virginia.

⁵ Teoría del modelo social en el derecho de la competencia. Polo, Miguel Efraín. Karma Salin.

Si tenemos en cuenta que en un principio, la intervención estatal en la economía era absoluta, no existían excepciones a la regla general, pero que después de un tiempo, la Jurisprudencia se encargó de establecer excepciones guiadas por el sistema de la “Regla de la razón”, la cual consiste en analizar en cada caso particular el efecto competitivo que traen los acuerdos que se realicen, pues para entrar a determinar si el acuerdo es una práctica restrictiva, depende de las circunstancias del mercado que se este estudiando y de esta manera concluir razonablemente, que bajo las condiciones del mercado que se este estudiando, existe una razonable restricción a la libre competencia. Para ello es necesario entrar a estudiar la naturaleza, el propósito y el efecto de la restricción de la libre competencia.

De otro lado se encuentra el sistema de la “ilegalidad per se” el cual hace referencia a que si las finalidades y naturaleza de una conducta son claramente considerados anticompetitivos, ni siquiera será necesario realizar un análisis del mercado relevante para saber que la conducta es contraria a la ley.⁶

Así las cosas, las concentraciones de poder pueden llegar a ser legales si cuentan con una justificación de eficiencia económica y beneficios para el consumidor. Por el contrario, si un monopolio es injustificado, irrazonable, restringe la producción y eleva precios para perjudicar al consumidor, se esta frente a un caso de práctica ilegal

La jurisprudencia Norteamericana sigue la tesis de que no es dable que un competidor adquiera el monopolio de un mercado a través de prácticas restrictivas de la competencia, pues lo que buscan es evitar los excesos en las prácticas de las empresas que tengan posición de dominio.

Es claro entonces que lo que se busca hoy en día, no es acabar o reprimir los monopolios en un mercado, pues lo de lo que se trata es de que las empresas mantengan una cultura competitiva para llegar a la eficiencia económica y que el poder económico con el que cuenta se maneje legalmente, sin cometer prácticas restrictivas, ni abusar de su posición de dominio en el mercado.

⁶ Posición Dominante en el mercado financiero colombiano: Visión crítica del sistema a la luz de las normas internacionales. Londoño Pinzon, Daniel.

Legislación de la Competencia en Colombia

La Ley de Competencia de Colombia es una de las más antiguas de Latinoamérica. La Ley fue aprobada por el Congreso en 1959, bajo la vigencia de la Constitución de 1886. Se trataba de una Ley muy exhaustiva que incluía el modelo legal básico que se aplica a los casos de conducta (acuerdos y abuso de posición dominante) y un sistema de revisión previa de fusiones y adquisiciones. Sin embargo, los reglamentos de implementación emitidos posteriormente no bastaron para aplicar la ley de manera eficaz y rara vez se aplicaron con el propósito de conservar la competencia, sino como la base legal para la aplicación de controles de precios.

Esta situación ha cambiado enormemente desde principios de la década de los noventa, debido a la introducción de una política de liberalización económica, la adopción de una nueva constitución que establecía la libre competencia como un derecho constitucional y la promulgación del decreto 2153 de 1992, que ampliaron los tipos de conducta sujetos a la ley de competencia y perfeccionaron las normas legales que se aplican a esa conducta.

La política de liberalización introdujo también importantes reformas en los servicios públicos, como la creación de organismos reguladores sectoriales con un mandato general para reforzar la competencia y evitar las prácticas monopolísticas, además de las facultades regulatorias habituales. Así mismo, estas reformas crean un modelo institucional descentralizado para la aplicación de políticas de competencia, en el que varias autoridades económicas pueden aplicar sanciones por prácticas restrictivas o abuso del poder de mercado y tener control sobre fusiones y adquisiciones.

En 2004 las deficiencias de este modelo se hicieron visibles y motivaron una segunda reforma, centrada en la renovación del sistema de protección de competencia para mejorar así la inversión y el clima empresarial del país. El resultado fue la promulgación de importantes correcciones de la ley de competencia, aprobadas por el congreso y sancionadas como Ley 1340 de 2009. Dos de sus principales efectos son el establecimiento de la SIC como única autoridad para la aplicación de las normas de competencia en todos los sectores y

un aumento sustancial de las multas aplicables. La corrección de la ley corrige algunas otras deficiencias.⁷

⁷ Derecho y Política de la Competencia en Colombia. Exámen Inter-pares. OCDE y BID 2009

Objetivos de la política de Competencia

A partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, el objetivo de la legislación de competencia se encuentra explícitamente definido en la norma constitucional: la protección de la libre competencia económica, que ha sido consagrada como un derecho colectivo en el artículo 333 de la Carta, que señala:

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

A este respecto, la Corte Constitucional manifestó que “la competencia ... a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores ... el objeto tutelado por la Constitución es el proceso mismo de competencia, con independencia de los competidores, sean estos grandes o pequeños; se concibe la libre competencia económica como un derecho individual y a la vez colectivo, cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo...”⁸

El principal objetivo del sistema colombiano para la defensa de la competencia es proteger la libre competencia económica, definida como “la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los

⁸ Sentencias T-240 de 1993 y C-535 de 1997

demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores y de formar y mantener una clientela”, hasta el punto de que de esta manera se fomente la eficiencia económica y el bienestar del consumidor.

Por su parte la Superintendencia de Industria y Comercio recalcó la constitucionalización del derecho de la competencia, cuando señaló que “el artículo 333 de la Constitución consagró la libertad de competencia como un derecho de todos, de carácter no absoluto...implica que no es una prerrogativa que se encuentre radicada exclusivamente en la cabeza de quienes compiten en el mercado, sino que es un derecho de los competidores, no competidores y consumidores, entre otros. Es por esta razón que objetivos tales como el bienestar del consumidor, la eficacia económica, la innovación, la equidad, la estructura de industria competitiva, el crecimiento y la protección de pequeñas y medianas empresas merecen y deben ser protegidos de manera equitativa y proporcionada a su incidencia dentro de la gran finalidad, que es el interés general, lo cual no significa dar prioridad a alguno por encima de los demás”.

Sistemas de análisis de los Acuerdos Anticompetitivos en La legislación Comparada

Como ya se señaló, la legislación colombiana en materia de derecho de la competencia han sido copiadas tanto del modelo de los Estados Unidos, como de la Comunidad Europea, haciendo finalmente una mezcla de la cual no se puede deducir fácilmente que modelo se debe aplicar y con fundamento en qué criterios.

Para tener una idea de la forma como funcionan estos aspectos en dichas jurisdicciones, se hace un pequeño resumen de las características principales de cada sistema.

Sistema de los Estados Unidos

En el derecho antitrust de los Estados Unidos, se considera que cierto tipo de acuerdos realizados por los empresarios son intrínsecamente perjudiciales para la libre competencia y por tanto se consideran ilícitos *per se*. Esto significa que una vez se ha probado que existió tal acuerdo, se puede sancionar a los involucrados, sin que éstos puedan presentar argumentos de tipo económico que pudiesen justificarlos. La única defensa que tendrán será probar que no participaron en la preparación del acuerdo, ni en su ejecución.

Este sistema de control es tan inflexible que la autoridad de la competencia, no requiere hacer indagaciones para saber si el acuerdo efectivamente se implementó o sobre el efecto real que pudo haber tenido sobre la economía (incluso habiendo sido realmente favorable para los consumidores, pues se presume de pleno derecho que siempre serán nocivas). Llevada al extremo, releva a la autoridad, incluso de analizar si los empresarios tenían una posibilidad real de afectar al mercado.

Debido a la gravedad de estas conductas, es imperioso que el ordenamiento jurídico señale cuales son los acuerdos que serán considerados inherentemente perniciosos y por tanto, cuáles podrían ser lícitos. Esto es fundamental para que tanto los empresarios, como las autoridades de la competencia y los jueces,

puedan tener reglas claras de juego. De lo contrario se podría afectar el buen desarrollo de la economía, pues muchos acuerdos beneficiosos se podrían frustrar por el temor de los empresarios a estar incurso en las conductas sancionables.

Un criterio fundamental para hacer esta diferenciación es la agrupación de los acuerdos verticales y horizontales. Los primeros son aquellos que se dan entre empresarios que están en diferentes eslabones de una cadena productiva, mientras que los segundos son aquellos que se dan entre competidores, es decir, entre empresarios que suministran la misma clase de productos o servicios.

Los acuerdos horizontales son los que mayores reparos suscitan y especialmente, los denominados Hard Core Cartels. Algunos de los acuerdos señalados como ilícitos *Per Se*, son entre otros los encaminados a:

- i) Dividir, distribuir o asignar mercados o segmentos de un mercado, así como a fijar territorios o líneas de comercio para la distribución de productos o la prestación de servicios;
- ii) Coordinar ofertas con ánimo colusorio para interferir el resultado de licitaciones, concursos o subastas públicas;
- iii) Establecer cuotas o volúmenes de producción; y
- iv) Fijar los precios de compra o de venta de bienes y servicios, sin atender la dinámica de la oferta y demanda.⁹

Por su parte los acuerdos verticales, en términos generales, son vistos con menos recelo y se analizan caso por caso, para establecer si están encaminados a lograr beneficios económicos bajo principios de libre competencia. Estos son examinados bajo la Regla de la Razón.

⁹ Tamayo Alvarez Rafael, Fundamentos económicos para la aplicación de las normas de libre competencia. El caso Andevip y la existencia de prácticas restrictivas absolutas en Colombia

Esta metodología busca verificar si un acuerdo que en principio se presenta como restrictivo, puede tener beneficios no solo para los involucrados, que en principio podrían obtener reducciones de costos y mayores eficiencias, sino para la economía en general, cuando se logre bajar los precios de los productos, como consecuencia de esas mayores eficiencias. En esto radica la diferencia frente a la ilegalidad per se, en la Regla de la Razón, hay que sopesar los pro y contra de cada acuerdo, para encontrar su efecto final en el mercado, bajo la perspectiva de la libre competencia y el beneficio del consumidor final.

Para poder realizar este análisis, se deben verificar diferentes aspectos, tales como la potencialidad y efecto real en el mercado. Se trata de analizar si los involucrados en el acuerdo llegan a tener una incidencia real en la competencia o si se trata de un acuerdo que no genera un poder de mercado tal que les permita manejar el mercado o limitar el acceso al mismo.

Así que no hay una aplicación automática de la regla per se, en primer lugar y es algo que se olvida con demasiada frecuencia, se debe probar fehacientemente que hubo un acuerdo y esto no se deriva de simples especulaciones de la autoridad de la competencia. En este aspecto se debe recordar que hay una presunción de inocencia y que es la autoridad que acusa a los empresarios de incurrir en dicha conducta, la que debe probar sus dichos y no al contrario.

Una vez se ha probado que existió un acuerdo y por más que parezca anticompetitivo, bajo la regla de la razón la conducta empresarial se debe valorar bajo dos aspectos: en primer lugar identificar la naturaleza del contrato y en segundo lugar determinar el efecto general del acuerdo sobre la competencia.

El modelo europeo

La normatividad europea contiene un sistema dual para evaluar los acuerdos anticompetitivos. En primer lugar, el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la UE consagra una prohibición general para cualquier conducta anticompetitiva en el mercado: *“serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar el comercio entre los Estados*

miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia...”.

Estos acuerdos que constituyen conductas incompatibles con el libre mercado están expresamente señalados en el artículo 101 y entre otros comprenden:

fijar directa o indirectamente precios de compra o de venta...

limitar o controlar la producción, el mercado...

repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento...

Pero esta prohibición general viene moderada por un régimen de exenciones que avala conductas en razón a la búsqueda de eficiencias de mercado y que hace que algunos de esos acuerdos sean válidos siempre *“que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de productos o a fomentar el progreso técnico o económico”*. Bajo esta perspectiva, los comerciantes quedan sometidos a una especie de autocontrol, pues deben examinar la legalidad de esos acuerdos y ver si se podrían cobijar bajo alguna de las exenciones.

Para evaluar estas conductas, la comisión europea separa los convenios que tienen “por objeto” y los que tienen “como efecto”, impedir, restringir o falsear la competencia.

Cuando el acuerdo tiene por objeto restringir la libre competencia, se presume su ilicitud y por tanto sus efectos negativos sobre el mercado.

Por el contrario, cuando el acuerdo no tiene por objeto restringir la libre competencia, pero puede generar dichos efectos, dichos efectos deben evaluarse para ver si efectivamente existen efectos reales o potenciales. Para que el acuerdo sea ilícito, sus efectos perniciosos deberán ser probables e importantes para el mercado, para lo cual se aplican criterios cuantitativos para establecer cuando dichos efectos serán irrelevantes para el mercado.

Así las cosas, en la normatividad comunitaria es posible, que aunque exista un acuerdo que afecte la libre competencia, no sea ilícito per se, pues hay posibilidades de aplicar la exención de eficiencia. Esto significa que se tendrá que ponderar los efectos económicos del acuerdo sobre el mercado (a favor y en contra) y determinar si es ilegal. Sólo será ilegal si es tan pernicioso para el mercado, que la exención no alcanza a justificarlo.

Aplicación de la Regla *Per Se* en Colombia

Como ya se señaló anteriormente, una de los aspectos más llamativos de la regulación antimonopolio colombiana es que no hace una distinción entre los acuerdos horizontales y los verticales. Tampoco distinguen expresamente, ni la ley 155 de 1959, ni el decreto 2153 de 1992, entre las prácticas restrictivas que se consideran siempre ilegales, a las cuales se les denomina también “prácticas restrictivas absolutas” o “prácticas *per se* ilegales”, y las prácticas que no son siempre ilegales, las cuales se denominan también “prácticas restrictivas relativas”, para tener una base para aplicar la regla de la ilegalidad *per se* o la regla de la razón.

Desde la expedición del Decreto 2153 de 1992, se ha venido discutiendo si los sistemas de análisis descritos se aplican en Colombia, ya que de una parte nuestro derecho estableció una cláusula de prohibición general en virtud de la cual se encuentran “...prohibidas las conductas afecten la libre competencia en los mercados...” (Artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 en concordancia con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959), y de la otra se estructuró un catálogo de conductas que “se consideran” contrarias a la libre competencia.

De esta manera, la Superintendencia de Industria y Comercio y un sector de la doctrina han interpretado que las conductas específicamente señaladas como anticompetitivas en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992 son ilegales *Per Se*, mientras que otras conductas no tipificadas pueden resultar ilegales bajo la prohibición general, lo cual se determina bajo el sistema de análisis de la regla de la razón.

Esta interpretación del Derecho de la Competencia Colombiano se puso a prueba con el ya emblemático caso ANDEVIP, que se describirá a continuación, pues supone un punto de quiebre en la aplicación de estas reglas en el país y según algunos, zanja definitivamente esta discusión.

3.1 La aplicación de la Regla *Per Se*, frente a la Constitución de 1991

Teniendo en cuenta que una de las exigencias de un Estado Social de Derecho es dar respuesta a las reales necesidades económicas, cabe analizar la inconveniencia de la aplicación de la regla *Per Se* en Colombia, frente a los mandatos que la Constitución de 1991 estableció en materia de libre competencia.

En este sentido, es necesario precisar que aunque el Estado Social de Derecho promueva y proteja los mandatos constitucionales, existen límites materiales en el ordenamiento jurídico, que impiden la actuación en un sistema de mercado e imposibilitan la satisfacción de las necesidades humanas, toda vez que se ha pasado por alto, el enfoque primordial en tema de la libre competencia, que no es otro que dinamizarse a órdenes de la dignidad humana y del servicio y goce de los derechos de los ciudadanos.

El derecho a la libre competencia es definido por el profesor Alfonso Miranda Londoño como el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público; teniendo en cuenta que desde el punto de vista subjetivo, no es más que el derecho del competidor oferente a producir y vender su producto, y el derecho del consumidor a adquirirlos, en condiciones de competencia económica.¹⁰

Cuando la Constitución de 1991 reconoce la libre competencia como un derecho de la actividad económica que debe respetar el interés general y el bien común, otorga la posibilidad a las empresas de ser más eficientes y eficaces en el mercado, de tal manera que mejoran la calidad de sus productos y servicios e innovan para atender las necesidades de los consumidores, quienes en últimas hacen parte de una sociedad, que es quien va a resultar beneficiada con tal reconocimiento.

Ahora bien, lo consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política en materia de derecho libre competencia en miras a la eficiencia del mercado, no debe entenderse de manera aislada a los demás principios y derechos que protege la Constitución, por tal motivo es necesario que al momento de existir pugna entre

¹⁰ Miranda, A. (1997). El Régimen General de la Libre Competencia: Características Principales. Ponencia presentada en el Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial, Bogotá DC, Colombia.

estos, puedan ponderarse y encontrar un equilibrio que nos lleve a una sana decisión para el caso concreto, siempre basados en la finalidad que se persigue.

Existen en la actualidad dos sistemas de análisis para conductas restrictivas de la competencia.

Uno de ellos es la regla *Per Se*, que consiste en que la autoridad competente únicamente debe demostrar que la conducta se realizó, sin entrar a determinar y a probar que la conducta era o no anticompetitiva. Esta regla ha sido acogida por la legislación colombiana mediante Decreto 2153 de 1992, en el que se establecen qué actos se consideran anticompetitivos con la simple verificación de sus características fácticas, sin analizar el carácter restrictivo de aquellos y como consecuencia, violando el derecho a la defensa del acusado, toda vez que de entrada se está presumiendo, sin admitir prueba en contrario, el carácter restrictivo de la conducta, sin realizar ningún tipo de consideración sobre los posibles efectos de los acuerdos y sin siquiera entrar a ponderar los principios constitucionales, sino por el contrario, el citado decreto impone el derecho a la libre competencia sin la observancia de los demás principios y derechos constitucionales.

Como consecuencia de lo anterior, se hace necesario determinar la conveniencia de ésta regla en un Estado Social de Derecho como el colombiano, en el que deben promoverse y garantizarse los principios y garantías superiores, pues no sería lógico admitir que el simple capricho de la aplicación literal de la norma por parte de las autoridades, conlleve a la vulneración de otros principios reconocidos constitucionalmente.

Se trata entonces de que pueda lograrse un análisis jurídico de los casos en los que debe limitarse la libre competencia, pues cuando la conducta tiene como efecto un beneficio para el consumidor y para la sociedad entera, el derecho a la libre competencia deberá ceder frente a los demás derechos.

La Superintendencia de Industria y Comercio cree tener mayor efectividad cuando al sancionar casos de conductas restrictivas, aplica la regla *Per Se* en lugar que la regla de la razón, toda vez que ésta última conlleva costos de investigación en el proceso, mientras que en aquella no se requiere entrar a realizar investigaciones

dado que el solo hecho de incurrir en conducta restrictiva, hace merecer la sanción.

Puede concluirse que el sistema de análisis *Per Se* en Colombia no resulta conveniente, toda vez que únicamente se centra a defender el derecho de la libre competencia, sin atender las garantías y derechos constitucionales, es decir, prefiere una aplicación rigurosa de la normatividad y renuncia a la ponderación con las disposiciones constitucionales con las que se encuentre en conflicto.

De la misma manera consideramos que al darle aplicación a la regla *Per Se*, se está vulnerando el derecho al debido proceso al no permitirle al acusado ejercer su derecho de defensa, cuando las autoridades encargadas esgrimen que es mucho más fácil aplicar la regla *Per Se* en una investigación, toda vez que esta no le genera los costos que le generaría la aplicación de la regla de la razón en el estudio de la conducta.

La aplicación de la regla de la razón implica el análisis de los efectos de los acuerdos o prácticas, basados en hechos peculiares a cada tipo de industria o negocio de la historia de la práctica restrictiva en cuestión, y de las razones por las cuales se aplicó dicha práctica restrictiva.¹¹

Así las cosas, al detenernos a observar la diferencia entre una y otra regla, encontramos no solo el tema del costo que acarrearía la aplicación de la regla de la razón para la administración, sino también resulta evidente el beneficio que traería la aplicación de la regla de la razón a cada caso, pues en él habría la posibilidad de entrar a estudiar las condiciones de cada conducta, de la intención y de los efectos que tenía la misma para el mercado, que en ocasiones resulta tener más beneficios que la misma restricción. De esta manera sería viable realizar la ponderación de los principios constitucionales que se encuentren en conflicto con la conducta restrictiva, observando los fines garantistas del Estado Social de Derecho.

¹¹ Miranda, A. (1992) Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. (Ed) Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Ponencia presentada en el seminario “Hacia un Nuevo Régimen de Promoción de la Competencia”, Bogotá DC, Colombia.

Es viable concluir frente a este tema, que no por el hecho de que la aplicación de la regla de la razón incremente los costos de la investigación, la autoridad de competencia pueda inobservar los preceptos y garantías constitucionales.

La regla de la razón y la excepción de inconstitucionalidad pueden tenerse como herramientas para evitar la aplicación desmedida de la regla *Per Se* dentro de la nueva dinámica que exige el Estado Social de Derecho que consagra la Constitución de 1991 y de esta manera permitir el análisis ponderado y proporcional entre dos principios en pugna.¹²

Como ya se señaló, la Superintendencia desarrolla sus investigaciones bajo el modelo de la Regla *Per Se* y actualmente lleva a cabo varias importantes investigaciones en diferentes etapas. Dentro de las más relevantes, se pueden destacar:

Cartel del azúcar:

La Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante Resolución No. 15294 del 8 de abril de 2013, formuló PLIEGO DE CARGOS contra los Ingenios Azucareros, la entidad gremial ASOCAÑA y otras sociedades filiales de los Ingenios, por la presunta cartelización en el mercado de producción, comercialización y distribución de azúcar. Adicionalmente, formuló PLIEGO DE CARGOS contra varias personas naturales directivos y empleados de dichas compañías.

Este caso se basó en la denuncia interpuesta por las sociedades NESTLÉ DE COLOMBIA, COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES, COMPAÑÍA DE GALLETAS NOEL, MEALS DE COLOMBIA, INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS (Coca Cola), BIMBO DE COLOMBIA, CASA LUKER Y AJECOLOMBIA.

¹² Vallejo Giraldo, Camilo La inconveniencia de la regla *Per Se* frente a la economía antropológica y la Constitución de 1991.

Este proceso, está concluyendo en su fase de pruebas y debería resolverse por parte de la SIC en el transcurso del año 2015.

Cartel de los pañales:

La Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante Resolución No. 47965 del 4 de agosto de 2014, formuló PLIEGO DE CARGOS contra las sociedades TECNOSUR - TECNOQUÍMICAS (Winny Ultratrim), FAMILIA (Pequeñín), KIMBERLY (Huggies) y DRYPERS (Baby Sec) por la presunta cartelización en el mercado de producción, comercialización y distribución de pañales desechables para bebé. Adicionalmente, formuló PLIEGO DE CARGOS contra 44 personas naturales directivos y empleados de dichas compañías

En este caso el pliego de cargos se formuló después de que la SIC inspeccionara a varias empresas, y que 2 de ellas, se acogieran al Programa de Beneficios por Colaboración, confesaran su participación y aportaran las pruebas sobre la existencia, funcionamiento y seguimiento del cartel empresarial (e mails, documentos, testimonios y declaraciones juramentadas). Es la primera vez en la historia de Colombia que la autoridad de competencia suscribe acuerdos de colaboración con empresas que deciden delatar la existencia de un acuerdo anticompetitivo¹³.

¹³ En efecto, en el Comunicado de Prensa de la Superintendencia de fecha agosto 5 de 2014, se señala que “Después de recibir información que daba cuenta de la posible comisión de conductas anticompetitivas en el mercado de producción, distribución y comercialización de pañales desechables para bebé en Colombia, la Superindustria efectuó en el mes de noviembre de 2013, varias visitas administrativas de inspección en las que recaudó importante material probatorio (documentos, e mails, testimonios, entre otros) que daría cuenta de la posible existencia de un cartel empresarial para aumentar los precios de los pañales para bebé y manipular artificialmente otras condiciones en dicho mercado.

Posteriormente, varias empresas participantes en dicho mercado y sus respectivos directivos y empleados, acudieron a la Superintendencia de Industria y Comercio con el fin de reconocer su participación en dicho cartel empresarial, aportar las pruebas que demostraran la existencia del mismo, su funcionamiento y la forma de hacerle seguimiento a los distintos acuerdos realizados, contactos estos que terminaron con la efectiva suscripción de 2 acuerdos de colaboración por delación, según los cuales, una de las empresas deladoras recibirá la exoneración total de las posibles sanciones a imponer y la otra la exoneración parcial, todo de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 2896 de 2010.

Cartel del papel higiénico

La Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante Resolución No. 69518 del día de hoy 24 de noviembre de 2014, formuló PLIEGO DE CARGOS contra PRODUCTOS FAMILIA S.A., COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL S.A., PAPELES NACIONALES S.A., CARTONES Y PAPELES DE RISARALDA - C. Y P. R. S.A. y DRYPERS ANDINA S.A. por presuntas infracciones al régimen de libre competencia derivadas de su participación en acuerdos anticompetitivos (cartel empresarial) con el fin de fijar artificialmente los precios de los papeles suaves o tisú en Colombia, segmento integrado por (i) papel higiénico; (ii) servilletas; (iii) toallas de cocina; y (iv) pañuelos para manos y cara, entre 1998 y 2013, iniciado por FAMILIA y KIMBERLY y al que después se habrían vinculado PAPELES NACIONALES, CARTONES Y PAPELES DEL RISARALDA y DRYPERS

La fijación de los precios del papel higiénico y demás papeles suaves en Colombia se habría efectuado de dos maneras: (i) mediante la fijación directa de precios por imposición de márgenes mínimos y máximos de venta; y (ii) mediante la fijación indirecta de precios por la concertación de porcentajes de descuentos dirigidos a los distintos canales de comercialización.

Adicionalmente, la Superintendencia de Industria y Comercio formuló Pliego de Cargos contra 42 personas naturales en su condición de altos directivos de las empresas (funcionarios o ex funcionarios), quienes al parecer colaboraron,

Dentro de la negociación se acordó mantener en reserva la identidad de las empresas deladoras hasta el Informe Motivado, sin perjuicio de que dicha información sea de libre acceso para las demás empresas no deladoras a las que se les formula Pliego de Cargos, con el fin de garantizar el adecuado ejercicio del derecho de defensa.

Dentro de las pruebas recaudadas en las visitas a las distintas empresas y aportadas por las empresas que se acogieron al Programa de Colaboración se encuentran más de 700 correos electrónicos, más de 30 declaraciones y testimonios, pruebas sobre más de 20 reuniones llevadas a cabo en el extranjero y en el territorio colombiano en las que acordaban las condiciones de implementación del cartel, así como el seguimiento, control y verificación de los acuerdos previamente celebrados.”.

facilitaron, autorizaron, ejecutaron o toleraron los actos relacionados con la presunta cartelización empresarial.

Tres (3) de las cinco (5) empresas a las que se les formuló Pliego de Cargos se acogieron al Programa de Beneficios por Colaboración (delación), confesaron su participación en el presunto cartel empresarial y entregaron e-mails, documentos y declaraciones que revelarían la existencia y funcionamiento de un acuerdo de precios.

Es el segundo caso en la historia de Colombia, en que la Superintendencia de Industria y Comercio suscribe acuerdos de colaboración con empresas que deciden delatar la existencia de un cartel empresarial. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) califica a los carteles empresariales, como las más escandalosas violaciones de las normas de competencia.

Cartel de los cuadernos

La Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante Resolución No. 7897 del 27 de febrero de 2015, formuló PLIEGO DE CARGOS contra COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL S.A., CARVAJAL EDUCACIÓN S.A.S y SCRIBE COLOMBIA S.A.S. por presuntas infracciones al régimen de libre competencia derivadas de su participación en acuerdos anticompetitivos (cartel empresarial) en el mercado de cuadernos para escritura (por presunta cartelización en la fijación de los precios de los cuadernos para escritura en Colombia y otras prácticas restrictivas de la libre competencia entre 2001 y 2014, iniciado por KIMBERLY y CARVAJAL, al que a partir del 2011 se habría vinculado SCRIBE).

Adicionalmente, se formuló Pliego de Cargos contra 27 personas naturales en su condición de altos directivos (funcionarios o ex funcionarios) de las empresas, por presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado los actos relacionados con la presunta cartelización empresarial.

Igualmente, se encuentran otras investigaciones en curso aunque con menos perfil para efectos de medios de comunicación y en todos los casos, se ha discutido el uso de la regla Per Se por parte de la SIC para establecer la responsabilidad por los presuntos acuerdos. Este documento plantea la pregunta sobre la conveniencia de este sistema, frente a la legislación vigente en la materia y al carácter garantista de la Constitución Política de 1991.

El caso ANDEVIP

Mediante Circular No. 16, expedida por la Superintendencia de Vigilancia para la Seguridad Privada en diciembre de 1995, se determinó que las empresas de vigilancia que no cobraran por lo menos 10 salarios mínimos legales por el servicio de vigilancia de 24 horas, tendrían problemas financieros para operar, fijaba una tarifa mínima y estableció sanciones para quienes infringieran la resolución.

Dicha Resolución fue demandada de nulidad por algunas empresas de vigilancia que no estaban de acuerdo con la mencionada tarifa y mediante sentencia del 24 de octubre de 1996 el Consejo de Estado anuló el numeral 7° de dicha Circular No. 16 (no anuló el 8°), pues consideró que la Superintendencia de Vigilancia no era competente para fijar tarifas a las empresas prestadoras del servicio.

A pesar de que la sentencia, representantes de 14 empresas de vigilancia privada se reunieron nueve meses después del fallo del Consejo de Estado sobre la Circular de Supervigilancia y acordaron cobrar unas tarifas “adecuadas” a lo exigido en la Circular No. 16. Para darle seriedad a lo convenido se dejó constancia en el Acta 06 de la reunión de la Junta directiva de ANDEVIP Capítulo del Valle y se nombró un “tribunal de honor” que velara por su cumplimiento.

La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) investigó la conducta de las empresas y de la agremiación a la que pertenecían, ANDEVIP y mediante Resolución 29302 de 2000 sancionó, tanto a las empresas prestadoras del servicio de vigilancia, como a la entidad gremial a quien consideró empresa, pues concluyó que se había acreditado la existencia de un acuerdo de precios mínimos.

La existencia del acuerdo nunca estuvo en duda y la evidencia de su existencia la constituyó el acta mencionada, los interrogatorios de parte practicados y las visitas de inspección realizadas por la autoridad.

La SIC concluye que el acuerdo tenía “como objeto” la fijación de precios, lo cual era una conclusión inequívoca según el contenido del acta en cuestión.

Según la SIC, el acuerdo, con algunas variaciones, siguió aplicándose, por lo menos hasta enero de 1999, cuando, en el colmo de la inocencia, se publicó en un diario de amplia circulación la tarifa aplicable para ese año.

Sin embargo, la propia SIC reconoció que las empresas no cumplieron el acuerdo: *“Del análisis realizado a la facturación recaudada en las visitas de inspección practicadas, se encontró que las empresas investigadas cobraron su servicio bajo la tarifa fijada. Es decir cobraron por encima del piso acordado.”*

En este punto, la SIC introduce su teoría de la ilegalidad per se, cuando señala que para imponer una sanción no es necesario para la entidad demuestre que la conducta investigada produzca un efecto anticompetitivo en el mercado o un daño específico:

“Pero no puede concluirse que la valoración y cuantificación de los resultados de un comportamiento puedan tenerse en cuenta para establecer su ilicitud. No hay en las disposiciones ningún señalamiento que permita concluir que las conductas son ilegales a partir de determinado nivel, no existe artículo ni inciso que soporte la conclusión que permitiría los acuerdos de precios si a juicio de los cartelizados el número de los que no adhieren a su cartel es suficiente. (...) Además de lo explicado en el número anterior, este Despacho encuentra que los elementos exigidos en la norma no incluyen ese ingrediente de “daño”. Se requiere solo la presencia de dos o más empresas; el objeto de fijar precios y/o el efecto de fijar precios. Las conductas restrictivas del comercio son calificadas por el actuar o conducta riesgosa para un interés de la colectividad.”

Algunas de las empresas sancionadas interpusieron recursos de reposición contra la Resolución 29302 de 2000 que impuso la sanción. Como era de esperarse, la resolución fue confirmada mediante la Resolución 00670 de 2001. En esta resolución se incluyeron otros argumentos que vale la pena resaltar:

En primer lugar señala el deber de que cada productor fije autónomamente sus políticas comerciales, incluyendo lo relativo a los precios de los productos que ofrece en el mercado. Según la SIC *“La preceptiva legal en materia de competencia es bastante celosa en cuanto al proceso de formación de precios, en esa medida, no solo permite sino además exige que sea cada productor quien determine autónomamente el precio de sus distintos productos o servicios, es éste el sustento en que se erige el número 1 del artículo 47 y su propia razón de ser.”*

Luego se pronuncia señalando que son igualmente ilegales tanto los acuerdos que tienen *“por objeto”* fijar precios como aquellos que tienen *“como efecto”* la fijación de precios, sin dar lugar a hechos eximentes, ausencia de efectos en el mercado, etc. Para la SIC, es tan ilícito aquel acuerdo que tiene por objeto la fijación de precios aunque no produzca efectos en el mercado, como aquel acuerdo que sin tener dicho objeto, sí genere el efecto de la fijación del precio en el mercado.

“Así, merece rechazo, tanto el acuerdo que está orientado a la fijación de un precio –objeto- aunque no produzca una afectación final sobre el mercado, como él (sic) que sin tener por objeto su determinación artificial, termina generando ese resultado en el mercado –el efecto-. (...) para el caso específico resultó suficiente demostrar que verdaderamente tuvo lugar un acuerdo bajo tales lineamientos y con el objeto señalado, para determinar la violación a las normas sobre competencia, ya que como señalamos anteriormente, para que se configure la violación no es menester que el acuerdo de precios haya producido un efecto nocivo sobre el mercado, pues la simple existencia del acuerdo ya es en sí restrictiva. No obstante, el efecto adverso al mercado que pueda ocasionar la conducta, constituirá un agravante al momento de imponer la sanción.”

Ante las alegaciones de buena fe de los sancionados (que basaron sus actuaciones en una guía de la Superservicios), la SIC señala que la presunción de buena fe en el actuar de las empresas se desvirtúa cuando realizan un acuerdo que tiene por objeto como efecto la fijación de precios y agrega que la *“mala fe”* de las empresas no es un elemento de la conducta prohibida.

“La calificación de buena o mala fe para el obrar de alguien es un calificativo moral. La libre competencia es un bien jurídicamente tutelado y por ello obrar en su contra es un comportamiento malo y censurable. Para esta Entidad quien conscientemente (sic) desarrolla un acuerdo de precios, obra de mala fe. (...) [Sin

embargo] las disposiciones sobre prácticas restrictivas no tienen como elemento “la mala fe”. Precisamente en la redacción del número 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, se proscriben los acuerdos ‘que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios’. Es decir, no se requiere acreditar una intencionalidad adicional en la conducta desplegada por los agentes económicos, basta simplemente demostrar un objeto o la realización efectiva de la fijación de precios, efecto, independiente del aspecto volitivo, que se hubiese podido tener. Así, y en cuanto hace a la supuesta falla de intención de los sancionados de causar una indebida limitación de la competencia, que en criterio del apoderado harían imposible la tipificación de la conducta, debemos señalar que de acuerdo con lo expuesto anteriormente, resulta irrelevante para el caso concreto el propósito que precedió al convenio celebrado.”

Finalmente, redondea su idea de que hay conductas intrínsecamente ilegales, cuando señala que la capacidad de las empresas cartelizadas para determinar o influir las condiciones del mercado (es decir si tienen una posición dominante individual o colectiva) no se tiene en cuenta para determinar la licitud de la conducta.

“Por ello, en la norma que estamos aplicando, la capacidad con que cuentan las empresas colusivas para determinar o influenciar las condiciones del mercado son irrelevantes, en la medida en que la norma vulnerada no exige para su configuración que el infractor se halle en posición de dominio.”

Los apartes transcritos fueron los que generaron mayor controversia, ya que excluía de plano el análisis del elemento volitivo en las conductas por tanto la aplicación de una especie de “responsabilidad objetiva”, la irrelevancia de la capacidad que realmente tengan las empresas para restringir efectivamente la libre competencia en el mercado y la demostración del efecto restrictivo sobre las mismas (incluso aunque nunca se hayan puesto en práctica).

Inconformes con la decisión de la SIC, los sancionados interpusieron demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con fundamento en los siguientes argumentos centrales:

La SIC fundamentó su decisión bajo un régimen de responsabilidad objetiva, donde sería suficiente probar la existencia del acuerdo, para que se presente la conducta sancionable y presume que no debe demostrar que el acuerdo fuera anticompetitivo. Argumentaron las demandantes que en este tipo de procesos sancionadores debe tenerse en cuenta el elemento de culpabilidad en la medida en que la responsabilidad objetiva estaría proscrita. Este es el punto central de la discusión.

Por su parte, la SIC contestó la demanda interpuesta contra sus decisiones y reiteró la posición que la llevó a sancionar a las empresas, con los siguientes argumentos:

Señaló nuevamente que en el proceso se probó que el acuerdo tenía por objeto fijar los precios y que ello era suficiente para sancionar y que no es necesario esperar a que se produjera un efecto nocivo sobre el mercado para que la autoridad pudiera actuar.

Mediante una interpretación literal y gramatical de la norma, la SIC señala expresamente que el Decreto 2153 de 1992 sí contiene prohibiciones que deben juzgarse desde la perspectiva de la responsabilidad objetiva en las que no es necesario *“entrar a estudiar la intención de los ejecutantes”*.

Decisión del Tribunal Administrativo

El asunto fue decidido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del 27 de noviembre de 2003, con ponencia de la magistrada Ligia Olaya de Díaz y en la cual se anularon las resoluciones demandadas.

A continuación se presentan los argumentos que el Tribunal esgrimió para motivar la anulación de la decisión de la SIC.

En primer lugar hace un símil entre el concepto de “restricción a la competencia” con “competencia desleal” para argumentar que la autoridad de competencia debe probar la mala fe de los investigados para que sea procedente la sanción.

Señala que las normas de promoción de la competencia no están sujetas al régimen de *“responsabilidad objetiva”*, pues de lo contrario se violarían *“...los principios de culpabilidad, presunción de inocencia, el de buena fe y se limitaría el derecho de defensa de los particulares.”*

En efecto, el tribunal señaló que *“Cada conducta o resultado de mercado debe analizarse de manera particular, pues se presentan circunstancias que permiten desvirtuar la ilegalidad de los acuerdos.”*, recordando que las normas de libre competencia no establecen “presunciones de derecho” de manera explícita.

El tribunal acoge la tesis de algunos doctrinantes que consideran que el Decreto 2153 de 1992 establece “presunciones de ilegalidad” contra las cuales sería posible probar en contra y remata señalando que *“No basta acreditar la existencia de un acuerdo de precios para establecer que se trata de un medio torcido o desleal, pues se requiere demostrar que ese acuerdo tuvo como objeto impedir, restringir o falsear la competencia (...) pueden existir acuerdos en donde no se presente el ingrediente restrictivo de la competencia.”*

Sobre el ese fundamento teórico el Tribunal concluye que la SIC no probó que el acuerdo tuviera el *“ingrediente anticompetitivo”*, pues al existir más de 900 empresas prestadoras del servicio, *“...no podría hablarse de una restricción a la entrada, ni en libertad de escogencia, ni restricción en los precios, ni en los servicios, pudiendo existir en el mercado el ofrecimiento de servicios a más bajo costo”*.

Finalmente el tribunal reitera que la aplicación de la responsabilidad objetiva también se descarta en virtud de las excepciones previstas en el artículo 49 del Decreto 2153 y que la SIC desconoció.

Hasta este punto de la historia, parecería que la interpretación según la cual en Colombia existe un régimen de ilegalidad *per se* para acuerdos anticompetitivos, había sufrido un serio revés, pero como se verá a continuación, el Consejo de Estado tenía mucho que decir al respecto.

Decisión del Consejo de Estado

El Consejo de Estado mediante sentencia del 28 de enero de 2010, C.P. Dra. María Claudia Rojas Lasso, resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y revocó la sentencia del Tribunal y confirmó las resoluciones sancionatorias de la SIC. Aunque en principio se podría pensar que el asunto de la aplicación de la regla *Per Se* habría quedado cerrado, veremos que no necesariamente es así.

El Consejo de Estado señaló que los acuerdos de precios vulneran el principio de libre competencia y por tanto son sancionables, cuando se prueban dos presupuestos: que el pacto realmente existió y que tuvo por objeto o por efecto la fijación directa o indirecta de precios.

Aunque la sentencia aclara que la intención que motiva a las sociedades infractoras a celebrarlos es irrelevante a la hora de determinar la viabilidad de las sanciones por incurrir en prácticas comerciales restrictivas, esto no significa que se haya avalado la posición de la SIC sobre la aplicación de un sistema de responsabilidad objetiva.

Efectivamente, el tribunal concluye que la responsabilidad por cometer prácticas anticompetitivas es subjetiva, pues demostrar el acuerdo de precios no es suficiente para considerar que hubo una restricción de la competencia. Sin embargo, aclara la sentencia que la aplicación de este régimen no implica que se deba probar la intención de las sociedades infractoras al celebrar el acuerdo investigado. En ese sentido, en la práctica el Consejo de Estado avaló la manera como la SIC ha realizado las imputaciones en casos sobre presuntos acuerdos de precios.

Sobre el argumento de que pocas empresas habían suscrito el acuerdo (15 de más de 900 existentes) y que por lo tanto no había posibilidades reales de afectar el mercado y que el Tribunal de Cundinamarca había avalado, el Consejo de Estado sostuvo que esto no excluye la vulneración del principio de libre competencia, porque la normativa sobre prácticas comerciales restrictivas no contempla que la amplitud o restricción en la oferta sea una excepción a los acuerdos censurados. Para el Consejo de Estado, la norma no distingue si el acuerdo de precios es ilegal cuando se realiza entre grandes o pequeñas empresas o, entre pocas empresas o entre muchas empresas.

El problema de la sentencia del Consejo de Estado es que a pesar de que hizo referencia a los acuerdos que tengan “por objeto” o “como efecto” fijar precios, vulneran la libre competencia, nunca explica qué quiere decir exactamente cada uno de esos términos; no distingue en que se diferencian uno y otro supuesto fáctico. La sentencia no aclaró si las dos situaciones deben analizarse y sancionarse bajo una misma regla o si deban tener tratamientos diferentes (con aplicación de excepciones), tal como ocurre en la normatividad europea, que inspiró esa clasificación.

Conclusiones

La Constitución de 1991 abre las puertas a una economía de libre mercado en la que la competencia resulta ser la razón para lograr fines y metas económicas propuestas, toda vez que las empresas responden rápidamente al mercado, al mejoramiento e innovación de los bienes y servicios que ofrecen, al desarrollo, etc., situaciones que generan beneficio económico para ellas y para los consumidores.

Pese a lo anterior, es claro que aunque la Constitución aboga por la protección de la libre competencia económica, no existen reglas claras y definidas a la luz de la Ley 155 de 1959, ni del Decreto 2153 de 1992, con las cuales se tenga un fundamento para aplicar de manera contundente la regla de la razón o la de la ilegalidad *Per se* cuando se está ante casos de prácticas que restrinjan, eliminen o alteren el derecho a la libertad de competencia económica. Y es que aunque la legislación colombiana ha adoptado reglas de los sistemas de análisis de los acuerdos de legislaciones extranjeras, la ley al respecto es ambigua y no hace referencia expresa a los criterios de aplicación de ilegalidad *Per se* y de la regla de la razón.

Mientras la Ley 155 de 1959 refleja un carácter subjetivo, el decreto 2153 de 1992 tiene un carácter objetivo, toda vez que no se requiere probar el efecto anticompetitivo para proceder a sancionar.

Ante la ambigüedad del tema en estudio, la Superintendencia de Industria y comercio y la doctrina han interpretado que de acuerdo con la naturaleza y efecto de ciertas conductas que resultan evidentemente competitivas, pueden considerarse ilegales *Per se*, es decir, la autoridad no entra a probar si la conducta es o no anticompetitiva, pues la ley de antemano esta presumiendo su carácter de ilegal. Dichas conductas tienen una descripción fáctica en el Decreto 2153 de 1992.

Por el contrario, la regla de la razón sirve para analizar las características y hechos de cada caso en particular, las razones por las que se llevo a cabo dicha práctica restrictiva y la incidencia efectos relevantes que ella pueda tener en un

determinado mercado, es decir, trasciende la objetividad del sistema *per se*, pues se hace un estudio estructural y económico del caso concreto.

En Colombia esta regla se aplica a las conductas que no se encuentran reguladas en la legislación, pero que pueden resultar ilegales.

Lo importante es lograr determinar si es o no conveniente la aplicación del régimen de la ilegalidad *per se* en el ordenamiento colombiano y si resulta o no afín a los ideales, principios y demás derechos Constitucionales de un estado social de derecho en cuanto al dinamismo y goce de los derechos humanos propuestos por la misma desde 1991.

En Colombia esta regla se ha aplicado de manera estricta, sin consideración a los efectos de los acuerdos, los cuales en algunas ocasiones han llegado a traer beneficios para el mercado.

Esta situación evidentemente hace que la regla *per se* resulte contraria, a nuestra Constitución, pues a nuestro parecer eneguecidamente intenta proteger la libre competencia anteponiendo a cualquier beneficio para el mercado, las normas que hacen referencia a las restricciones de la misma, sin siquiera realizar un análisis jurídico entre lo que pueda resultar mejor y sin preguntarse si la sanción a esa práctica restrictiva pueda negar otros principios y garantías constitucionales.

El hecho de que el Estado deba entrar a probar e investigar las causas de cada caso en particular en los que se evidencien prácticas restrictivas, sea engorroso al generar mayor averiguación y trabajo a la administración, es lo que explica que la Superintendencia prefiera evitar pasar el límite de la objetividad y fallar con base en simples presunciones.

Sin embargo, en el caso objeto de análisis en este trabajo, en el que claramente existió un acuerdo de precios, considerado como una conducta anticompetitiva *per se*, el Tribunal se encuentra en desacuerdo con la decisión de la Superintendencia de Industria y comercio quien decide basada en la ilegalidad *per se* del acuerdo

sin tener en cuenta las características propias de la conducta, ni el propósito de la misma, análisis que no está prohibido por la Constitución, ni la ley.

No se trata entonces de que las autoridades desconozcan preceptos legales de la libre competencia, sino de que analicen cada acuerdo en particular ayudados por la regla de la razón. De esta manera y evitando ser tan rígidos en la aplicación del sistema de análisis *per se*, los tribunales podrían empezar a modificar y afinar dicha regla, como también podrían aplicar la regla de la razón en los casos donde ya exista una experiencia judicial sobre la práctica comercial objetada, con el fin de que se de mayor importancia y no se sancionen acuerdos horizontales que a pesar de estar contenidos en los artículos 47, 48 y 50 del decreto 2153 de 1992, puedan ser acuerdos justificados por motivos de eficiencia económica.

La sentencia del Consejo de Estado, lejos de aclarar el asunto lo enredó aún más, pues optó por repetir las formula de la SIC en cuanto a la ilegalidad “por objeto” y “como efecto”, pero sin señalar sus verdaderos alcances y deben tener el mismo tratamiento.

La distinción entre restricciones por objeto y restricciones por efecto es importante, no se trata de un embeleco teórico. En la normatividad europea, el primer supuesto es más grave y tiene un tratamiento más estricto. En efecto, una vez demostrado que un acuerdo tiene “*por objeto*” restringir el juego de la competencia, no es necesario atender a sus efectos concretos, es decir que no es necesario demostrar la existencia de efectos reales de restricción de la competencia, se presume su lesividad.

Dicha presunción se basa en la gravedad intrínseca de la restricción y en la experiencia, que demuestra que las restricciones de la competencia que lo sean por su objeto pueden surtir efectos negativos para el mercado y poner en peligro los objetivos de las normas comunitarias de competencia. Las restricciones por objeto, tales como la fijación de precios y el reparto de mercados, reducen la producción y aumentan los precios, lo que redundaría en una mala asignación de recursos, pues no se producen los bienes y servicios que demandan los clientes. Suponen asimismo una reducción del bienestar de los consumidores, quienes se ven obligados a pagar precios más elevados por dichos bienes y servicios.

Cuando un acuerdo no sea restrictivo de la competencia por su objeto, debe examinarse si tiene efectos restrictivos en la competencia. Deben tomarse en consideración tanto los efectos reales como los potenciales. Dicho de otro modo, el acuerdo debe tener efectos anticompetitivos probables. En el caso de las restricciones de la competencia por efecto, no hay presunción de efectos anticompetitivos. Para que un acuerdo sea restrictivo por sus efectos, debe afectar a la competencia real o potencial en una medida tal que pueda preverse que tendrá efectos negativos sobre el mercado y es más, esos efectos negativos deben ser sensibles.

Ahora bien, los efectos negativos sobre la competencia en el mercado de referencia son probables cuando las partes, por separado o conjuntamente, poseen u obtienen cierto grado de poder de mercado y el acuerdo contribuye a la creación, mantenimiento o fortalecimiento de dicho poder o permite a las partes hacer uso del mismo. El poder de mercado es cuestión de grado.

De acuerdo con lo anterior, es clara la necesidad de evitar la aplicación de la regla *Per Se* como absoluta, en el ordenamiento jurídico y por tanto, es indispensable que en el régimen de competencia Colombiano se incluyan expresa y claramente exenciones viables a la aplicación de esta regla, así como distinciones claras entre los acuerdos que tengan por objeto y aquellos que tenga como efecto, infracciones a la libre competencia.

Por otro lado, se espera que varios de los procesos adelantados actualmente por la Superintendencia terminen en la imposición de sanciones tanto a las sociedades, como a sus funcionarios. En ese contexto, es previsible que los afectados demanden esas decisiones y finalmente, el Consejo de Estado tendría una nueva oportunidad de referirse a este punto. Esperamos que lo haga con mayor rigor teórico y que se empiece a sentar una línea jurisprudencial, que modere la posición de la SIC.

Bibliografía

Archiva Maria Virginia. *Los precios predatorios: Una forma de abuso de la posición dominante.*

Polo, Miguel Efraín. Karma Salin. *Teoría del modelo social en el derecho de la competencia.*

Londoño Pinzon, Daniel. *Posición Dominante en el mercado financiero colombiano: Visión crítica del sistema a la luz de las normas internacionales.*

Derecho y Política de la Competencia en Colombia. Exámen Inter-pares. OCDE y BID 2009

Tamayo Álvarez, Rafael. *Fundamentos económicos para la aplicación de las normas de libre competencia. El caso Andevip y la existencia de prácticas restrictivas absolutas en Colombia*

Miranda, A. (1997). *El Régimen General de la Libre Competencia: Características Principales.* Ponencia presentada en el Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial, Bogotá DC, Colombia.

Miranda, A. (1992) *Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica.* (Ed) Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Ponencia presentada en el seminario “Hacia un Nuevo Régimen de Promoción de la Competencia”, Bogotá DC, Colombia.

Vallejo Giraldo, Camilo. *La inconveniencia de la regla Per Se frente a la economía antropológica y la Constitución de 1991.*

Página web de la Superintendencia de Industria y Comercio. www.sic.gov.co

Constitución Política de Colombia; Artículos 88 y 333.

Ley 155 de 1959

Sentencias T-240 de 1993 y C-535 de 1997