

Fundamentos de la aplicación pública del derecho de la competencia en Colombia¹

***Fundamentals of public enforcement
of the competition law in Colombia***

***Principes de base de l'application publique de droit
de la concurrence en Colombie.***

***Fundamentos da aplicação pública do direito
da concorrência na Colômbia.***

Camilo Ernesto Ossa Bocanegra²

Resumen

El presente artículo tiene como finalidad centrar la atención en uno de los aspectos esenciales del derecho de la competencia en Colombia, como es la aplicación pública del mismo o, dicho en otras palabras, la facultad por parte del Estado, delegada mediante ley a la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad nacional en materia de competencia —esto según lo

-
- 1 Este artículo es el resultado de la investigación llevada a cabo durante el periodo comprendido de febrero a noviembre del año 2013, dentro de la línea de investigación en Competencia y Consumo, del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia, teniendo como proyecto, dentro de esta línea, el Derecho Continental. Financiado dentro del marco del convenio entre la Universidad Externado de Colombia y la Fundación por el Derecho Continental.
 - 2 Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Público de la misma Universidad, Magíster en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas de la Universidad de Salamanca - España. Docente Investigador del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: camilo.ossa@uexternado.edu.co. Este artículo fue recibido el día 10 de abril de 2014 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria N° 18 del 10 de mayo de 2014.

dispuesto por el artículo 6° de la Ley 1340 de 2009— de adelantar investigaciones administrativas tendientes a sancionar a aquellas personas, naturales o jurídicas, que contravengan lo dispuesto en la normativa sobre la materia, a fin de salvaguardar derechos tales como la libre competencia, la eficiencia en los mercados, la libertad de empresa, la libertad económica y, en últimas, a los consumidores.

Palabras clave: Libre competencia, investigaciones administrativas, constitución económica, regulación económica.

Abstract

This article is intended to focus the attention on one of the essential aspects of the competition law in Colombia, as it is the public enforcement of the law, in other words, the State power, delegated by means of law to the Superintendence of Industry and Commerce as the national authority on competition - this according to the provisions of article 6 of law 1340 of 2009-forward administrative investigations aimed to punish those people, natural or juridical, who violate provisions of the regulations on the matter, in order to safeguard rights such as free competition, efficiency in the markets, free enterprise, economic freedom and, ultimately, consumers protection.

Key words: Free competition, administrative investigations, economic constitution, economic regulation.

Résumé

La finalité de cet article vise à mettre l'accent sur l'un des aspects essentiels du droit de la concurrence en Colombie, tel que l'application publique de ce dernier ou en d'autres termes, le pouvoir de l'État, délégués par la loi à l'Autorité de la Concurrence en tant qu' autorité nationale en matière de la concurrence- conformément à l'article 6 de la loi 1340 de 2009-pour mener des enquêtes administratives pour punir des personnes physiques ou morales contrevenant la réglementation sur le sujet, afin de sauvegarder des droits tels que la liberté de la concurrence, l'efficience des marchés, la liberté d'entreprendre, la liberté économique et, enfin, des consommateurs.

Mots-clés: Libre concurrence, enquêtes administratives, constitution économique, réglementation économique.

Resumo

O presente artigo tem como propósito concentrar a atenção num dos elementos essenciais do direito da concorrência na Colômbia, como é a aplicação pública deste, isto é, a possibilidade por parte do Estado, delegada mediante lei à Superintendência de Indústria e Comércio como autoridade nacional em matéria de concorrência —isto conforme o artigo 6° da Lei 1340 de 2009— de efetuar inquéritos administrativos tendentes a punir a aquelas pessoas, naturais ou jurídicas, que contrariem a normativa sobre a matéria, para proteger direitos como a livre concorrência, a eficiência nos mercados, a liberdade de empresa, a liberdade econômica e, assim, aos consumidores.

Palavras-chave: livre concorrência, inquéritos administrativos, constituição econômica, regulação econômica.

Sumario

1. Introducción. 2. Derecho público económico. 3. Aproximación al concepto de libre competencia. 3.1. El análisis económico del derecho como justificación. 3.2. Ámbito de protección de la libre competencia. 3.3. Mandato constitucional. 3.4. Regulación económica y libre competencia. 3.5. Institución administrativa de defensa de la libre competencia. 4. Conclusiones. 5. Referencias.

1. Introducción

Desde la óptica del ordenamiento jurídico colombiano, como garantía derivada del artículo 333 de la Constitución Política, corresponde al Estado garantizar la libre competencia en los sectores de la economía nacional y que conmine a los agentes que participan en un mercado determinado a respetar las reglas, principios y derechos que orientan la actuación empresarial. Con ello, la posibilidad de exigir a estos sujetos el cumplimiento de los fines propuestos con el establecimiento del llamado derecho de la competencia con la “amenaza” de que, ante el incumplimiento, pueden ser sujetos de sanción por los efectos adversos que puedan generar con su actuación.

Como objetivo del presente artículo, nos planteamos resolver, una vez compilado el fundamento jurídico y económico sobre el que descansa la aplicación pública del derecho de la competencia, el siguiente interrogante: ¿Es la regulación *ex ante* una causal de exoneración para el uso de una regulación *ex post*?

Además, se pretende hacer una descripción de los parámetros esenciales que rigen la actividad sancionadora del Estado cuando existen prácticas que alteren la libre competencia, con lo cual se hace necesario señalar el fundamento constitucional sobre el que descansa dicha facultad impositiva

o, como también podría denominarse, de la aplicación pública del derecho de la competencia.

Sin embargo, no sólo es importante adecuar la protección de la libre competencia con lo ordenado por la Constitución Política, sino, también, revisar el ámbito de protección legal de la norma o, en este caso de las normas que en su conjunto conforman el régimen jurídico de protección de la libre competencia, y el fundamento, tanto jurídico como económico, que sustentan la actuación administrativa para proteger la eficiencia de los mercados, la libertad de empresa, la libertad económica y los derechos de los consumidores.

Para el cumplimiento de la política pública de promoción de la competencia, diseñada por el Estado, juega un papel relevante la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad nacional en materia de competencia, encargada de la aplicación de la norma y el desarrollo de los objetivos planteados por el Estado en la política pública diseñada para mantener el orden económico y social a través de la garantía y mantenimiento de la libre competencia.

Se hará especial énfasis en la Constitución Económica y el progreso de aquella disciplina denominada derecho público económico junto a su ámbito de protección normativa, el papel que juega la regulación económica como mecanismo también de prevención de la comisión de prácticas anticompetitivas, para luego poner el foco en el concepto, la dinámica y funcionamiento de las investigaciones administrativas por libre competencia en Colombia y la autoridad encargada de aplicarlo.

2. Derecho público económico

Hacer referencia al derecho público económico implica centrarse en la interacción de dos áreas trascendentales del derecho y del desarrollo propio del modelo de Estado que nos rige de acuerdo con nuestra Constitución Política. En el derecho económico se encuentran tanto normas que pertenecen al derecho público como al derecho privado y abarcan normas de derecho administrativo, constitucional, etc., y así como de derecho civil o mercantil (Galán, 1985, p. 10). Con este modelo es claro que frente a aquellas potestades y asignaturas propias de una u otra rama del derecho, hay que tener en cuenta que cada día es mayor el grado de interacción de un área del derecho en la complementariedad de la otra, o simplemente para entender el funcionamiento e intervención en toda disciplina jurídica. Hay que partir del supuesto de que la distinción entre lo que tradicionalmente se conoce como derecho público y su “antítesis” el derecho privado, como la “médula de toda sistemática teórico-jurídica, es sencillamente imposible determinar con cierta fijeza lo que quiere decirse en concreto cuando se distingue entre el derecho público y el privado” (Kelsen, 1979, p. 105).

Es por ello que más que alzar la mirada hacia las materias tradicionalmente encuadradas dentro del derecho público, lo que debe hacerse es revisar que, de acuerdo con nuestro modelo de Estado –artículo 1° de la Constitución Política– Colombia es un Estado Social de Derecho, lo cual implica, por un lado que, por declararse como un Estado Social, debe asumir una serie de acciones encaminadas a cumplir con su fin de asistencia social, garantía de derechos y libertades y el aseguramiento de las condiciones mínimas vitales para la subsistencia de sus ciudadanos. Por otro lado, el hecho de que Colombia sea un Estado de Derecho, lleva implícito el principio de legalidad, con un respeto y sometimiento a la Constitución y la ley en todas sus actuaciones en pro del bien común y del cumplimiento de los fines del Estado.

Así, cuando se hace referencia al derecho público económico, se alude a aspectos que trascienden en el proceso económico de un país, entendido como “*el derecho de la ordenación económica, intervencionista o liberalizadora*” (Rojo, 1980, p. 255). Por lo tanto, corresponde a una disciplina que se encarga de analizar cuestiones propias de regulación sectorial, derecho de la competencia y del consumo, mercado de valores, entre otras (Rivero, 2009, p. 17).

Esta disciplina del Derecho que, día a día, toma más fuerza por cuanto se encarga de estudiar temas que se extienden a aspectos que son relevantes para la vida económica de un país, busca atacar, de forma directa, los problemas de eficiencia de los mercados y, en consecuencia, mantener la indemnidad del orden económico y social que se desprende de la Constitución Política.

De acuerdo con el primer teorema fundamental de la economía del bienestar, los mercados llegan a ser, en algunas ocasiones, eficientes en el sentido de Pareto; sin embargo, hay eventos en los que los mercados no alcanzan dicho grado de eficiencia paretiana y, por ende, justifica la intervención del Estado (Stiglitz, 2000, p. 92), ello es así cuando se detecta una falla de mercado, la cual podemos definir como

Una situación en la que no se encuentra el primer óptimo a partir del funcionamiento del mercado; en otras palabras los requisitos del modelo de libre competencia no se cumplen y por tanto la economía no es capaz de alcanzar situaciones de eficiencia asignativa, productiva y paretiana. En esta circunstancia, el mercado no asigna eficientemente la producción o la asignación de bienes para los consumidores, al no generar las señales necesarias a los agentes a través de los precios; implica que no puede garantizar que se produzcan las debidas cantidades, existiendo una diferencia entre el costo privado y el costo social de una actividad (Amador, 2010, p. 305).

En concordancia con lo anterior, tenemos que los mercados pueden ser ineficientes por las siguientes razones:

- **Poder de mercado**→ “Entendido como la capacidad que tiene una empresa de cobrar un precio superior a su coste marginal y obtener así un beneficio positivo” (Perloff, 2004, p. 369), lo cual deja como resultado la pérdida neta de excedentes. Hay unidades que la sociedad valora más que el costo de producción y el monopolio no produce. La solución es una discriminación perfecta de precios, pero esto es muy costoso. (Hay costos de transacción muy elevados).

Sobre este punto en particular, Samuelson y Nordhaus señalan lo siguiente:

Cuando una empresa tiene poder de mercado (por ejemplo, tiene un monopolio debido a un medicamento patentado o una licencia para el suministro local de electricidad) puede elevar el precio de su producto con respecto a su coste marginal. Los consumidores compran una cantidad menor de estos bienes que en condiciones de competencia perfecta, por lo que disminuye su satisfacción. Este tipo de reducción de la satisfacción de los consumidores es característico de la ineficiencia que crea la competencia imperfecta (1996, p. 278).

- **Efectos externos de la actividad económica**→ Daño o beneficio no compensado para un tercero no involucrado, que produce un determinado costo social.

Existe una externalidad cuando una actividad de consumo o de producción produce un efecto indirecto en otra actividad de consumo o de producción que no se refleja directamente en los precios de mercado. (...) La palabra externalidad se utiliza porque el efecto producido en otros (ya sea beneficios o costes) es externo al mercado (Pindyck, 2001, p. 615).

- **Bienes públicos**→ Bienes de consumo no rivales y no excluyentes.

“Los bienes públicos son aquellos cuyos beneficios se extienden de manera indivisible a toda la comunidad, independientemente de que los individuos deseen o no comprarlos” (Samuelson & Nordhaus, 1996, p. 356). Piénsese, para los casos de bienes públicos, en un ejemplo muy ilustrativo como es el caso de la defensa nacional, así, la defensa nacional, en tratándose de un bien económico se diferencia claramente de un bien privado, dado que una vez es suministrado beneficia a todas las personas, independientemente de si contribuye o no a su financiación, el nivel socioeconómico o cultural, etc. (Samuelson & Nordhaus, 1996, p. 355).

- **Asimetría de información**→ Agentes que toman decisiones con la información disponible y que sería distinta a la que tomarían si la información fuera completa.

Es un fallo de mercado cuando la información produce una falta de compensación sobre la decisión tomada y el mercado no es capaz de compensar este problema. La información imperfecta es por condiciones del mercado o situaciones futuras. El fallo de mercado se dará siempre y cuando se produzca una diferencia con la decisión que tomaría si tuviera la información perfecta, el mercado debe afectar la eficiencia.

Por lo anterior y teniendo en cuenta que es improbable que se cumplan las condiciones necesarias para lograr la eficiencia, algunos autores consideran la necesidad de centrar la atención en la forma como se deben resolver los fallos del mercado, (Pindyck, 2001, p. 614), con lo cual ponemos en el centro de atención la regulación económica, como uno de los elementos indispensables para solucionar las ineficiencias producidas en los mercados y que, en la mayoría de las veces, contribuye al normal avance de los mercados y propicia la libre competencia como finalidad esencial en su aplicación.

De aquí surge la necesidad de la intervención estatal para corregir las fallas señaladas, donde el Estado, que hace uso de su poder normativo, aporta autoridad a la sociedad, algo que no le podemos exigir al mercado porque no lo tiene, por ende, no necesitamos al Estado para que los ciudadanos puedan negociar, pero sí lo necesitamos para que no se les prohíba realizar dicha negociación, es decir, hay problemas que se solucionan mediante la negociación (mercado), pero hay otros en los que ésta no es suficiente, por lo tanto se necesita la autoridad (que la aporta el Estado).

Es en este punto donde tiene cabida una de las muchas formas de intervención del Estado en la economía y más precisamente el objeto esencial de estudio del derecho público económico como el derecho aplicable a las intervenciones de las personas y órganos de derecho público en la economía y, en general, el derecho de la intervención pública en materia económica (De Laubadere & Devolvé, 1986, p. 20).

Y para que el Estado pueda intervenir en la economía, echa mano del derecho administrativo económico, como área de especificidad dentro del derecho público económico para brindar herramientas que faciliten la intervención estatal. De un lado, ofrece los instrumentos jurídicos que “permiten condicionar el comportamiento de los operadores económicos”, a través de los llamados poderes exorbitantes de la administración pública (potestad reglamentaria, sancionadora, autorizante o supervisora) (Rivero, 2009, p. 19); por otro lado, están las garantías ofrecidas por el derecho administrativo económico, propias de un Estado Social de Derecho, como el principio de legalidad y la sujeción estricta a la Constitución y la ley.

Así, para centrar el discurso en torno al derecho público económico como herramienta para la intervención estatal, se debe mirar en detalle la Constitución Política en relación con el régimen económico y de hacienda pública, lo que, en últimas, llamamos la Constitución Económica.

Lo primero que se debe señalar es que cuando hablamos de Constitución Económica es preciso trasladarse al modelo económico de la Constitución, “el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económico-social de un país, según un orden que se encuentra reconocido en la Constitución” (Ariño, 2003, p. 175).

De acuerdo con el modelo de nuestra Constitución Política es posible señalar que es una Constitución valorativa “porque consagra principios y valores específicos”, pero no establece un modelo económico “preciso” (Uprimny & Rodríguez, 2005, p. 25), por el contrario, lo que señala la Constitución son los fines, es decir, el *cómo* llegar al cumplimiento de esos fines le corresponde al Estado a través de la intervención en la economía. Para Stiglitz, la intervención pública en la economía se puede dar para señalar las reglas del mercado, corregir fallos de mercado –problemas de eficiencia– y redistribución social de las rentas (Stiglitz, 2000, p. 91), con lo cual mantener el orden económico y social le corresponde al Estado de acuerdo con el modelo de intervención pública que más se acomode a lo perseguido con la política pública diseñada para tal fin, claro está, con el cumplimiento de lo estipulado en la Constitución Política.

“Hoy en día se entiende por <<Constitución económica>> el establecimiento jurídico de una ordenación económica determinada y los notables avances (...) de la economía intervenida por el Estado en el régimen del mercado, en el derecho de la empresa y del trabajo (...)” (De Lojendio, 1977, p. 83), teniendo en cuenta que la libre competencia económica y el libre mercado hacen parte fundamental del mantenimiento justo del orden económico y social articulado con la producción y el crecimiento de un país.

La Constitución Política de Colombia, en el artículo 333 y s.s., estipula lo relacionado con el régimen económico y de la hacienda pública, fija los parámetros desde los cuales debe dirigirse la actividad económica como presupuesto fundamental del Estado Social de Derecho, de ahí que

el artículo 334³ de la norma superior establezca que será el Estado, como encargado de la dirección general de la economía, el que intervenga, por mandato legal, en asuntos que impliquen la restauración de asuntos que, como lo señala el artículo 333 de la Carta, garantice la actividad económica y la libre competencia.

Lo anterior constituye ni más ni menos que la habilitación constitucional a la intervención estatal, bien sea una intervención *ex ante* –regulación económica– o bien con los supuestos según los cuales el Estado reprime, sanciona o castiga con la llamada regulación *ex post* –referida al derecho de la competencia– y reprocha, desde el punto de vista jurídico, los comportamientos que afecten de forma directa o indirecta las condiciones normales del mercado y sus parámetros de eficiencia, generen distorsiones y efectos adversos que recaen, por supuesto, sobre el mercado mismo, los competidores y, por último, pero no menos importante, sobre los consumidores.

3 El artículo 334 de la Constitución Política señala: “*La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, **en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados**, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario*”. (Resaltado fuera de texto). Si se hace una interpretación del artículo 333, junto con el artículo 334 de la C.P., se advierte que el Estado, como fin esencial, de acuerdo con su modelo, ha fijado la garantía de la libertad económica y la libre competencia, para lo cual, en primera instancia, debe ser el mismo mercado el que fije las condiciones de funcionamiento, de acuerdo con lo que Adam Smith denominó en su momento la mano invisible; sin embargo, en los eventos en los cuales el mercado presente problemas asociados con la eficiencia por causa de un poder de mercado, el Estado, haciendo uso de la autorización dada en el artículo 334, intervendrá para el restablecimiento del mismo.

3. Aproximación al concepto de libre competencia

Para hablar de libre competencia se debe hacer referencia a, ¿qué es el derecho de la competencia? remitiéndonos, indudablemente, a aquella área del derecho encargada de la promoción de la libertad económica, libertad de empresa, el mantenimiento de la eficiencia en los mercados y la protección de los consumidores. También, entendido como “el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre determinado mercado, en aras del interés público” (Miranda, 2011, p. 69).

Por otro lado, puede hablarse de una visión más económica en el sentido de decir que

La competencia es “un statu quo en el que el bienestar del consumidor no es mejorable a través de una orden judicial que lleve a cambiar las cosas hacia otra situación”. Según este esquema, el bienestar del consumidor se maximiza mediante la eficiencia económica, y por lo tanto cualquier actividad que tenga como consecuencia una reducción del volumen de producto final (output) será económicamente ineficiente, perjudicará al consumidor y ha de ser por ello perseguida por la legislación antitrust (Diez, 2003, p. 34).

Si juntamos las dos visiones, tanto la jurídica como la económica, se observa que no son antagónicas, por el contrario, son complementarias y la visión jurídica dota de herramientas al cumplimiento de los fines propuestos con la política pública de libre competencia si se tienen en cuenta los lineamientos económicos para la consecución de los objetivos competenciales.

El derecho de la competencia así visto, se divide en dos grandes áreas: *i)* por un lado, la libre competencia, encargada de velar por el cumplimiento y mantenimiento de los principios ya señalados, prohibir conductas tales como el abuso de posición de dominio, acuerdos y actos anticompetitivos

y el régimen de integraciones empresariales; *ii*) por el otro lado, la competencia desleal, regulada principalmente en la Ley 256 de 1996, donde se incorporó en nuestra legislación lo señalado en el convenio de París, para mantener la competencia leal entre los agentes que participan en un mercado determinado, como mecanismo de caución del orden económico y social y la eficiencia en los mercados.

Las diferencias entre uno y otro no son semánticas, son estructurales que se complementan entre sí, teniendo en cuenta, claro está, el cumplimiento de unos principios específicos en cada caso –bien sea en tratándose de libre competencia o de competencia desleal–; sin embargo, hay que anotar que pueden existir casos, y de hecho los hay, en los que una conducta determinada se pueda traslapar de un grupo de protección al otro.

Cuando lo que se busca es la protección de la competencia en particular, mediante una declaración y posterior resarcimiento de daños, por las conductas desleales de los competidores, se recurre a la aplicación privada del mismo, es decir, se trata de un proceso jurisdiccional que busca la responsabilidad de aquel que con su conducta lesione los intereses de los que son sujetos de protección de la norma. Para ello, la Ley 256 de 1996 trae un listado de conductas que, una vez cumplido el ámbito de aplicación, son consideradas como desleales y, por tanto, son objeto de condena indemnizatoria. Ahora bien, no se puede olvidar que por disposición del artículo 155 del decreto 19 de 2012, que modificó el artículo 52 del decreto 2153 de 1992 y los artículos 16 y 19 de la ley 1340 de 2009, también existe la posibilidad de adelantar un procedimiento administrativo sancionador por competencia desleal, lo cual deja inferir que, en relación con esta última categoría, existan dos vías para juzgar dichos comportamientos, de acuerdo con lo perseguido por el actor, además de su legitimación por activa en relación con la acción, para mover, o bien el aparato jurisdiccional, o bien el aparato administrativo sancionador.

En lo atinente con la aplicación pública del derecho de la competencia, se trata de procesos eminentemente administrativos sancionatorios en donde lo que se busca es garantizar el cumplimiento de los fines propuestos con la ley de competencia, es decir, protección al consumidor, eficiencia económica, libertad de empresa y libre competencia económica.

Cuando la autoridad nacional en materia de protección de la competencia, en este caso la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), decide iniciar una investigación por prácticas restrictivas a la libre competencia o, en su defecto, por competencia desleal, lo hace con los supuestos del derecho administrativo sancionador, regulados en principio por el decreto 2153 de 1992, artículo 50. Sin embargo, es de anotarse que en el decreto 2153 de 1992 no se encuentran reguladas todas las vicisitudes del procedimiento administrativo sancionador, razón por la cual hay que acudir al Código de Procedimiento Administrativo en los vacíos de este decreto.

Aquí debe tenerse en cuenta que, lo primero que debe hacerse es determinar el mercado de referencia, el cual está constituido por dos elementos a saber: *i*) mercado de producto de referencia y, *ii*) mercado geográfico de la referencia. Sobre este punto en particular, la Comisión Europea expidió una comunicación relacionada con

La definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. 97/C-372/03).

El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, precio o el uso que se prevea hacer de ellos (Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. 97/C-372/03).

El mercado geográfico de referencia

Comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquella (Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. 97/C-372/03).

Ello es así, dado que los mercados son diferentes, los productos pueden tener sustitutos cercanos y, en definitiva, no es igual el mercado en una ciudad determinada que en otra, las preferencias de las personas son transitorias, lo cual quiere decir que, acerca de un asunto concreto confluyen en resultados no transitorios por decidir en conjunto por reglas de mayoría simple (Bustos, 2010, p. 113).

3.1 El análisis económico del derecho como justificación.

Hacer uso del análisis económico del derecho (AED) en temas como el derecho de la competencia, da la posibilidad de realizar un análisis desde una perspectiva económica en relación con el efecto que genera en el comportamiento de los agentes del mercado, la introducción de normas de competencia. Así las cosas, se debe hacer mención de la Sherman Act, que es la ley sobre la que descansa el derecho de la competencia en Estados Unidos, es decir, todo lo relacionado con el Antitrust Law. El derecho antitrust, (antitrust law) inicialmente buscaba atacar a los carteles, aquellos que tenían su fundamento en los acuerdos anticompetitivos; sin embargo, no se puede dejar de lado la consideración según la cual la ley Sherman de 1890

Trataba de afrontar el problema del monopolio mediante sanciones penales y civiles para los contratos y otras combinaciones que restringen el comercio, la monopolización y las conspiraciones e intentos de monopolización. Las primeras decisiones interpretaban que la ley prohibía los carteles. Aunque las sanciones de la violación eran muy débiles al principio, la ley fue razonablemente eficaz para impedir que los participantes en el cartel emplearan ciertos instrumentos muy eficaces, pero también muy visibles, para la eliminación del fraude de los miembros del cartel (Posner, 2007, pp. 450 y 451).

Por el lado del derecho europeo, en lo que tiene que ver con la etapa que siguió a la suscripción del Tratado de Roma de 1957, donde se implementó la Comunidad Económica Europea (CEE), el fundamento superior sobre el que descansan las bases del derecho de la competencia en la Comunidad Europea, están en los artículos 101 y 102 –antiguos artículos 81 y 82– del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Como es lógico, tanto en uno como en otro sistema jurídico, el proceso de creación y formulación de un derecho de la competencia difiere no sólo en su estructura, sino de acuerdo con el sistema jurídico al que pertenecen. Sin embargo, al revisar las legislaciones sobre carteles y monopolios se hace referencia a la “existencia de una prueba del acuerdo sobre fijación de precios –cuestión legal–, antes que en la prueba de los efectos económicos de la conducta” (Posner, 2007, p. 451).

Vale la pena anotar que cuando se está frente a un cartel, encontrar la prueba de composición del mismo no es tarea fácil, por no decir que, en la mayoría de los casos, se torna inexistente dado que son acuerdos vedados, sobre los que puede no existir prueba de los mismos, teniendo en cuenta la ilegalidad y el reproche sancionatorio que recae sobre ellos. Por esa razón, el juicio que debe hacerse es frente a los efectos económicos que genera en el mercado la adopción de ciertos comportamientos por parte de los agentes o participantes del mercado, de ahí debe partir el supuesto que debe tener en

cuenta la autoridad nacional de competencia con el objeto de investigar la existencia o no de una práctica que altere la libre competencia⁴, toda vez que, mientras más grandes los carteles, donde se involucren más agentes, existe mayor probabilidad de ser detectados, por cuanto es más fácil controlar más agentes, miembros de un mismo cartel. Existe mayor riesgo de incumplimiento de sus acuerdos previos y, con ello, la posibilidad de salir de los mismos. Allí es donde cobran mayor importancia políticas como la delación por cuanto constituyen un mecanismo idóneo que logra persuadir al infractor en tanto y cuanto los beneficios ofrecidos logran ser mayores que los reportados con la continuidad en la infracción. El nivel de sanción debe ser óptimo porque una sanción debe incluir no sólo el beneficio reportado con el acuerdo, sino, también, el costo que implica imponerla (Shavell, 2004, p. 520).

De lo anterior, se infiere que: *i*) de acuerdo con los objetivos perseguidos por el Estado en el establecimiento de la garantía de libre competencia como mandato constitucional, el enfoque de la autoridad nacional, en materia de competencia, debe centrarse en analizar el mercado y los efectos (negativos o ineficientes arrojados por el mismo) generados por un cambio en el comportamiento de sus agentes (económico), para luego sí buscar el elemento probatorio (jurídico) que permita reprimir el comportamiento y restablecer el mercado; y *ii*) introducir, por parte del legislador, el análisis económico del efecto de las leyes y la introducción de políticas como, por ejemplo, la delación con los óptimos ya señalados en líneas anteriores para persuadir al

4 Como lo sostiene Posner, "(...) los carteles que tienen mayores probabilidades de ser descubiertos y enjuiciados son aquellos donde los efectos de precio y producción son pequeños. Tales son los carteles de muchos miembros, de modo que es más probable que uno de ellos se disguste e informe acerca de los otros; los que dependen de la negociación y el acuerdo explícitos y reiterados, lo que provee la prueba esencial de la violación; éstos tienden a llenarse de engaños y a derrumbarse pronto en medio de recriminaciones mutuas: circunstancias que crean oportunidades para obtener testigos dispuestos a ofrecer pruebas del acuerdo. Es menos probable que el cartel de funcionamiento adecuado genere pruebas del acuerdo efectivo. Lo que la ley castiga sobre todo es el intento de la fijación de precios. La conspiración consumada escapa a menudo de la atención". (Posner, *El Análisis Económico del Derecho*, 2007, pp. 451 y 452).

infractor, con el fin de armonizar lo anteriormente señalado con el contenido legislativo, que, en todo caso, debe ser en aras de dar cumplimiento a los fines del Estado en la materia.

De esta forma, se puede hacer uso del AED para identificar, tanto la “predisposición de un mercado a la cartelización, como el tipo de prueba que puede revelar que un mercado está efectivamente cartelizado”. Para la primera, es necesario fijarse en aspectos como la “composición del mercado, la elasticidad de la demanda”, el establecimiento de barreras a la entrada o la salida, etc., es decir, aquellas herramientas que la microeconomía nos ayuda a identificar como presupuestos de la competencia perfecta. Para el segundo, es decir, el cómo probar la existencia de un cartel, es necesario revisar la “política de discriminación de precios”, las variaciones presentadas en diferentes mercados geográficos del mismo producto –esto cuando hay empresas con presencia en diferentes ciudades o regiones–, o “el mantenimiento de precios en el tiempo”, en fin, todo aquello que supone una alteración de las condiciones normales del mercado y que es producto del comportamiento de los agentes que participan en el mismo (Posner, 2007, pp. 452, 453 y 454).

3.2 Ámbito de protección de la libre competencia.

Como ya se había anotado, cuando se habla de libre competencia –que es, en esencia, el objeto de estudio aquí planteado– indudablemente debemos señalar cuál es su ámbito de protección, o mejor, ¿qué es lo que se protege con la libre competencia? Lo cual lleva a concluir que el ámbito de protección de la libre competencia está centrado en resguardar el libre y leal mercado, la eficiencia económica, la libertad de empresa y los derechos de los consumidores.

Ante la comisión de una práctica que altere las condiciones del mercado y que afecta cualquiera de los supuestos ya señalados, es obligación del Estado intervenir para sancionar dichas prácticas y, por ende, restablecer las condiciones iniciales del mercado. Sobre este punto en particular, es oportuno señalar que, en nuestra legislación interna, la libre competencia se afecta tanto por objeto como por efecto, lo cual significa que no es necesario que se produzca la afectación al bien jurídico protegido, basta con la sola intención de hacerlo, pero hay que aclarar que esa intención debe tener la potencialidad de causar el efecto prohibido (objeto) y, por lo tanto, ser un comportamiento idóneo como los señalados en el decreto 2153 de 1992, pero se aclara que dicho listado de comportamientos anticompetitivos enunciados en la norma en comento, no es taxativo y, por ende, cualquier comportamiento que busque la afectación del bien jurídico protegido y no se encuentre ahí enmarcado se investiga por la cláusula general de competencia estipulada en el artículo 1° de la ley 155 de 1959.

Son diversas las formas en las que se infringen los bienes jurídicos protegidos con el derecho de la competencia, según nuestra legislación interna, las conductas contrarias a la libre competencia se dividen en:

- a. **Acuerdos anticompetitivos:** según lo preceptuado por el artículo 45 del decreto 2153 de 1992, consiste “en todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas” con el fin de restringir la competencia o, simplemente, dejar de competir entre ellas.

Dicho acuerdo o concertación no tiene una formalidad específica, no es necesario que los partícipes de dicho acuerdo lo dejen sentado por escrito en documento alguno o reproducido por algún medio electrónico o tecnológico, es un simple acuerdo que se va a desarrollar y se va a cumplir en el momento de fijar las condiciones propias de operación o, mejor, de comportamiento de cada uno de los agentes implicados

en el acuerdo, dentro del mercado, aun cuando puedan existir casos en los cuales los acuerdos celebrados sí consten en algún medio que pueda entenderse o cumpla con los requisitos para ser tenidos como documentos, caso en el cual el efecto es el mismo, sólo que la labor de la autoridad será menos compleja en el momento de demostrar la celebración del acuerdo.

Los acuerdos se clasifican en horizontales y verticales, de acuerdo con los sujetos implicados en el mismo, es decir, son horizontales cuando el acuerdo se celebra con otro competidor real o potencial dentro de la misma escala de valor. (Comunicación de la Comisión —Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal)

Así, los acuerdos verticales son aquellos que se producen entre sujetos que pertenecen a un estado diferente de la cadena de producción o distribución, son

Acuerdos para la compraventa de bienes o servicios suscritos entre empresas que operan en planos distintos de la cadena de producción o distribución. Los acuerdos de distribución entre fabricantes y mayoristas o minoristas son típicos ejemplos de acuerdos verticales (Comunicación de la Comisión Europea —Directrices relativas a las restricciones verticales. SEC/2010/0411).

- b. Actos anticompetitivos:** el mismo decreto 2153 de 1992, en su artículo 45 numeral 2, define el acto “como todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica”

Cuando se habla de actos, se alude a las conductas unilaterales de uno de los agentes, cualquiera que sea, participante en el mercado, tendientes a distorsionar, alterar o falsear la competencia, su principal diferencia

con los actos de abuso de posición de dominio es “que no se requiere un sujeto calificado específico, sino que agrupan prohibiciones dirigidas a todo el universo de comerciantes” (Velandia, 2011).

- c. **Abuso de posición de dominio:** En primer lugar, se debe tener claro que se entiende como la

Posición de fuerza económica que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores, los clientes y, en última instancia, los consumidores (Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002. Directiva marco. Artículos 14.2 y 14.3.)

Sin embargo, hay que anotar que lo castigado por la ley no es la posición de dominio sino el abuso de tal posición.

De igual forma, el artículo 50 del decreto 2153 de 1992, trae un listado, no taxativo, de las formas de abuso de posición de dominio, en el entendido que, además de las señaladas en dicho artículo, es posible que se dé un abuso en cualquier otra forma, aparte de las señaladas en el artículo en mención.

- d. **Integraciones empresariales:** La obligación establecida en la norma de competencia, Ley 1340 de 2009, que sustituyó lo preceptuado en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, es informar a la Superintendencia de Industria y Comercio, por parte de aquellas empresas dedicadas a la misma actividad económica (integración horizontal) o aquellas que se encuentren en la misma cadena de valor (integración vertical), las operaciones que proyecten llevar a cabo con el fin de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada, lo cual remite de forma expresa al Código de Comercio y a la Ley 222 de 1995 y demás normas que las

complementen, modifiquen o adicionen, en lo relacionado con la forma de realizar dicho negocio jurídico; sin embargo, desde el punto de vista del derecho de la competencia, la función de la SIC es la de analizar los efectos económicos surgidos de aquella integración proyectada con el fin de establecer si la misma vulnera o pone en riesgo la libre competencia. Hay que resaltar que lo único que le interesa a la SIC es salvaguardar los principios de libre competencia, eficiencia de los mercados y protección de los consumidores, con lo cual es claro que el análisis efectuado por parte de la autoridad nacional de competencia únicamente está dirigida a este aspecto en particular, pudiendo, si así se logra establecer, objetar dicha integración y se protejan derechos de carácter general como es la protección a la libre competencia.

Como ya lo ha sentenciado la Corte Constitucional, el examen que realiza la SIC, sobre el control de las integraciones empresariales

No constituye una sanción, sino que es una herramienta constitucionalmente legítima de intervención estatal en la economía, destinada a evitar actividades de los agentes que, por su grado de incidencia en la composición del mercado, imposibiliten la competencia efectiva. (Corte Constitucional Colombia, 2010, sentencia C-228 de 24 de marzo. Expediente: D-7865. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva).

- e. **Monopolios:** Al revisar el artículo 336 de la Constitución Política, se observa que, de acuerdo con nuestro modelo y como obligación del Estado, está prohibir el establecimiento de monopolios, salvo una excepción contemplada en el mismo texto constitucional, cual es de los monopolios de arbitrio rentístico, sin entrar en la consideración de la potestad que tienen los titulares de derechos de exclusividad en su uso y explotación económica, por cuanto estos últimos tienen su origen en la intervención del Estado para asegurar la protección a la propiedad industrial.

Una de las condiciones necesarias para la existencia de monopolios está dada en las barreras de entrada, las barreras de entrada tienen tres orígenes: *i)* un recurso clave es propiedad de una única empresa, *ii)* una única empresa tiene el derecho exclusivo a producir determinado bien o servicio y, *iii)* los costes de producción hacen que sea más eficiente que haya un único productor en el mercado que varios (Perloff, 2004, p. 383). Ahora bien, hay que tener en cuenta que todo dependerá de la política pública diseñada por el Estado para alcanzar el mandato constitucional del artículo 336, encaminado al establecimiento de la libre competencia en todos los sectores de la economía nacional.

Todo ello para que el mercado se desarrolle dentro del mandato constitucional de libre competencia y asegurar la eficiencia económica y el respeto y promoción a los derechos de los consumidores, so pena de hacer uso de la habilitación constitucional que tiene el Estado para hacer efectivo dicho mandato, a través de la intervención en la economía, dado que

Las garantías constitucionales propias de la libertad de empresa encuentran su verdadero sentido cuando se les comprende, no como prerrogativas sin límite y exclusivamente destinadas a la maximización del beneficio de los participantes en el mercado, sino cuando son entendidas en el marco de la protección del interés social. Ello en el entendido de que existe una cláusula general a favor del Estado, que le permite intervenir en la economía con el fin de proteger los bienes y valores constitucionales que se concretizan en las operaciones de intercambio de bienes y servicios. (Corte Constitucional Colombia, 2010, sentencia C-228 de 24 de marzo. Expediente: D-7865. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva).

3.3 Mandato constitucional.

He de advertir, como ya se había hecho en líneas anteriores, que la libre competencia económica es uno de los postulados esenciales en nuestro modelo de Estado, derivado del artículo 333 de la Constitución, desde el cual “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”, de igual forma, si se continúa con la lectura del artículo 334 superior, se advierte que se señala que la dirección general de la economía está a cargo del Estado, que tiene la potestad de intervenir para avalar el cumplimiento de lo señalado en lo que denominamos Constitución Económica.

Este aspecto es relevante, dado que aquello que realza el espíritu de la norma no es la consagración de un principio, una regla o un derecho, sino todo lo contrario, su realización, “nada perjudica más la conciencia de que la Constitución debe cumplirse, que los incumplimientos de la misma” (Bullard, 2006). Por este motivo es que las normas de competencia buscan desarrollar lo preceptuado en la Constitución a través de la regulación y la norma superior sólo establece a la libre competencia como un derecho que debe ser garantizado de acuerdo con los mecanismos que la ley establezca para ello. Como lo dice Walker, hay que acabar con lo que él mismo denomina “el fetichismo constitucional”, en cuanto consideramos a la Constitución como el gran “transformador de la realidad”. Es más, “en cuanto se normativizan todas las relaciones, sean ellas sociales, económicas o políticas, se impide la creación de otros mecanismos que pueden lograr aproximarse hacia el cambio social” (Walker, 2002, p. 5).

Este es el fundamento que ha de tenerse en cuenta en el momento de determinar cuál es el espíritu de nuestra Constitución con el mandato arrojado en su artículo 333 y 334, donde como ya lo ha dicho la Corte Constitucional, en la sentencia antes referida:

La Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general. Este marco de referencia, a su vez, tiene profundas implicaciones en el modo en que se comprenden los derechos y libertades de los agentes de mercado. En ese sentido, la jurisprudencia ha definido de manera consistente y reiterada a la libertad de empresa como un criterio amplio, que en su aspecto más esencial puede definirse como una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio. Empero, ese carácter amplio, como ya se indicó, la libertad económica encuentra su definición concreta a partir de sus componentes particulares: la libertad de empresa y la libre competencia económica (Corte Constitucional Colombia, 2010, sentencia C-228 de 24 de marzo. Expediente: D-7865. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva).

Como consecuencia de esto, hay dos aspectos esenciales que vienen a complementar lo anterior y que el Constituyente dejó al legislador para que los definiera: *i*) el primero de ellos tiene que ver con la regulación económica, como mecanismo, *ex ante*, correctivo de los problemas de eficiencia –incluso problemas de equidad, sobre el cual no intentaremos abordar en el presente escrito– que para el caso de la libre competencia se encuentra asociado con el poder de mercado; *ii*) el segundo de ellos, como creación de una política de promoción de la libre competencia, *ex post*, que establece mecanismos de sanción frente a las conductas que el legislador ha considerado potencialmente restrictivas de la libre competencia y una intimidación a la eficiencia de los mercados.

En relación con el segundo de los aspectos, es necesario tener en consideración la Constitución Económica, que de ahí se desprende el fundamento de la política pública de competencia, es decir, la fuente de la promoción

de la libre competencia tiene raíces de índole constitucional, desplegados ampliamente por el legislador en cumplimiento de lo ordenado por la norma superior.

Revisados ya los preceptos constitucionales, se menciona el marco legal, dado principalmente por la siguiente normativa:

Ley 155 de 1959, una norma anterior a la actual Constitución Política de 1991, donde, aun cuando de forma paulatina se han venido derogando o modificando algunos artículos, sigue vigente y es la norma que contiene la cláusula general de libre competencia contenida en su artículo 1°.

De igual forma está el decreto 2153 de 1992, que contiene todo el régimen referido a los acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, normativa vigente en lo relacionado con estos aspectos salvo la modificación introducida por la Ley 1340 de 2009, en cuanto al régimen de integración empresarial.

La Ley 1340 de 2009 no sólo introdujo modificaciones en relación con las integraciones empresariales y su procedimiento de información a la SIC, también incluyó, entre otras cosas, el nuevo régimen de sanción administrativa para las personas, tanto naturales como jurídicas, que infrinjan lo preceptuado con las normas de competencia, así elevó el monto de las sanciones a imponer y fijó los criterios de graduación de las mismas. La introducción de la Ley 1340 de 2009 actualizó algunos aspectos propios de la política de promoción de la competencia, de acuerdo con lo señalado en los objetivos trazados con la propia ley⁵, tales como la facultad de rendir

5 Artículo 1° de la Ley 1340 de 2009 señala: "OBJETO. La presente ley tiene por objeto actualizar la normatividad en materia de protección de la competencia para adecuarla a las condiciones actuales de los mercados, facilitar a los usuarios su adecuado seguimiento y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional".

concepto previo sobre proyectos de regulación⁶ –artículo 7° ley 1340 de 2009– como mecanismo de prevención o difusión que apunta un poco más a esto que a la represión o al castigo y modificaciones importantes en relación con las integraciones empresariales respecto de lo contenido en la Ley 155 de 1959 y el decreto 2153 de 1992.

3.4 Regulación económica y libre competencia.

Este punto ya se había enunciado en líneas anteriores, cuando se mencionó cuáles son las razones por las cuales el Estado hace uso de su poder normativo para intervenir determinado sector de la economía nacional a través de la regulación. Se habló de los problemas de eficiencia y equidad, sobre los cuales se dijo que un mercado llega a ser ineficiente si en el mismo existen problemas asociados con el poder de mercado, asimetría de la información, bienes públicos y efectos externos de la actividad.

Como la intención del presente artículo es hablar sobre la libre competencia, es necesario centrarse en los problemas de poder de mercado.

Toda regulación, no sólo la que busca corregir problemas de poder de mercado, debe estar encaminada hacia lo que la doctrina denomina la mejora regulatoria (Rivero, 2010, p. 1347), ¿y esto por qué se menciona? Porque existe el riesgo y así lo ha señalado la Jurisprudencia internacional⁷, que,

6 Sobre este punto en particular hay que hacer una precisión sobre que no todos los proyectos de regulación deben ser informados a la SIC. Este mandato del artículo 7° de la Ley 1340 de 2009 es una norma de carácter general que es precisada por el decreto 2897 de 2010 y la resolución 44649 de 2010. En esta última normativa se señalan con precisión cuáles son los proyectos de regulación que deben ser informados a la SIC.

7 En la Sentencia del Tribunal General Europeo, Sala Octava, de 29 de marzo de 2012. Caso Telefónica. Asunto T-336/07. Se sancionó a Telefónica por abuso de posición de dominio en la modalidad de estrechamiento de márgenes. Se acusó al operador de cobrar precios excesivos

aun cuando un agente participante en el mercado se encuentre sometido a regulación, es posible que, dentro de lo señalado por la norma regulatoria, realice prácticas contrarias a la libre competencia, lo cual se traduce en la posición sobre la cual no es válida la alegación como causal de exoneración de responsabilidad en materia de competencia, la sujeción a una regulación ex ante por parte del regulado. Posición con la que no estamos de acuerdo, pues en esos casos quien debe responder es el regulador –salvo los casos en los que el regulado se haya extralimitado en el uso de la regulación o, incluso, abusado de la buena fe del regulador– toda vez que el que origina la causación del daño es el regulador y si acudimos al ordenamiento jurídico colombiano, legalmente existen los instrumentos para obligar a responder al regulador por la mala regulación, posición que debe ser asumida por la Autoridad Nacional de Defensa de la Competencia (SIC), si se asume que no se le podemos trasladar responsabilidad a quien se encuentra obligado a acatar una norma so pena de perder la condición habilitante que le permite participar en el mercado.

en el mercado mayorista de acceso a los competidores y de precios predatorios en el mercado minorista de usuarios finales, lo que provocó la expulsión de los competidores a los que la tarifa cobrada en el mercado minorista era insuficiente para cubrir los costes de acceso al mercado mayorista. Lo esencial de este caso, para el tema que nos ocupa, es el hecho de que la tarifa cobrada por Telefónica para el acceso a la red en el mercado mayorista se encontraba sujeta a regulación por parte de la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones de España (CRT). Sin embargo, ante esta situación, el Tribunal dijo lo siguiente: “si una empresa en posición dominante verticalmente integrada dispone de margen de maniobra para modificar aunque sólo sea sus precios minoristas, le resulta imputable, únicamente por esa razón, el estrechamiento de márgenes”. Con este planteamiento se entiende que si bien sus tarifas se encuentran sometidas a regulación, disponen de un “margen de maniobra”, que puede ser en el mercado mayorista y que disminuya sus tarifas a los demás competidores que requieren el acceso para competir en el mercado minorista, o en el mismo mercado minorista se sube el valor de las tarifas cobradas a los clientes finales, para evitar generar efectos de expulsión o la imposición de barreras de entrada teniendo en cuenta que las tarifas impuestas por el operador dominante no cubren los costes de prestación del servicio (y se acepta que la tarifa por un bien o servicio está dado por los costos más la utilidad).

Si miramos el fundamento de la regulación *ex ante*, la misma tiene como objetivo primordial corregir las fallas del mercado “en la búsqueda del mismo balance que se obtendría en mercados competitivos” (Amador, 2010, p. 310), mientras que la regulación *ex post* tiene como objetivo prevenir la comisión de prácticas que alteren contra las condiciones propias de competencia en los mercados, es decir, busca conminar a que los agentes del mercado se comporten de forma leal y competitiva en el avance de su actividades económicas para no perturbar las condiciones preestablecidas en los mercados, y en el caso de que no se logren prevenir dichas conductas, entonces hacer uso del poder coercitivo del Estado y sancionar las prácticas contrarias a la libre competencia. Lo que nos lleva a afirmar que la una tiene que ir en la misma dirección que la otra.

De aquí se deduce un efecto que constituye la intención de lo mencionado en este epígrafe:

Debemos decir que como obligación del Estado, trasladada a su vez a los organismos nacionales de regulación, éste interviene en la economía en los casos en los que sea necesario restablecer los mercados para asegurar la libre competencia; sin embargo y es necesario llamar la atención sobre este punto en particular, la obligación no es solo regular, sino saber regular y hacerlo bien. Si nosotros analizamos casos análogos al mencionado, resulta que, en ocasiones, es el mismo regulador quien propicia la práctica anticompetitiva, lo cual lleva consigo que el agente acusado de vulnerar las normas de competencia tenga la opción de repetir después contra el regulador, que fue el que avaló o por lo menos propició la comisión de la conducta.

Por tal motivo y dada la responsabilidad jurídica que le cabe al regulador por la mala regulación, además de crear inseguridad jurídica para el regulado, quien es el destinatario de la norma en tanto y cuanto dicha regulación se constituye en una barrera de acceso al mercado y un requisito de permanencia en el mismo, razones que aducen la importancia de que la misma

deba ceñirse a unos principios, previamente establecidos, que respetan la Constitución y la ley, al respecto, debemos rescatar un aspecto insoslayable como es la “*calidad de la regulación y la mejora del entorno económico*” (Rivero, 2010, p. 1442).

Así las cosas,

Si de la intervención regulatoria y antitrust se derivan veredictos contradictorios, es evidente que algo falla en el sistema, y que es necesario implementar mecanismos que corrijan la aplicación de unas normas en principio iguales, a un mismo comportamiento, pero que sin embargo se resuelven con un saldo de inocencia o culpabilidad en función que se actúe *ex ante* o *ex post* (Diez & Fernández, 2008, p. 234).

Hay que señalar que la regulación *ex post*, en gran medida, se nutre de los fundamentos y rendimientos teóricos planteados en la regulación *ex ante*, tanto así que uno de los objetivos perseguidos con la regulación *ex ante* es corregir el poder de mercado y propiciar la competencia, con base en lo cual, tanto las autoridades de regulación como la autoridad de competencia, no deben ir por caminos separados ni perseguir objetivos distintos –teniendo en cuenta el sector al cual se estén enfrentando– porque fallos contradictorios en la regulación *ex ante* y la *ex post* denotan un evidente traspie en la política pública diseñada para el sector específico en el que se encuentren, además de dejar abierta la puerta para enfrentar al Estado en un hipotético juicio por el daño ocasionado a los destinatarios de la norma, con el error en la regulación –sin olvidar el grave perjuicio que se le llegaría a ocasionar al mercado y a la economía en general–.

Para evitar esto, es necesario que toda regulación económica cuente, como lo señala Rivero⁸, con el establecimiento de unos principios básicos en el establecimiento de la regulación:

- a. **Principio de necesidad:** Hablamos de justificar la intervención del Estado, es decir, ¿por qué y para qué se regula?
- b. **Principio de proporcionalidad:** “Explicado como el recurso al instrumento normativo más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue, una vez constatado que no existen otras medidas menos restrictivas o distorsionadoras para obtener ese resultado” (Rivero, 2010, p. 1443).
- c. **Principio de seguridad jurídica:** Sea esta la oportunidad para afirmar que es difícil alcanzar este principio en ordenamientos jurídicos como el colombiano, donde la oferta legislativa y reglamentaria se encuentra a la orden del día, de acuerdo con los intereses de los grandes grupos económicos en diferentes actividades; sin embargo, este principio, entendido como la certidumbre expresada en normas, considero que cuando menos la línea de objetivos ha sido común y se ha buscado establecer la competencia, aun cuando no se ha logrado.
- d. **Principio de transparencia:** Cuando se hace referencia a este principio, se hace desde el punto de vista de la claridad de los objetivos y el acceso a la documentación justificadora de su determinación.

8 Se toman los principios esbozados por el profesor Ricardo Rivero en su artículo titulado: “Paradojas de la intervención administrativa económica: el bucle de la mejora regulatoria”. Publicado en el libro “La Administración Pública entre dos siglos”. Homenaje a Mariano Baena de Alcázar. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 2010. Principios que están enunciados en el “Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible” de España. Por considerar que son pertinentes frente a lo que se requiere tener en cuenta para una mejor regulación.

- e. Principio de participación:** Este principio se encuentra muy ligado con el anterior,

ahora bien, la concreta traducción del principio de participación y su alcance dependerán sobremanera de la interpretación del concepto “agentes implicados”, con alternativas que van desde su restricción a los directamente afectados por las decisiones, llegando incluso a limitar la consulta a las empresas destinatarias de la regulación, hasta la opción superinclusiva de la información pública, permitiendo la libre expresión de puntos de vista por todas aquellas personas que se sientan concernidas por las regulaciones (Rivero, 2010, p. 1444).

- f. Principio de simplicidad:** Relacionado con una normativa en un solo cuerpo o código, sin que sea necesario recurrir a diferentes normas donde se encuentra contenida la regulación.

- g. Principio de eficacia:** Como aquel mecanismo adoptado mediante el cual se logre el objetivo perseguido con la regulación al menor coste.

Es claro que los principios enunciados no constituyen la línea de ruta de lo que debe perseguir la buena regulación, es sólo una propuesta que objetiviza el juicio regulatorio sobre bases democráticas para desplegar lo señalado por la propia Constitución Política en su deber de promocionar la libre competencia en los mercados, además de obligar a hacer un verdadero análisis sobre el costo de la regulación frente a la competitividad de los mercados nacionales, y disminuir el riesgo de lo que consideramos un choque de la regulación *ex ante* frente a la regulación *ex post*.

3.5 Institución administrativa de defensa de la libre competencia.

Como lo señala de manera expresa el artículo 6° de la Ley 1340 de 2009⁹, es la Superintendencia de Industria y Comercio la autoridad nacional en materia de competencia en Colombia. Sobre este punto en particular, debemos decir, en concordancia con lo señalado por el decreto 4886 de 2011 que señala como función de la Superintendencia de Industria y Comercio velar por la correcta aplicación de las normas de competencia cuando a ello haya lugar. Para esto debe adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las sanciones pertinentes señaladas en la ley a las personas, naturales o jurídicas, que con su comportamiento contravengan lo dispuesto en las normas sobre competencia.

Debe resaltarse que la SIC ejerce su competencia en todo el territorio colombiano y la aplicación de la ley de competencia, en relación con el procedimiento administrativo sancionador porque tiene unos propósitos específicos descritos en el artículo 3° de la Ley 1340 de 2009.

De la aplicación pública del derecho de la competencia, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 1340 de 2009 ya mencionado, en cabeza de la SIC, ésta adelanta investigaciones de oficio o a petición de parte, de la cual se extrae su facultad de policía judicial, teniendo con ello capacidad, de orden legal –principio de legalidad de la administración pública– para actuar y conseguir la información, determinar las causas reales del incumplimiento a la norma y proferir sanciones, no sólo que busquen conminar al infractor, sino que tiendan a restablecer el mercado que ha sido afectado por la práctica anticompetitiva.

9 Ley 1340 de 2009, artículo 6°. “Autoridad nacional de protección de la competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal. (...)”.

Sobre este punto en particular han de llamar la atención dos aspectos esenciales:

- a. La necesidad de despolitización de los órganos encargados de aplicar las normas de competencia. Para la doctrina es claro que “estas autoridades no pueden ser consideradas en las sociedades occidentales como órganos políticos. Usualmente, ellas gozan de una independencia análoga a la que conocen los bancos centrales o las comisiones que supervigilan los mercados financieros” (Nihoul, 2005, p. 47). De lo cual, esto no es predicable en esencia en Colombia, dado que nuestra autoridad nacional en materia de competencia no cuenta con la autonomía política necesaria toda vez que la cabeza del órgano competente, es decir, el Superintendente de Industria y Comercio es nombrado por el Presidente de la República con la figura de libre nombramiento y remoción lo que le quita la vocación de permanencia en el cargo por existir el riesgo que el Presidente lo remueva en cualquier tiempo.

La Superintendencia de Industria y Comercio es una entidad del orden nacional, descentralizada con autonomía administrativa, personalidad jurídica propia, autonomía financiera y presupuestaria, que dentro de su naturaleza jurídica está ser un órgano de inspección, vigilancia y control que tiene asignada, entre otras funciones, velar por el mantenimiento de la libre competencia a través de su acción como ejecutor de la normativa de competencia en Colombia.

- b. La especialidad de la entidad en relación con la aplicación de las normas de competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio es la única entidad en el país con un grado de especialidad tal que le permita entender y aplicar las normas de competencia en función de la consecución de los objetivos plasmados tanto en la Constitución Política como en la Ley. De esta forma queda delimitado en la ley la competencia especializada de la SIC para adelantar las investigaciones administrativas

por prácticas contrarias a la libre competencia, como órgano encargado de la promoción y defensa de la competencia en Colombia.

4. Conclusiones

Existen varios efectos sobre la aplicación pública del derecho de la competencia, como lo es el diseño e implementación de una política pública dirigida a desarrollar los mandatos establecidos en la Constitución Política. De acuerdo con el AED como justificación, los fallos de mercado son costos de transacción, por ello, cuando éstos son muy altos impiden que el mercado se organice, lo cual justifica la actuación del Estado para lograr el máximo de eficiencia factible: esto implica la organización de un modelo regulatorio con el fin de corregir problemas de eficiencia o equidad y es indispensable en aquellos casos en los que el poder de mercado es el elemento que estructura la intervención *ex post* a través del derecho de la competencia.

Toda la justificación de la intervención del Estado en la economía viene dado por la Constitución Política, de ahí se han desarrollado una serie de parámetros y mecanismos con el propósito de dar cumplimiento de dicha obligación del Estado como garante del mantenimiento del orden económico y social –constitución económica–. Toda la normativa en materia de libre competencia, como mecanismo de sanción a las prácticas anticompetitivas que generan los efectos prohibidos por la normativa pertinente, está diseñada de acuerdo con nuestro modelo de Estado y con herramientas propias del derecho administrativo –para el caso de la aplicación pública del derecho de la competencia–, en el momento de establecer los principios que rigen los procedimientos administrativos sancionadores como el aplicable a los casos de este estudio. Así mismo, es claro que dicha articulación de materias implican la interacción no sólo de herramientas jurídicas sino, también,

económicas para establecer los efectos producidos en el mercado con la trasgresión a la norma.

Por estar frente a una disciplina que trasciende el tránsito económico y social de un país, consideramos dos elementos fundamentales que deben estar presentes en toda política de competencia: uno, referido al enfoque de la autoridad nacional en materia de competencia, el cual debe estar centrado en el análisis del mercado y los efectos que genera un cambio en el comportamiento de sus agentes como primer aspecto esencial en el juicio de competencia, para luego buscar el elemento probatorio que dé las herramientas para reprimir el comportamiento y restablecer el mercado; y segundo, introducir, en el momento de legislar, un análisis económico del efecto de las leyes.

Por último, es claro que se requiere de la articulación de unos lineamientos básicos en relación con la buena regulación y los efectos generados al derecho de la competencia con el fin de tener una limitante que torne objetivo el juicio regulatorio sobre bases independientes y democráticas en perfeccionamiento de lo señalado por la propia Constitución Política en su misión de salvaguardar la libre competencia.

Referencias

- Amador, L. (2010). Regulación, fallas del mercado y eficiencia económica en el sector del saneamiento básico. En C. Blanco Barón, A. Guerra Barón, M. A. Pinzón Camargo, A. Palacios Lleras, & L. E. Amador Cabra, *Colección Enrique Low Murtra Derecho Económico VII*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ariño, G. (2003). *Principios de Derecho Público Económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bullard, A. (2006). *Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales*. Lima: Palestra Editores.
- Bustos, A. (2010). *Lecciones de Hacienda Pública*. Madrid: Colex. Editorial Constitución y Leyes, S.A.

- De Laubadere, A., & Devolvé, P. (1986). *Droit Public Économique*. París: Dalloz.
- De Lojendio, I. (1977). Derecho Constitucional Económico. En L. Sánchez Agesta, F. Sánchez Calero, L. Díez Picazo, J. Duque, I. De Lojendio, F. Rubio, F. Suárez, *Constitución y Economía*. Madrid: Centro de Estudios y Comunicación Económica S.A.
- Diez, F. (2003). Los Objetivos del Derecho Antitrust. *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia* (224), 32 a 52.
- Diez, F. & Fernández, M. (2008). El Estrechamiento de Márgenes en el Mercado de Telecomunicaciones. Comentario a la decisión de la Comisión Europea de 4 de julio de 2007, asunto COMP/38.784-Wanadoo España contra Telefónica. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 219-238.
- Galán, E. (1985). Prólogo. En N. Reich, *Mercado y Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría General del Estado*. México: Editora Nacional S.A.
- Miranda, A. (2011, diciembre). Origen y Evolución del Derecho de la Competencia en Colombia. La Ley 155 de 1959 y su Legado. *Revista de Derecho de la Competencia*, 65-148.
- Nihoul, P. (2005). *Introducción al Derecho de la Competencia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Perloff, J. (2004). *Microeconomía*. Madrid: Pearson Addison Wesley.
- Pindyck, R. (2001). *Microeconomía*. Madrid: Pearson Educación, S.A.
- Posner, R. (2007). *El Análisis Económico del Derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Rivero, R. (2009). *Derecho Administrativo Económico*. Madrid: Marcial Pons.
- Rivero, R. (2010). Paradojas de la Intervención Administrativa Económica: El Bucle de la Mejora Regulatoria. En M. Arenilla Sáez, *La Administración Pública Entre Dos Siglos*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública INAP.
- Rojo, A. (1980, marzo). El Derecho Económico como Categoría Sistemática. *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 255 y 256.
- Samuelson, P. , & Nordhaus, W. (1996). *Economía*. Madrid: McGraw Hill.
- Shavell, S. (2004). *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: The Belknap Press of.
- Stiglitz, J.(2000). *La Economía del Sector Público*. Barcelona: Antoni Bosch.
- Uprimny, Y. & Rodríguez G. (2005). Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho . *Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad*, 21.
- Velandia, M. (2011). *Derecho de la Competencia y del Consumo*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Walker, N. (2002). The Idea of Constitutional Pluralism. *The Modern Law Review*, 317-359.

Constitución Política de Colombia

Legislación Interna

Código de Comercio

Ley 222 de 1995

Ley 1340 de 2009

Ley 155 de 1959

Ley 256 de 1996

Decretos

Decreto 2153 de 1992

Decreto 19 de 2012

Decreto 4886 de 2011

Decreto 2897 de 2010

Resolución

Resolución 44649 de 2010.

Jurisprudencia

Corte Constitucional colombiana, sentencia C-228 de veinticuatro (24) de marzo de dos mil diez (2010).

Expediente: D-7865. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Legislación internacional

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Comunicación de la Comisión relacionada con la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. 97/C-372/03.

Comunicación de la Comisión. Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal Texto pertinente a efectos del EEE.

Comunicación de la Comisión Europea – Directrices relativas a las restricciones verticales. SEC/2010/0411.