

EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA*

*Protección de la competencia en las actividades
financieras y del mercado de valores*

La libre competencia es un componente fundamental en el funcionamiento de una economía de mercado, y así, este concepto no es ajeno a las actividades financiera y bursátil.

En este capítulo trataremos las disposiciones que se ocupan de la protección de la competencia en los sectores financiero y bursátil, a partir del modelo económico. Con ese objetivo se analizan las particularidades constitucionales y legales de la materia para estas actividades específicas, en lo que se relaciona con las prácticas comerciales restrictivas y con el control de integraciones empresariales. No se revisan las normas sobre competencia desleal.

I. I. ECONOMÍA DE MERCADO

I. I. I. CARICATURA DE LOS MODELOS DE ECONOMÍA DE MERCADO Y ECONOMÍA DIRIGIDA

Las necesidades de los seres humanos son ilimitadas, pero los recursos para satisfacerlas no lo son. Hay quienes creen que lo más apropiado es que sea el Estado el encargado de realizar la asignación de los recursos productivos, distribuyendo productos y excedentes; por otro lado, hay quienes creemos que la asignación de recursos es eficiente cuando se encuentra en cabeza de los particulares. Frente a la alternativa¹, Colombia se consagró constitucionalmente

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Legislación Financiera de la Universidad de los Andes. Magíster en Jurisprudencia Comparada (M.C.L.) de la New York University (N.Y.U.). Se ha desempeñado como director de la Oficina Jurídica del Ministerio de Desarrollo Económico (hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo), delegado para Seguros de la Superintendencia Bancaria de Colombia (hoy Superintendencia Financiera), delegado para la Promoción de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, superintendente de Industria y Comercio y presidente de Asobolsa. Actualmente es director del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia, árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá y del Centro de Arbitraje de la Asociación de Ex-magistrados de las Altas Cortes. Socio de Archila Abogados. Agradezco a David Toro por haber puesto en orden sus notas de mi clase y haber terminado la investigación de soporte para este artículo.

1 Toda sociedad tiene una forma de organizar su vida económica –de manera implícita o explícita–, bien sea como “sociedad de autoconsumo”, como una “economía centralmente planificada” o como una “economía de mercado”: “*La institución del mercado corresponde a un dato histórico y*

como una economía de mercado² para suplir las necesidades ilimitadas de su población³.

cultural. En una época el mercado sólo desplegó una función marginal, dada la autosuficiencia de ciertas comunidades, circunstancia que todavía se presenta en algunos lugares del país y en relación con ciertos grupos humanos. En un momento ulterior de la historia, los gremios y corporaciones, en sus respectivos campos, controlaron las profesiones y los oficios y sujetaron a su férrea disciplina la producción y distribución de sus productos. El control corporativo del mercado progresivamente fue desplazado por las corrientes de internacionalización que siempre han alentado el comercio y por la presencia cada vez más notable de la clase de los comerciantes en expansión creciente. Los estados nacionales, a su turno, al prohijar la filosofía mercantilista, asumieron bajo su protección el sistema corporativo, pero lo privaron de su autonomía en su afán por hacer de la prosperidad nacional una verdadera política de Estado, lo cual dio vida a infinidad de medidas de protección y a la directa participación del Estado en actividades económicas” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 24 de julio de 2003, C.P.: Ligia López Díaz, rad. 25000-23-24-000-1999-00481-01(13619).

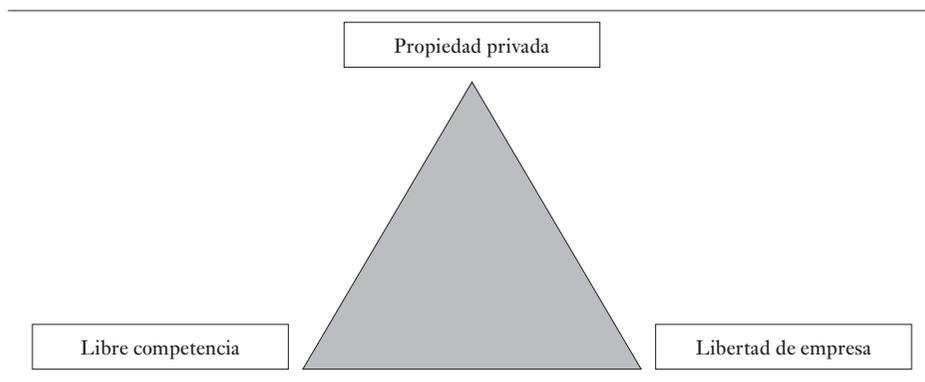
- 2 Hay que aclarar que la Corte Constitucional manifestó en algunas ocasiones que “*la Carta Política no ha acogido un modelo económico determinado, exclusivo y excluyente*” (resaltado fuera de texto). No obstante, en Colombia la Constitución Política reconoce la libertad económica de los administrados (*vis-à-vis* la posibilidad de entrar y de participar en el mercado), y también hace alusión explícita al funcionamiento del mercado (*v.gr.*, arts. 295, 333 y 373 CP), por lo cual en otras posturas de la misma Corte Constitucional sí ha sido afirmativa en que el modelo de economía de mercado es el que se encuentra implementado dentro de nuestro diseño institucional: “La libertad de empresa le otorga a toda persona el derecho de ejercer y desarrollar una determinada actividad económica, de acuerdo con el modelo económico u organización institucional que, como ya se anotó, en nuestro país lo es la economía de mercado”. “[L]a economía de mercado es un elemento constitutivo de la Constitución Económica de cuyo funcionamiento adecuado depende la eficiencia del sistema productivo y el bienestar de los consumidores” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencias C-074 de 1993 y C-398 de 1995, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo; C-524 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz; C-535 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- 3 “[L]a libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. *La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados*” (resaltado fuera de texto). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 28 de enero de 2010, C.P.: María Claudia Rojas Lasso, rad. 25000-23-24-000-2001-00364-01. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

En ese contexto, como es obvio, el adecuado funcionamiento del mercado es de interés público⁴, en la medida en que del mismo depende el bienestar de todos los asociados⁵.

I. I. 2. TRÍPODE DE GARANTÍAS PARA LA ECONOMÍA DE MERCADO: PROPIEDAD PRIVADA, LIBRE EMPRESA Y LIBRE COMPETENCIA

La economía de mercado se cimenta en tres pilares de la “Constitución económica”⁶: (i) la propiedad privada, en su acepción amplia; (ii) la libre empresa, y (iii) la libre competencia⁷.

-
- 4 “[L]a protección a la libre competencia económica tiene también como objeto la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan *distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado*” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
- 5 “*En un mercado de libre competencia, conforme al diseño del Constituyente (CP art. 333), la libertad contractual surge como mecanismo virtualmente idóneo para decidir la utilización más ventajosa de los bienes y recursos económicos y garantizar la eficiencia de la estructura productiva y el bienestar general de la sociedad, constitucionalmente tutelado como integrante del bien común (CP art. 333). [...] La satisfacción de necesidades de la comunidad se confía en un alto grado a las empresas, de las que depende el nivel de empleo y bienestar*” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia T-240 de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Cfr. también Corte Constitucional. Sentencia T-375 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- 6 En palabra de la Corte Constitucional, la Constitución económica está compuesta “por las normas constitucionales que ordenan la vida económica de la sociedad y establecen el marco jurídico esencial para la estructuración y funcionamiento de la actividad material productiva”. Corte Constitucional. Sentencia C-265 de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.
- 7 “Sobre las libertades económicas baste recordar aquí que la jurisprudencia constitucional ha señalado que (i) se encuentran reconocidas y garantizadas por la Constitución, dentro de los límites del bien común y del interés social; (ii) *la libertad económica comprende los conceptos de libertad de empresa y libertad de competencia; (iii) la libertad económica es expresión de valores de razonabilidad y eficiencia* en la gestión económica para la producción de bienes y servicios y permite el aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada”. Corte Constitucional. Sentencia C-186 de 2011, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.



I . I . 2 . I . LA PROPIEDAD PRIVADA

La protección de los “derechos de propiedad” es esencial para el funcionamiento de una economía de mercado, ya que es el móvil en una economía de este tipo⁸. En un sentido amplio, los derechos reales y el cumplimiento de los personales, la garantía de la acumulación y la libre transmisión de estos, motiva a los miembros de la sociedad, como seres económicamente razonables, a procurar para sí y para los suyos un mayor bienestar.

I . I . 2 . 2 . LA LIBRE EMPRESA Y EL QUIÉN, EL QUÉ Y EL CÓMO

Para que el incentivo de la propiedad privada, que activa la iniciativa, el ingenio, la creatividad y la inteligencia, lleve a que las personas dediquen su energía y recursos a aquello que la sociedad necesita, para lo que están mejor capacitadas,

8 “(i) *Es un derecho pleno* porque le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos; (ii) *Es un derecho exclusivo* en la medida en que, por regla general, el propietario puede oponerse a la intromisión de un tercero en su ejercicio; (iii) *Es un derecho perpetuo* en cuanto dura mientras persista el bien sobre el cual se incorpora el dominio, y además, no se extingue –en principio– por su falta de uso; (iv) *Es un derecho autónomo* al no depender su existencia de la continuidad de un derecho principal; (v) *Es un derecho irrevocable*, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende por lo general de la propia voluntad de su propietario y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero; y finalmente, (vi) *Es un derecho real* teniendo en cuenta que se trata de un poder jurídico que se otorga sobre una cosa, con el deber correlativo de ser respetado por todas las personas”. Corte Constitucional. Sentencia C-133 de 2009, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

respecto de necesidades verdaderas, para su satisfacción con mejor calidad y menores precios, se precisa que esas personas puedan actuar sin restricciones. Esa condición es lo que conocemos como libertad de empresa.

Esa libertad de empresa⁹ ha sido entendida por la Corte Constitucional en un doble sentido: objetivo y subjetivo¹⁰. Desde el punto de vista subjetivo, la libre empresa se refiere a que cada quien pueda organizarse según la forma que mejor consulte sus preferencias y conveniencias, sin intervención de otros particulares ni del Estado¹¹; y en cuanto al ámbito objetivo, significa que cada quien sea autónomo para resolver qué actividad económica emprenderá y la manera de abordarla¹².

- 9 Su “núcleo esencial” consiste en aquellas “garantías mínimas que posibiliten el intercambio comercial y, de manera más amplia, la participación de los agentes de mercado [...] En otras palabras, la ejecución de un esfuerzo productivo y la posibilidad de concurrir en el mercado para vender el producto o servicio *son las dos actividades que conforman el núcleo esencial de la libertad de empresa*” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Este núcleo no puede ser afectado, so pena de tratarse de una intervención inconstitucional: “las libertades económicas son garantías que encuentran restricción en las potestades de dirección del mercado por parte del Estado. No obstante, ese carácter autorrestringido *no puede entenderse como un mecanismo que permita extender la medida de intervención más allá del núcleo esencial de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, de modo que las haga nugatorias y refrende un modelo económico de planificación centralizada*” (resaltado fuera de texto). *Ibíd.*
- 10 “[L]a empresa se exprese en *una doble dimensión*: como libertad y como función social”. Corte Constitucional. Sentencia T-375 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- 11 Esta dimensión subjetiva es el derecho de cada persona de ejercer y reclamar como individuo el respeto de su libertad de iniciativa: “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*” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
- 12 La dimensión objetiva de los derechos y libertades constitucionales se explica como el contenido que trasciende de lo meramente individual, y pasa a ser un elemento de configuración del sistema mismo, moldeador de políticas públicas, delimitador de la intervención del Estado y garantía de funcionamiento de un sistema consistente con el derechos al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad, a la libre escogencia de profesión u oficio, entre otros –que resultan indispensables para la garantía de la libre iniciativa privada–: *el término empresa* en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, *el inicial* –la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer– y *el instrumental* –a través de una organización económica típica–, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral”. “... *una dimensión objetiva que lo vincula al poder público, que garantiza no solamente su debida aplicación y eficacia, sino su consonancia con el resto de principios y derechos consagrados en la [C]arta, que conforman un sistema coherente de ordenación social, articulado a partir de*

Explicada entonces la libertad de empresa desde la óptica del empresario, significa que pueda responder las tres preguntas básicas, sin que el Estado haya previsto limitaciones a esos respectos. Es decir, en ausencia de intromisión en cuanto al “*quien*”, al “*qué*” y al “*cómo*” de la actividad económica: “*quién*”, en relación al acceso a los mercados¹³; “*qué*”, respecto de cuáles actividades se desarrollarán en el mercado¹⁴; y “*cómo*”, en cuanto a la manera de llevarse a cabo esas actividades¹⁵.

I. I. 2. 3. LA LIBRE COMPETENCIA PARA OBTENER LOS BENEFICIOS DE LA LIBRE EMPRESA

La propiedad privada genera los estímulos. La libre empresa es el marco dentro del cual la iniciativa privada asegura que cada quien pondrá lo mejor de

los valores fundamentales que son la base material del Estado social y democrático de derecho” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-568 de 2010, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla, y C-830 de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

- 13 La posibilidad de todos para acceder a los mercados sin barreras injustificadas ha sido definido como el “núcleo esencial” de la libre competencia: “el *núcleo esencial* del derecho a la libre competencia económica consiste en la *posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas*” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, Cfr. Corte Constitucional C-537 de 2010, M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.
- 14 La libertad de escoger *qué* actividad económica se desarrollará ha sido descrita por la Corte Constitucional como “una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades. [...] El Estado garantiza a los sujetos la posibilidad de *escoger la labor que, en el contexto de su proyecto de vida, prefieran desarrollar*”. “... 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*” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia T-425 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-422 de 2005, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto, y C-228 de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
- 15 “... *existe un interés reconocido y protegido constitucionalmente, en el sentido [de] que deben preservarse las garantías mínimas que posibiliten el intercambio comercial* y, de manera más amplia, la participación de los agentes de mercado, en un marco de condiciones que permita el desarrollo económico y la libre competencia. [...] Dicha libertad se fundamenta en la *libertad de organización de los factores de producción*, la cual incluye la libertad contractual, que *ejercida por el sujeto económico libre*, atiende la finalidad de que en el mercado confluya un equilibrio entre los intereses de los distintos agentes” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

sí para atraer consumidores, mantenerlos y hacer su propia actividad lo más provechosa posible. Pero solo en un ambiente de competencia esas condiciones redundarán en mejor calidad, productos idóneos y menores precios para los consumidores.

En efecto, dado que lo que quisiera un productor regular es cobrar más, la única razón por la cual ofrece menores precios es que de esa manera se logre que un número mayor de usuarios se decida por sus productos. Todos sabemos que la calidad cuesta; así, los competidores ofrecen la mejor posible solo para que sus consumidores los reconozcan y se mantengan fieles a esos productos y servicios.

Finalmente, las inversiones en investigación y desarrollo son elevadas, y mantener un portafolio amplio de productos con variedad para todos los gustos y necesidades cuesta mucho. De manera que solo la necesidad de competir explica el que los empresarios se embarquen en esas actividades para beneficiar a consumidores y usuarios.

I. I. 2. 4. LA LIBRE COMPETENCIA COMO UN DERECHO DE TODOS: DE COMPETIDORES, CONSUMIDORES Y DE TODOS

En el artículo 333 CP de 1991 se establece que “[l]a libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades”. Es decir que, en el marco del modelo económico planteado por la Constitución, la libre competencia no es entendida solo como la posibilidad que tienen los productores de competir en un mercado, sino también la de los consumidores de acceder a los bienes y servicios, quienes son los más afectados, y de los demás “todos”¹⁶.

La acepción de la competencia en cuanto destinada a beneficiar a los competidores es fácil de entender. Para explicar que es un derecho al servicio de los usuarios basta repasar lo que se esbozó atrás respecto de la calidad, la idoneidad y los precios.

Más allá, se ha entendido que en una economía de mercado la aloca- ción de los recursos limitados para satisfacer necesidades ilimitadas es más eficiente

16 “[S]e concibe la libre competencia como un derecho individual y, a la vez, colectivo, en tanto derecho cuya finalidad no es otra que alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, y por el cual se generan beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real justo”. CORREA HENAO, MAGDALENA. *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

cuando la realizan los particulares en un régimen de competencia. Pero, cuando aquellos a quienes se les confía esa asignación de recursos no compiten, sino que se cartelizan o abusan de su posición de dominio, además de encarecer los productos para los consumidores o privarlos de la calidad y la elección que de otro modo tendrían a su alcance, concentran para sí y para su sector una cantidad excesiva de recursos que harán falta en otras actividades y generan costos de transacción que afectan a la generalidad de la población.

Así pues, las restricciones a la libre competencia no solo afectan a los competidores y a los consumidores, sino que perjudican severamente el modelo económico y el interés general¹⁷.

I. 2. ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO COMO RESULTADO DE LIMITACIÓN A LA LIBRE EMPRESA

Vimos ya que la libre empresa, como la manifestación más primigenia de una “economía de mercado” consagrada en la Carta Política, implica la ausencia de restricciones legales o estatales sobre el quién, el qué y/o el cómo de la actividad económica.

Sin embargo, como se dijo, la libre empresa no es un derecho absoluto pues, lo mismo que ocurre con todos los demás derechos y prerrogativas tratados en la Constitución, presenta choques y roses con los demás derechos consagrados en la misma. En acatamiento de lo que ha señalado la Corte Constitucional, cuando se dan estos choques respecto de temas concretos entre el derecho a la libre empresa y otro derecho es preciso que se armonice la comprensión y aplicación de uno y otro y se exige la intervención del Estado¹⁸.

17 “Por ello, la protección a la libre competencia económica tiene también como objeto la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y que le permitan al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado”. Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

18 “... los límites a la libertad económica justifican la intervención estatal en el mercado, de modo que el Estado esté habilitado para ejercer labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se *controlan y limitan los abusos y*

El resultado de armonizar la libre empresa con esos otros intereses da como resultado la economía *social* de mercado, que se sustenta en que el Estado tiene la dirección de la economía¹⁹.

En esa intervención, como pasa a explicarse, se tendrán en cuenta tanto las fallas de mercado²⁰ como las fallas en equidad²¹.

1.2.1. LIMITACIONES EN RAZÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Las libertades individuales, o derechos fundamentales, no son susceptibles de ser restringidos²². La idea de su restricción implica la negación del derecho mismo²³.

deficiencias del mercado” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

- 19 “Conforme a lo dispuesto por el artículo 334 de la Constitución Política *al Estado corresponde la dirección de la economía, lo que significa que ésta no queda a merced de lo que pueda suceder en la sociedad*, sino que precisamente para alcanzar las altas finalidades que le competen al Estado para ‘promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución’, así como para ‘asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo’ que impone el artículo 2.º de la Carta al Estado Colombiano, *la economía requiere que su dirección general se lleve a cabo por el Estado*” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C-022 de 2004, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.
- 20 “... se reconoce la importancia de una economía de mercado y de la promoción de la actividad empresarial, pero por otro [lado], se asigna al Estado no sólo la facultad sino la obligación de intervenir en la economía *con el fin de remediar las fallas del mercado* y promover el desarrollo económico y social” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C-263 de 2011, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- 21 “... el *orden público económico* se consolida sobre la base de un equilibrio entre la economía libre y [la] de mercado, en la que participan activamente los sectores público, privado y externo, y la intervención estatal que busca mantener el orden *y garantizar la equidad en las relaciones económicas*” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 1999, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.
- 22 El contenido de preceptos como la *dignidad humana* o la *cláusula democrática* hace *per se* intangibles algunos bienes jurídicos de rango constitucional: “La dignidad humana *implica la intangibilidad de ciertos bienes* no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-429 de 2002, M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.
- 23 Cabe aclarar que, según el interés en conflicto con un derecho fundamental, la Corte ha indicado que sí podría haber limitaciones, pero nunca más allá de su “núcleo esencial”: “Los derechos fundamentales, en tanto que fijan estándares de actuación susceptibles de desarrollo

En contraste, los derechos económicos en general y la libre empresa en particular nacieron con vocación constitucional de ser regulados y limitados²⁴ (también con respeto de su “*núcleo esencial*”²⁵), tal como se concluye sin dificultad al leer el artículo 334 CP.

Muy pronto, luego de adoptada la Constitución en 1991, la Corte Constitucional aclaró que el de la competencia no es un derecho fundamental.

legal, están sujetos a ciertas condiciones de ejercicio y disfrute. Le compete a la Corte *verificar que el legislador no ha [ya] impuesto a los derechos limitaciones excesivas que desconozcan su núcleo esencial*, puesto que éste ha sido entendido como *el reducto medular invulnerable que no puede ser puesto en peligro por autoridad o particular alguno*, de manera que postula la idea de *un contenido mínimo irreductible del derecho* que, por serlo, se erige en barrera infranqueable frente al legislador. Este ‘límite de los límites’ permite distinguir, en relación con cada derecho, lo que es obra del constituyente y lo que pertenece al quehacer del legislador histórico que, *con la condición de no traspasar el umbral del núcleo esencial, puede actualizarla según la época, tendencias, valores y necesidades de cada momento*. [...] Se ha de aplicar el *juicio de proporcionalidad*, el cual, por su carácter *estricto*, en principio se ha reservado para el estudio de las restricciones impuestas a los derechos fundamentales [...]. [E]n la Sentencia C-673 de 2001 *la Corte enunció algunos casos en los que se ha aplicado un test estricto*” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia T-426 de 1992, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-475 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; C-584 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-799 de 1998, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa; C-142 de 2001, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett; C-673 de 2001, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, y C-354 de 2009, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

24 “... *las libertades económicas son garantías que encuentran restricción en las potestades de dirección del mercado por parte del Estado*. No obstante, *ese carácter autorrestringido no puede entenderse como un mecanismo que permita extender la medida de intervención más allá del núcleo esencial de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, de modo que las haga nugatorias y refrende un modelo económico de planificación centralizada*. [...] [L]as facultades derivadas del derecho a ejercer una actividad económica no son absolutas, pues deben consultar siempre los intereses públicos puestos en juego [...] [L]a función social, asociada a la empresa, es fuente de un sinnúmero de intervenciones legítimas del Estado que se materializan a través de la ley” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencias C-254 de 1996, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-645 de 2002, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra; C-355 de 2003, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra; C-100 de 2005, M.P.: Álvaro Tafur Galvis, y C-830 de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva; entre otras.

25 “... de la ley surgen, en consecuencia, *tanto restricciones como estímulos a la libertad de empresa*, por lo que *siempre que se respete el núcleo esencial de dicha libertad de empresa debe reconocerse un amplio poder configurativo en esta materia al Legislador*” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C-254 de 1996, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-355 de 2003, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, y C-100 de 2005, M.P.: Álvaro Tafur Galvis; entre otras.

En este orden de ideas, entonces, cuando la fricción se presente entre una de tales libertades fundamentales y una faceta de la libertad de empresa, esta deberá ceder en favor del derecho fundamental²⁶.

De otra parte, tenemos que el derecho a la libre competencia no es protegible vía tutela, salvo los casos de conexidad con un derecho fundamental, aunque, en su condición de derecho colectivo, puede acudir a las acciones de grupo y las populares para su salvaguarda y para obtener las reparaciones a que haya lugar.

1.2.2. LIMITACIONES EN RAZÓN DE DERECHOS ECONÓMICOS

Contrario a lo que sucede en los enfrentamientos entre un derecho fundamental y un derecho económico, cuando la fricción se da entre dos intereses económicos²⁷, la Corte Constitucional ha enseñado que no es posible aplicar ninguna de las aproximaciones tradicionales para resolver conflictos de normas

26 Partiendo del supuesto de que las libertades económicas deben siempre estar guiadas por el Preámbulo y los títulos I y II capítulo 1 de la Constitución Política de 1991: “*La Constitución confiere un mayor valor a los derechos y libertades de la persona que a los derechos y libertades de contenido puramente patrimonial*, ya que expresamente establece el dirigismo económico, es decir, consagra un mercado de bienes y servicios pero bajo la dirección del Estado, mientras que proscribire todo dirigismo en materia política, ética o intelectual, por lo cual se puede decir que estatuye una libre circulación de las ideas. Por eso *es lícito concluir que, en términos generales, las libertades de la persona y los derechos de participación ocupan en la Constitución colombiana una posición preferente con respecto a las libertades puramente económicas*. [...] La Corte ha hecho énfasis en que *tanto los posibles estímulos como las limitaciones de orden legal a las que puede verse sometida la libertad económica y de empresa, han de tener como guía la garantía de los derechos fundamentales de las personas y la prevalencia del interés general*” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C-265 de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-407 de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero; C-491 de 2002, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, y C-100 de 2005, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

27 *V.gr.*, la libertad de iniciativa privada y el interés del Estado de reservarse una actividad económica (art. 365) o conformar un monopolio rentístico (art. 336): “La existencia de un monopolio estatal de un servicio público o de una actividad estratégica *no atenta en sí misma contra el núcleo esencial de la libertad económica*, por cuanto, reitera la Corte, la propia Constitución las autoriza. [...] la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que la Carta autoriza, excepcionalmente, el establecimiento de *monopolios* como arbitrios rentísticos, en virtud de los cuales el Estado, se reserva la explotación de *ciertas actividades económicas, no con el fin de excluirlas del mercado, sino para asegurar una fuente de ingresos que le permita atender sus obligaciones*” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C-407 de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-697 de 2008, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

que buscan establecer cuál primará²⁸, ya que a la Constitución debe aproximarse como a un todo coherente²⁹ y, por ende, debe buscarse una adecuada armonización de las disposiciones³⁰.

Para ello se deberá restringir en el menor grado posible cada uno de los intereses en conflicto, evitando siempre afectar el núcleo fundamental de cualquiera de los dos³¹.

-
- 28 “... más allá de esta tensión entre el interés público y el privado, es preciso recordar que la libertad de empresa es reconocida a los particulares por motivos de interés público. [...] Por ello, a la hora de evaluar la tensión entre el interés público y el privado presente en las normas de intervención económica, el juez constitucional debe acudir a criterios de proporcionalidad y razonabilidad que, dando prevalencia al interés general y la vigencia del principio de solidaridad, no desconozcan el núcleo esencial de las libertades económicas, cuyo reconocimiento, en últimas, también se establece por motivos de interés colectivo”. Corte Constitucional. Sentencia C-697 de 2008, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.
- 29 Especialmente desde la óptica del contenido de la Constitución económica: “Este mandato específico sobre la regulación de la información comercial, que obviamente incluye la publicidad, deriva de la estrecha relación de estos mensajes con la actividad económica y de mercado, en la medida en que constituyen un incentivo para el desarrollo de determinadas transacciones comerciales. Esto significa que la actividad publicitaria es, en general, más un desarrollo de la libertad económica que un componente de la libertad de expresión, por lo cual la propaganda comercial se encuentra sometida a la regulación de la Constitución Económica” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
- 30 “El problema de las antinomias o contradicciones internas del ordenamiento jurídico, y específicamente el de las antinomias constitucionales, ha sido abordado usualmente por la doctrina a partir de la connotación de sistema que se predica del ordenamiento jurídico, y que exige la coherencia interna del mismo. [...] la Corte debe dar aplicación al denominado ‘principio de armonización’, para lograr mediante una interpretación sistemática hacer congruentes los distintos preceptos constitucionales que regulan el asunto”. Corte Constitucional. Sentencia C-1287 de 2001, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- 31 Para las restricciones o afectaciones a libertades y derechos económicos, deberá aplicarse el juicio de proporcionalidad, pero no en su carácter “estricto” (reservado para derechos fundamentales), sino en su carácter “intermedio” o “leve o débil” —según el caso: “la intensidad de dicho test [...] dependerá de la materia que, en cada caso, sea objeto de análisis; así, como regla general, en materias económicas, tributarias o de política internacional, se habrá de aplicar un test leve, que se limite a ‘establecer la legitimidad del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado’. [...] El test leve se orienta a establecer la legitimidad del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado. En consecuencia, la Corte se limita, cuando el test es leve, por una parte, a determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, idóneo para alcanzar el fin propuesto. Sin que se trate de una enunciación taxativa, y sin que el contenido de una disposición sea el único criterio relevante para definir la intensidad del juicio de constitucionalidad, puede señalarse que la Corte ha aplicado un test leve de proporcionalidad en casos que versan exclusivamente sobre materias 1) económicas, 2) tributarias o 3) de política internacional, o 4) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, 5) cuando se trata del aná-

I.2.3. LIMITACIONES AL QUIÉN: SUBJETIVOS, OBJETIVOS

La primera expresión de la libertad de empresa hace referencia a *quién*³² se ocupa de un determinado oficio: es lo que se trata como libre entrada o libre salida de los mercados³³. Esta faceta conjuga una garantía constitucional adicional en la medida que en la Carta se previó que el Estado se abstendrá de exigir permisos o licencias³⁴ para el ejercicio de actividades económicas.

De acuerdo a la naturaleza del otro interés en conflicto en relación a la persona que ejercerá la actividad³⁵, las restricciones que será dable imponer

lisis de una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente, o 6) cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie *prima facie* una amenaza para el derecho en cuestión. [...] La Corte ha empleado el llamado *test intermedio para analizar la razonabilidad de una medida legislativa*, en especial 1) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un *indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia*, o 3) cuando se trata de una medida de acción afirmativa. En el test intermedio el nivel de exigencia del análisis es mayor, por cuanto se requiere que el fin no sólo sea legítimo sino, también, constitucionalmente importante, en razón a que promueve intereses públicos valorados por la Carta o en razón a la magnitud del problema que el legislador busca resolver, y que el medio no sólo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencias C-445 de 1995, M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-183 de 1998, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; C-810 de 2001, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett; C-031 de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, y C-354 de 2009, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

32 “La intervención del Estado en la economía puede ser de diferente tipo, [...] se habla de *intervención conformativa*, que establece los requisitos de existencia, formalización y funcionamiento de los actores económicos” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

33 “... el *núcleo esencial* del derecho a la libre competencia económica consiste en la *posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas*. [...] Para ello [el Estado] *debe remover los obstáculos que impiden el libre acceso* a los mercados de bienes y servicios” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C-697 de 2008, M.P.: Jaime Córdoba Triviño. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-228 de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, y C-537 de 2010, M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.

34 Art. 84 CP: “Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, *las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio*”. Art. 333 CP: “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*” (resaltado fuera de texto).

35 Siendo la regla general la libertad para escoger y ejercer profesión u oficio, de conformidad con lo previsto en los artículos 16, 26, 84 y 333 CP: “La *libertad de escoger y ejercer profesión u oficio*, reconocida como derecho fundamental en el artículo 26 de la Carta Política, ha sido definida

se refieren a (i) reservarlas para el Estado, (ii) prohibiciones o (iii) calificando los sujetos que pueden adelantarlas.

Las calificaciones, a su vez, pueden darse para las formas societarias o para los seres humanos.

I . 2 . 3 . I . ACTIVIDADES RESERVADAS AL ESTADO

Algunas actividades económicas están reservadas constitucional o legalmente al Estado³⁶. Estas, a su vez, pueden dividirse en las que pertenecen por naturaleza a las funciones que el Estado desarrolla y las que, siendo propias de los particulares, se le entregan monopólicamente a este para que derive rentas³⁷.

por la jurisprudencia como uno de los estandartes de la dignidad de la persona, en tanto guarda relación con otros derechos constitucionales y permite al individuo diseñar en forma autónoma su proyecto de vida en una de las facetas más importantes de la condición humana” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C-524 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-624 de 1998, M.P.: Alejandro Martínez Caballero; C-870 de 2003, M.P.: Jaime Araújo Rentería; C-070 de 2004, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández; C-486 de 2009, M.P.: María Victoria Calle Correa; C-352 de 2009, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva; C-819 de 2010, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, y C-263 de 2011, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

36 “*A este respecto conviene distinguir los monopolios legales, cuyo único fundamento puede estar dado por una finalidad puramente rentística, y la reserva estatal de ciertos servicios públicos, que puede producirse en virtud de la ley de manera total o parcial con el objeto de asegurar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, o simplemente por razones de soberanía (CP art. 365). En los dos casos, creación de un monopolio legal o reserva estatal de una actividad económica que establece una titularidad pública exclusiva, se reduce legítimamente el ámbito de la iniciativa privada (CP art. 333), pero los procedimientos para su imposición y las finalidades que se persiguen con estas dos técnicas de derecho público son diferentes*” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C-318 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-407 de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, y C-571 de 2003, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

37 “*Dentro del diseño económico constitucional, el monopolio resulta ser una figura en cierta medida reprochable, al punto que le encomienda al Estado evitar las prácticas monopolísticas, porque entiende que vulneran los principios que informan la libertad económica, fundamentalmente la libre competencia que se recoge por la Carta Política como ‘un derecho de todos’ (arts. 75 inciso 2 y 333 inciso 4), pero permite el monopolio público bajo ciertos condicionamientos, e incluso prohíja el monopolio oficial dentro de una significación diferente al arbitrio rentístico, autorizando al Estado para reservarse, de acuerdo con la ley, determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, desde luego, y como en cualquier caso, indemnizando a quienes se vean privados del ejercicio de una actividad lícita*” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1996, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

Así, la primera forma de limitación en cuanto al *quién* se da cuando alguna actividad se considera íntimamente ligada con la función estatal, de manera que la misma solo se puede desarrollar por este, como por ejemplo en el caso de la justicia o el comercio de las armas.

Una segunda forma de excluir a los particulares de ciertas actividades es erigirlas en monopolios rentísticos³⁸. En este caso se trata de actividades lucrativas que por su naturaleza no son estatales, pero que el Estado resuelve reservar para sí para que de su explotación se extraigan rentas destinadas a sus arcas³⁹.

1.2.3.2. PROHIBICIONES

En oportunidades se evidencia que la actividad económica sería tan agresiva en contra de algún interés superior tutelado que no se encuentra forma de regular su desarrollo y lo único que procede es su prohibición⁴⁰.

1.2.3.3. ACTIVIDADES CON SUJETO CALIFICADO

Finalmente, las formas más clásicas de la limitación en cuanto al *quién* se refieren a los casos en que, si quien ejercita la actividad no cumple con alguna condición o calificación, se puede poner en riesgo algún interés protegido de los usuarios⁴¹ o a la colectividad misma⁴².

38 “El monopolio rentístico es un instrumento que protege la explotación de determinadas actividades económicas para que el Estado se procure cierto nivel de ingresos con el fin de atender sus obligaciones” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C-540 de 2001, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

39 “Para el Estado la finalidad del monopolio no es excluir la actividad económica del mercado, sino reservarse una fuente de recursos económicos que le reporte su explotación. [...] Para esta Corporación, en la constitución de un monopolio deben estar presentes dos elementos: uno, el carácter de arbitrio rentístico, y dos, la finalidad de interés público y social” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C-540 de 2001, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

40 “Los actos de intervención estatal pueden someter a los actores económicos a [...] un régimen de interdicción, que prohíbe ciertas actividades económicas juzgadas indeseables” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

41 “La exigencia de títulos de idoneidad, apunta al ejercicio de la profesión, porque es una manera de hacer pública la aptitud adquirida merced a la formación académica. Y, en general, todo ejercicio de una profesión tiene que ver con los demás, no solamente con quien la ejerce. [...] Todo, con fundamento en el artículo 26 de la Constitución, que obedece a la función social implícita en el ejercicio profesional” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C-280 de 1995, M.P.: Jorge Arango Mejía.

42 “El legislador, por razones de orden público, como lo prevé el artículo 100 de la Constitución, y

Dentro de estas se cuentan las calificaciones de las personas que pueden ejercer la actividad, lo mismo que los requerimientos sobre la organización a través de la cual se hará el trabajo.

1.2.4. LIMITACIONES CON RESPECTO AL QUÉ

La segunda forma de restricción a la libre empresa se puede presentar en cuanto a *qué* es permitido hacer una vez que el agente económico ya ha ingresado a un mercado determinado⁴³. Así, se presentan casos en que se identifica que un interés legítimo se vería amenazado si ese agente distrae sus recursos o su atención en más de una actividad, o si lo hace respecto de algunas que son irreconciliables entre sí o que, llevadas a cabo al mismo tiempo, generan conflictos de interés.

Para estas hipótesis, las restricciones a la libertad de empresa toman la forma de objetos sociales exclusivos, inhabilidades o incompatibilidades.

1.2.4.1. OBJETOS SOCIALES EXCLUSIVOS

A veces se presentan casos en que una actividad tiene tal nivel de repercusión social que se precisa que quien se dedique a ella no pueda estar distraído en ningún otro oficio⁴⁴, o que los recursos que sirven de garantía de que hay suficiente respaldo para asumir las responsabilidades de la actividad deban es-

particularmente por motivos sociales y económicos vinculados al mantenimiento del orden público económico, puede establecer, en casos especiales, restricciones al trabajo de los extranjeros, en determinadas ocupaciones y profesiones. Piénsese, por ejemplo, en las leyes que se dicten para asegurar el pleno empleo de los colombianos" (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C-280 de 1995, M.P.: Jorge Arango Mejía.

43 "La intervención del Estado en la economía puede ser de diferente tipo, [...] se habla de *intervención condicionante*, que propiamente fija las reglas de juego del mercado o de un sector económico" (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

44 So pena de ser sancionado. Hace parte de la libertad de configuración del Legislador –sobre todo para sectores de interés especial (como los servicios públicos). Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-166 de 1999, M.P.: Alejandro Martínez Caballero; C-955 de 2000, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo; C-432 de 2010, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. C.P.: Delio Gómez Leyva. Sentencia de 6 de junio de 1997; C.P.: Daniel Manrique Guzmán. Sentencia del 7 de octubre de 1999, exp. 9529; C.P.: Germán Ayala Mantilla. Sentencia del 17 de septiembre de 1999. Exp. 9404; M.P.: Ligia López Díaz. Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Rad. 13353.

tar asegurados, de modo que no lo estarían si una misma organización puede ocuparse de esa actividad y otras.

En estos eventos la respuesta ha sido forzar que las empresas que se ocupen de la actividad económica así caracterizada solo puedan tener ese objeto.

1.2.4.2. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

Cuando el otro derecho que riñe con la libre empresa implica que, en una situación concreta, el agente económico se vería enfrentado a tener que atender simultáneamente intereses que no son compatibles, la respuesta regulatoria es crear una inhabilidad o una incompatibilidad⁴⁵.

Aun cuando se han dado muchas definiciones de los conceptos de inhabilidad y de incompatibilidad, y en oportunidades se tratan como sinónimos, los diferenciamos de la siguiente manera.

Cuando la circunstancia que se ha identificado como merecedora de una protección afecta a la persona del agente económico hablamos de una inhabilidad⁴⁶. Esto en razón a que es una condición intrínseca a la persona que la hace no hábil para un cierto oficio u ocupación⁴⁷.

45 “... la Corte reiteradamente ha señalado que aquellas medidas que limitan o restringen los derechos de una persona o de un colectivo de personas de acceder a un puesto de trabajo; escoger profesión u oficio; o competir en igualdad de condiciones para acceder a un cargo o función pública, deben fundarse en argumentos objetivos y razonables. En particular, *la norma de que se trate debe perseguir un fin valioso y ser útil, necesaria y estrictamente proporcionada respecto de dicho fin.* [...] Dado su carácter prohibitivo, su consagración debe ser expresa, al tiempo que su interpretación estricta, esto es que su deducción y aplicación siempre debe estar ajustada a los presupuestos que para cada causal haya señalado el constituyente o el legislador, dado que no es posible su aplicación extensiva o analógica” (resaltado fuera de texto). Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia P10148 de 22 de enero de 2002; Corte Constitucional. Sentencia C-606 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón.

46 “*Su finalidad es la protección de preceptos como la lealtad empresarial, la moralidad, la imparcialidad, la eficacia, la transparencia, el interés general o el sigilo profesional, entre otros fundamentos.* Es este sentido, las prohibiciones e inhabilidades corresponden a modalidades diferentes de protección del interés general y no se identifican ni asimilan a las sanciones que se imponen por la comisión de delitos o de faltas administrativas. Desde este punto de vista *la inhabilidad no constituye una pena ni una sanción.* [...] Dado que las inhabilidades restringen los derechos fundamentales señalados, su regulación debe adecuarse a un estricto criterio de razonabilidad y proporcionalidad, pues si bien el legislador goza de cierta discrecionalidad para consagrarlas, esa facultad de configuración normativa no es absoluta, puesto que no pueden limitar injustificada ni excesivamente los referidos derechos” (resaltado fuera de texto). Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-780 de 2001, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

47 A modo de ejemplo, condiciones como nexos familiares: “*Para lograr la transparencia la norma*

Y cuando la persona del agente económico no ha sido afectada, sino que se trata de circunstancias que ocurren y que pueden ser o no ser en el tiempo, y que lo colocan en una situación como las descritas, se tratará de una incompatibilidad⁴⁸. Ello por cuanto no hay nada en la persona que la inhiba de realizar una tarea, sino que dos ocupaciones o responsabilidades no son compatibles una con la otra.

1.2.5. LIMITACIONES AL CÓMO

Finalmente, pero no con menos calado, se presenta la hipótesis en que el agente económico puede ingresar al mercado, puede dedicarse a la actividad que corresponda, pero se identifica que, de no ser por la intervención estatal, los participantes del mercado respectivo posiblemente desarrollarían su actividad económica de un modo que no tienen en cuenta ese interés válido⁴⁹.

En estos casos, nuevamente, se precisará de la regulación, para que el Estado se asegure de que esos otros intereses sean adecuadamente tutelados, aun a pesar de que ello implique que el resultado sería distinto del que se obtendría dejando la libre empresa sin restricciones⁵⁰.

acusada excluye a los familiares de determinados servidores de la posibilidad de contratar con la entidad de la cual forma parte el funcionario. Este criterio es adecuado, pues entre los miembros de un mismo grupo familiar existen nexos de lealtad y simpatía, que podrían parcializar el proceso de selección, el cual dejaría entonces de ser objetivo. En efecto, es perfectamente humano intentar auxiliar a un familiar, pero estos favorecimientos en la esfera pública contradicen la imparcialidad y eficiencia de la administración estatal, la cual se encuentra al servicio del interés general” (resaltado fuera de texto). Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-429 de 1997, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

48 “... el señalamiento constitucional de incompatibilidades implica *necesariamente la consagración de límites y excepciones a la actividad de la persona, la cual no estaría cobijada por ellos si no fuera por el cargo que desempeña*. Desde ese punto de vista comporta un trato diferente al aplicable para los demás pero justificado en razón de los superiores intereses públicos. *La incompatibilidad significa imposibilidad jurídica de coexistencia de dos actividades*” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C-349 de 1994, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

49 “... la intervención del Estado en la economía puede ser de diferente tipo [...] se habla de *intervención finalística*, que señala los objetivos generales o las metas concretas a los cuales han de propender los actores económicos” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

50 *V.gr.*, propósitos redistributivos, a través del ejercicio de la libertad de empresa: “La Constitución no desconoce que la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales depende directamente de las condiciones materiales de la sociedad y de su adecuada distribución. [...] [E]l legislador debe respetar los parámetros constitucionales establecidos para una más justa y equi-

El típico ejemplo son los reglamentos técnicos o normas técnicas colombianas oficiales obligatorias. Para que estas lleguen a serlo se precisa que se haya identificado que de no cumplirse con algún estándar para el bien o servicio se pondría en riesgo la vida, seguridad o salubridad de las personas, animales o plantas. Y, por ello, aún a costa del precio y o la variedad de alternativas, se fuerza a que se cumpla con ese mínimo de seguridad.

1.2.6. LAS DISPOSICIONES SOBRE COMPETENCIA COMO UNA LIMITACIÓN AL CÓMO

Ahora bien, en un esquema de libre empresa absoluto, entonces, los empresarios actuarían del modo que mejor sirva sus intereses, y en casi todos los escenarios ello beneficiará a los consumidores e implicará que el interés general de la eficiencia del aparato productivo y la mejor asignación de recursos se logre sin mayor esfuerzo.

Pero vimos que en algunos eventos el avance en los intereses particulares de los empresarios deja de lado algún otro interés constitucionalmente protegido. Esto sucede con la libre competencia.

Ciertamente, en múltiples hipótesis los empresarios estarían mejor no compitiendo. Piénsese en un acuerdo de precios que permitiera que las tasas de interés para alguna modalidad de precios estuvieran por encima de lo que el libre mercado forzaría. Obviamente, los bancos involucrados obtendrían mayores utilidades en el escenario del acuerdo que esforzándose por bajar ese precio al menor posible y atraer clientes. Pero los consumidores pagarían más y una cantidad exagerada de recursos se acumularía en manos de esos bancos, en detrimento de otras actividades o agentes que pueden precisarlos.

Con esta racional entonces se han identificado las conductas de los empresarios que implicarían que no están compitiendo como se requiere y se

tativa redistribución de los recursos económicos y sociales con el objeto de favorecer a los grupos tradicionalmente marginados de los beneficios de la riqueza. [...] [L]o anterior no significa que el Estado deba en todo caso buscar la transformación de la propiedad pública o privada en propiedad asociativa o solidaria. Lo que sí impone la Carta es la obligación de dar prioridad, en cualquier caso de injerencia legítima del Estado –privatización, venta de activos de sus empresas, participación en la gestión empresarial, etc.–, a estos tipos de propiedad que por su carácter democrático y participativo contribuyen a realizar el Estado social de derecho” (resaltado fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia T-533 de 1992, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-074 de 1993, M.P.: Ciro Angarita Barón.

han consagrado como prohibiciones en cuanto al cómo se puede desarrollar la libre empresa.

Así entendidas, las normas sobre libre competencia son las restricciones que se le imponen al *cómo* de la libre empresa, para asegurar, a “todos”, los beneficios que una economía social de mercado acarrea.

2. PARTICULARIDADES CONSTITUCIONALES: ACTIVIDAD DE INTERÉS GENERAL Y “PREVIA AUTORIZACIÓN DEL ESTADO” COMO RESTRICCIÓN AL QUIÉN

Luego del anterior vistazo a la dinámica de la regulación general de competencia miraremos ahora algunas particularidades de esta en la actividad financiera y bursátil.

En el artículo 335 CP se establece que las “actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación [...] son de interés público y *sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado*, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito”.

Este precepto constitucional se presenta como una restricción al *quién* y limitará, mediante una serie de exigencias regulatorias, el ejercicio de las actividades. A ese respecto la Corte Constitucional⁵¹ ha sido clara al interpretar

51 “Existen varias razones por las cuales el constituyente estableció de manera explícita una arquitectura institucional tan detallada para la regulación de subsectores económicos específicos como el asegurador, el financiero y el bursátil. De hecho, la Constitución misma señala el punto de partida de dichas razones, al indicar que se trata de actividades de *‘interés público’*. Ese interés público nace, por supuesto, del hecho de que se trata de actividades en las que se maneja, aprovecha e invierten recursos captados del público, rasgo que también reconoce la propia Constitución. Son actividades, por lo demás, que canalizan de manera importante el ahorro de la nación hacia la inversión, lo cual enfatiza su definición como actividades de interés público. “Sin embargo, estas razones no bastan para explicar el especial cuidado que la Constitución pone en el diseño del régimen institucional y de competencias regulatorias de estas actividades específicas, pues existen muchos otros sectores económicos que pueden considerarse de interés público, y que de alguna manera manejan y aprovechan cuantiosos recursos del público. Piénsese, por ejemplo, en los manejos de tesorería de un gran conglomerado industrial, o en la importancia que para el interés público tienen ciertos sectores agrícolas o de servicios. No obstante, respecto de ellos el constituyente no hizo una mención tan expresa, específica y minuciosa.

“Lo que tienen en común las actividades financieras, bursátiles, aseguradoras y otras afines, que las distingue de otras actividades económicas igualmente importantes, pero no sometidas a la fuerte intervención estatal que para aquellas autoriza la Constitución, es que dependen

el artículo 335 CP, diciendo que si bien existen otras actividades económicas consideradas de interés público que no requieren autorización previa para su ejercicio, la relevancia de las actividades financiera y bursátil para el desarrollo económico y para el financiamiento de la inversión pública y privada hacen que esa restricción cobre una justificación importante, ya que lo que está fi-

para su correcto funcionamiento de un voto colectivo, permanente y tácito de confianza, cuyo quebrantamiento puede generar consecuencias catastróficas para la economía de un país. La cotidianidad rutinaria de las transacciones bursátiles, aseguradoras y financieras a veces opaca el hecho de que cada una de ellas está fundada en una presunción intangible y frágil, pero esencial, en el sentido de que será cumplida la obligación a futuro a que se compromete la respectiva entidad financiera, bursátil o aseguradora. Esa presunción no tiene garantía distinta a la solidez misma del sistema. Cuando una persona deposita en una cuenta bancaria una suma de dinero, presume y confía que al día siguiente podrá retirar esa misma suma, más las anteriores que hubiese podido depositar. Esa presunción sólo es posible gracias a una confianza sistémica, no explícita, pero verdadera, en la solidez de la entidad financiera respectiva. Lo mismo puede afirmarse respecto de quien compra un título bursátil, que espera, al vencimiento del mismo, que se le pague la suma representada en el título. Sólo la posesión del título le permite confiar en el cumplimiento de la obligación. Y en el caso de quien suscribe un contrato de seguros, la persona paga una prima en el entendido de que de ocurrir el siniestro descrito en el contrato le será pagada una indemnización o beneficio. No existe ninguna garantía de que ello ocurrirá, excepto la derivada de la seriedad de la compañía de seguros, fruto de que ella cumple con los estándares regulatorios y prudenciales preestablecidos. En estos tres ejemplos sencillos, que se pueden extrapolar a todo tipo de transacciones financieras, es la confianza en la solidez del sistema financiero, originada a su vez en la confianza en la calidad, seriedad y operatividad de la regulación estatal sobre ella, la que permite que las personas acepten operar a través del sistema y realizar transacciones con él.

“La actividad financiera, bursátil y aseguradora es, pues, una actividad esencial para el desarrollo económico; constituye principal mecanismo de administración del ahorro del público y de financiación de la inversión pública y privada y está fundada en un pacto intangible de confianza. Se trata de la confianza por parte de los usuarios en que las obligaciones derivadas de la respectiva obligación serán rutinariamente satisfechas. Y esa confianza está a su vez cimentada en una regulación adecuada y en la convicción pública de que las entidades que hacen parte del sistema están vigiladas técnica y profesionalmente. Esa confianza ha de ser permanente, continua, y totalmente extendida para que el sistema funcione. La historia económica global reciente demuestra que este no es un planteamiento meramente teórico: en el momento en que se rompe la confianza, el sistema financiero se paraliza, y con él la economía que de él depende. Las personas empiezan a desconfiar del sistema, y de su capacidad de cumplir la promesa contenida en cada una de las millones de transacciones diarias que dentro de él se realizan. El mantenimiento de esa confianza pública es el objetivo principal de la intervención del Estado en este tipo de actividades. En eso, principalmente, consiste el carácter de *‘interés público’* que la Constitución le imprime a este tipo de actividades, y de ahí el particular diseño institucional con el cual el constituyente dotó al Estado para permitirle la intervención en este tipo de actividades económicas”. Corte Constitucional. Sentencia C-640 de 2010, M.P.: Mauricio González Cuervo.

nalmente en juego es la confianza con que las personas depositan sus recursos en manos de terceros.

Esa restricción constitucional al *quién* se manifiesta en limitaciones de tipo objetivo y subjetivo.

2.1. RESTRICCIONES SUBJETIVAS

Al final de cuentas la actividad financiera es el comercio de la confianza, y esa confianza solo se predica de seres humanos.

Con sustento en esa realidad, existen una serie de limitaciones en cuanto a las personas naturales que componen las sociedades que se van a dedicar a la actividad, a quienes las pueden controlar y a los administradores de las mismas.

En ese sentido, lo que busca la intervención es que el ejercicio de la actividad financiera esté en manos de personas naturales confiables, capaces de administrar los recursos captados.

2.2. RESTRICCIONES OBJETIVAS

Por otro lado, adicional a la calidad de las personas que han de llevar a cabo el ejercicio de la actividad se encuentran profundas restricciones objetivas también referidas al *quién*, que consisten en determinar condiciones para los sujetos que podrán ejercerla, en relación con los riesgos identificados para los ahorradores y la colectividad. Dentro de esas condiciones se cuentan el tipo societario, capitales mínimos, relaciones de solvencia, márgenes de solvencia, órganos societarios, mínimos de autoridad, número de integrantes, estructuras organizativas, objetos sociales, operaciones autorizadas, destinación de recursos, entre otros muchos elementos, con los cuales se pretende proteger los intereses involucrados en el correcto desarrollo de la actividad financiera y bursátil.

3. PARTICULARIDADES EN LA LEY MARCO DE INTERVENCIÓN

Como sabemos, la intervención en las actividades financiera y bursátil no está en cabeza del legislativo, como para el resto de los sectores económicos, sino que es responsabilidad del Presidente de la República.

Ahora bien, para que el ejecutivo lleve a cabo esa labor deberá atender los objetivos que el Congreso le señale y hacer uso de los instrumentos que ese mismo órgano le precise.

Un número importante de esos objetivos se relacionan con la protección de la competencia y de los derechos de los consumidores.

3.1. PARA LA ACTIVIDAD FINANCIERA

En el artículo 1 de la Ley 35 de 1993, el cual fue incorporado en el artículo 46 del Estatuto Orgánico del Sector Financiero (EOSF), se determinan los objetivos que tiene que perseguir la intervención del Estado en la actividad financiera, así:

Conforme al artículo 150 numeral 19 literal d) de la Constitución Política, corresponderá al Gobierno Nacional ejercer la intervención en las actividades financiera, aseguradora, y demás actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, con sujeción a los siguientes objetivos y criterios:

[...]

e. Promover la libre competencia y la eficiencia por parte de las entidades que tengan por objeto desarrollar dichas actividades;

[...]

h. Que el sistema financiero tenga un marco regulatorio en el cual cada tipo de institución pueda competir con los demás bajo condiciones de equidad y equilibrio de acuerdo con la naturaleza propia de sus operaciones.

[...]

o) Que las entidades vigiladas, las asociaciones gremiales, las asociaciones de consumidores debidamente reconocidas y las autoridades que ejercen la intervención del Estado en el sector financiero, implementen mecanismos encaminados a lograr una adecuada educación sobre los productos, servicios y derechos del consumidor financiero.

p) Incentivar la adecuada participación de las asociaciones de Consumidores Financieros en la formulación de las disposiciones que los afecten⁵².

52 Art. 46 EOSF.

3.2. PARA LA ACTIVIDAD BURSÁTIL

En ese mismo orden, en el artículo 1 de la Ley 964 de 2005 se prevén los objetivos que se deben lograr y los criterios que se debe cumplir con la intervención que el Estado en el mercado público de valores:

1. Proteger los derechos de los inversionistas.
2. Promover el desarrollo y la eficiencia del mercado de valores.
3. Prevenir y manejar el riesgo sistémico del mercado de valores.
4. Preservar el buen funcionamiento, la equidad, la transparencia, la disciplina y la integridad del mercado de valores y, en general, la confianza del público en el mismo.

Adicionalmente se prevé, entre los criterios que debe cumplir la intervención en la actividad bursátil, “[q]ue se evite impedir o restringir la competencia”.

4. PARTICULARIDADES DE LA NORMA SOBRE SUPERVISIÓN

Según el numeral 24 del artículo 189 CP⁵³, la supervisión de las entidades dedicadas a la actividad financiera y bursátil le corresponde al Presidente de la República.

Y de acuerdo con la ley, el Presidente ejerce esta supervisión por medio de la Superintendencia Financiera, y ahora también por conducto de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En las leyes que regulan esa supervisión se encuentran los objetivos que deben cumplir estas entidades en su ejercicio. Algunos de esos objetivos están relacionados con el mandato constitucional de garantizar la libre competencia como un derecho de todos.

53 Art. 189 CP: “Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

“[...]

“24. Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles”.

4.1. EN GENERAL

En el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 se estatuye a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) como la autoridad nacional de protección de la competencia⁵⁴. En el marco de esta disposición, en el numeral 3 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 se le asigna a este ente de supervisión la función de “[c]onocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados nacionales”.

Así las cosas, dentro del mismo numeral mencionado se prevé que en el ejercicio de esa función solo se deben tramitar aquellas situaciones que “sean significativas, para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”.

En este orden de ideas, dentro de los objetivos de la supervisión que realiza la SIC se encuentran la libre concurrencia al mercado, la optimización de los beneficios que reciben los consumidores y el que las actividades económicas se realicen de la manera más eficiente posible. Esto se traduce en la necesidad de este ente supervisor de dar cumplimiento al deber de garantizar la libre competencia.

4.2. EN PARTICULAR PARA LA ACTIVIDAD FINANCIERA Y BURSÁTIL

En el numeral 1 del artículo 325 EOSF se establecen la naturaleza de la Superintendencia Financiera del Colombia y los objetivos que esta debe perseguir.

Dentro de estos objetivos, en el literal h) del mencionado numeral se prevé que la Superintendencia Financiera debe “[v]elar porque las entidades sometidas a su supervisión no incurran en prácticas comerciales restrictivas del libre mercado y desarrollen su actividad con sujeción a las reglas y prácticas de la buena fe comercial”.

54 Art. 6 Ley 1340 de 2009: “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”.

Como se puede ver, dentro de lo que la ley determina que se debe cumplir con el ejercicio de las funciones constitucionales de inspección y vigilancia encontramos que la Superintendencia Financiera debe velar por la efectiva garantía del derecho constitucional a la libre competencia económica.

En este punto queda aún por aclarar a cuál de las dos superintendencias, la SIC o la Financiera, o si a ambas, corresponde ejercer la función de instrucción en relación con el cumplimiento de las disposiciones de prácticas comerciales restrictivas de la competencia por parte de las entidades financieras, bursátiles, aseguradoras y pensionales.

5. NORMATIVIDAD SUSTANCIAL

Con lo que hemos descrito hasta ahora como escenario, en los números que siguen se pretende describir las disposiciones que consagran las prácticas prohibidas por ser restrictivas de la libre competencia.

Vale la pena, por tanto, resaltar que lo que hasta ahora se ha dicho lo ha sido en relación con las disposiciones constitucionales y de política económica que sustentan la materia que nos ocupa, disciplina a la que, es sabido, corresponden criterios de interpretación, aproximación y armonización propios.

Lo que sigue, en contraste, es legislación. Pura y simple legislación.

Se trata de normas colombianas para ser aplicadas en Colombia, de orden público económico, cuya infracción puede acarrear sanciones administrativas, mediante las cuales se ha limitado la libre empresa para garantizarle a la colectividad los beneficios de un esquema de economía social de mercado.

Así las cosas, las disposiciones deben leerse e interpretarse de acuerdo con los parámetros que para ese propósito se encuentran en el código civil, la Ley 157 y todo lo que nuestra jurisprudencia y doctrina han dispuesto. Llamamos a una interpretación restrictiva, no soportan aplicación analógica y la carga de la prueba corresponde al demandante o, según el caso, a la superintendencia que realice la investigación.

5.1. COEXISTENCIA DE LOS RÉGIMENES GENERAL Y ESPECIAL PARA LAS ACTIVIDADES FINANCIERA Y BURSÁTIL

El régimen general de protección a la competencia, compuesto por la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, es aplicable a todas las actividades económicas y a todos los sectores. Sin embargo, es posible

que coexista con regímenes especiales de protección a la competencia para determinados sectores. En caso de presentarse esta situación, los regímenes especiales prevalecen⁵⁵.

El régimen de protección a la competencia lo componen dos grandes áreas: (i) las prohibiciones sobre prácticas comerciales restrictivas o régimen anti-monopolios y (ii) las disposiciones que regulan el control de las integraciones empresariales.

Comenzaremos con las prácticas restrictivas de la competencia, para lo cual abocaremos los sub temas de cláusulas generales, acuerdos y actos anti-competitivos.

5.2. CLÁUSULAS GENERALES

Tanto el régimen general como el particular para la actividad financiera y bursátil cuentan con cláusulas generales de prohibición en materia de prácticas comerciales restrictivas.

5.2.1. ARTÍCULO 1 DE LA LEY 155 DE 1959

En el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 se establece:

[Q]uedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

55 Art. 4 Ley 1340 de 2009. “*Normatividad aplicable*. La Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas. En caso [de] que existan normas particulares para algunos sectores o actividades, estas prevalecerán exclusivamente en el tema específico”.

De esta disposición se derivan tres prohibiciones⁵⁶: (i) los acuerdos anti-competitivos⁵⁷; (ii) las prácticas tendientes a limitar la libre competencia, y (iii) las prácticas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos⁵⁸.

En ocasiones la SIC ha opinado que a la luz de esta previsión le corresponde a ella investigar y sancionar cualquier comportamiento que resulte contrario a la libre competencia, entendiéndola por tanto como una verdadera cláusula general de la libre competencia. No se comparte dicha postura. En efecto, dada la naturaleza y características de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, el principio de la tipicidad impide un tal entendimiento. Al contrario, se debe decir que para que un comportamiento sea ilegal a la luz

56 La SIC ha dicho: “La norma reprocha dos tipos de actos [...]. En relación con el primer supuesto es pertinente traer a colación que la norma busca que las materias primas, los productos o servicios nacionales o extranjeros no se vean restringidos por un acuerdo o convenio que tenga por objeto limitar su producción, abastecimiento, distribución o consumo. El fin de la norma no es otro que evitar que, por intermedio de acuerdos restrictivos de la competencia, se reduzca la oferta y, por ende, haya un incremento de precios. Al ser una prohibición por objeto, la norma no sólo indica el estándar de prueba que pretende necesitar para definir a la conducta como restrictiva, sino que también determina que tales actos tienen una peligrosidad tal que el mero acuerdo es por él mismo restrictivo.

“Frente al segundo supuesto, la prohibición [...] se podría interpretar exigiendo que una práctica sea restrictiva de la competencia [*sic*] debe, en primer término, tender a limitar la libre competencia, y, en segundo término, debe mantener o determinar precios inequitativos. Sin embargo, esta Superintendencia ha considerado que tal interpretación es errada. En efecto, tal como está contemplado en el artículo [...], la ley pretende prohibir aquellas ‘prácticas, procedimientos o sistemas’ que tiendan a mantener o determinar precios inequitativos. No es, como dice parte de la doctrina, una sola prohibición sino dos”. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 37790 de 2011. Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 11-130722 de 2011.

57 “En Colombia, la definición de acuerdo aparece contenida en el numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, según la cual se entiende por acuerdo todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas. Ahora bien, el elemento restrictivo para que un acuerdo sea considerado como restrictivo se encuentra contenido en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959”. VELANDIA, MAURICIO. *Derecho de la competencia y del consumo*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 111-112.

58 Según el concepto 11-130722 de 2011 de la SIC, los precios inequitativos o excesivos “[s]on precios en niveles artificiales y significativamente altos frente a la naturaleza misma del mercado, que representan fallas que conducen a distorsiones que suelen ser interpretadas como explotativas. Es una conducta explotativa en la que una empresa dominante toma ventaja de los consumidores mediante el uso desproporcionado de su poder de mercado para cobrar precios excesivos”.

del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 se precisa que se acrediten todos y cada uno de los elementos que allí se prevén y que los comportamientos que no los llenen no serán contrarios a derecho. Si hubiera campo para alguna interpretación tan amplia como la que ha pretendido la Superintendencia, esta solo sería posible a partir de lo redactado en el artículo 48 del Decreto 2153 1992.

5.2.2. ACTIVIDAD FINANCIERA Y BURSÁTIL

Para el ejercicio de la actividad financiera y bursátil se encuentra el numeral 1 del artículo 98 EOSF, en el cual se prohíben “todos los acuerdos o convenios entre empresarios, las decisiones de asociaciones empresariales y las prácticas concertadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del sistema financiero y asegurador”⁵⁹.

En desarrollo de lo anterior, en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia esa entidad les recuerda, a las entidades vigiladas,

... la prohibición de realizar actos, acuerdos o convenios entre sí, o adoptar decisiones de asociaciones empresariales y prácticas concertadas, que directa o indirectamente tengan por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro de los sistemas financiero, asegurador o previsional, o cualquier acto que constituya un abuso de posición dominante, así como celebrar pactos que tengan como propósito excluir a la competencia del acceso al mercado o a los canales de distribución del mismo⁶⁰.

Y, seguidamente, les advierte que “[l]os usuarios de los sistemas vigilados deben contar con la posibilidad de obtener en el mercado diversas alternativas de inversión o de consumo, de suerte que puedan acceder en un contexto de absoluta transparencia a productos o servicios de mayor calidad y rentabilidad o menor costo según se trate”.

59 Art. 98.1 EOSF.

60 Superintendencia Financiera de Colombia. Circular Básica Jurídica, tít II, cap. I, num 1.

5.3. ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS

Se reitera que en la regulación especial de competencia en materia financiera se prohíben “[t]odos los acuerdos o convenios entre empresarios, las decisiones de asociaciones empresariales y las prácticas concertadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia”⁶¹.

Los acuerdos están definidos en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 como “todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”. Sin embargo, el acuerdo en sí no es prohibido, lo prohibido son aquellos acuerdos anticompetitivos que buscan falsear la obligación de competencia entre agentes económicos, aquellos que la doctrina ha denominado “carteles”⁶².

En el mismo orden de ideas, en el artículo 47 *ibídem*⁶³ se enuncia un catálogo no taxativo sobre acuerdos restrictivos de la competencia. Dentro de

61 Art. 98, num. 1 EOSF.

62 “Los carteles agrupan la prohibición de comportamientos arreglados adelantados por dos o más empresas encaminadas a alterar la competencia, bien sea porque pretenden excluir un competidor o porque se busca adelantar una colusión entre ellos para dejar de competir. Se trata de comportamientos arreglados entre empresas que se encuentran en un mismo mercado relevante. Entre ellas falsean la obligación de competir”. VELANDIA, *ob. cit.*, p. 106. Cfr. COLOMA, GERMÁN. *Defensa de la competencia*, Buenos Aires y Madrid, Ciudad Argentina, 2003.

63 Art. 47 Decreto 2153 de 1992: “*Acuerdos contrarios a la libre competencia*. [...] se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

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

“2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.

“3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.

“4. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.

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

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

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

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

“9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como

esos supuestos encontramos: (i) fijación de precios⁶⁴; (ii) discriminación en la comercialización; (iii) repartición de mercados; (iv) asignación de cuotas de producción; (v) repartición de fuentes de insumos; (vi) limitación a desarrollos técnicos; (vii) venta atada bilateral; (viii) abstención de producción; (ix) colusión en procesos de contratación, y (x) impedimento a terceros de acceso a los mercados.

Así, se tiene que los elementos para que se configure un acuerdo anticompetitivo consisten en: (i) un acuerdo entre dos o más empresas; (ii) un supuesto restrictivo de la competencia, el cual puede ser uno de los enunciados en el artículo 47 mencionado o aquel que quepa dentro de la definición del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y (iii) que el acuerdo debe tener por objeto o como efecto el supuesto restrictivo⁶⁵.

efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

“10. Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización”.

64 “[C]uando la propiedad privada y la libertad de intercambio están presentes, los precios del mercado registran las elecciones literalmente de millones de consumidores, productores y proveedores de recursos, y las ponen en armonía. Los precios reflejan información acerca del consumidor, costos y asuntos relacionados con oportunidad del momento, localización y circunstancias [...] [E]l precio del mercado dirige y motiva a productores y proveedores de recursos, para que ofrezcan esas cosas que los demás valoran altamente en relación con los costos de las mismas”. GWARTNEY, JAMES D. y STROUP, RICHARD. *Lo que todos deben saber sobre economía y prosperidad*, Bogotá, Legis, 1994, pp. 30 y 31.

65 Para ilustración se puede estudiar el caso completo de las tarjetas de crédito. En 2004, mediante la Resolución 13820 de junio, la SIC ordenó la apertura de una investigación en contra de las empresas Redeban y Credibanco, las cuales son las propietarias de las franquicias en Colombia de las redes de tarjetas de pago Mastercard y Visa respectivamente. La investigación estaba orientada a determinar si estas compañías habían realizado convenios tendientes a fijar los precios de las comisiones cobradas a los comerciantes por las compras efectuadas con las tarjetas de crédito o débito, lo cual puede ser considerado como una conducta anticompetitiva. Posteriormente, mediante la Resolución 26255 de 2011, la SIC inició una investigación en contra de un grupo de establecimientos bancarios por un supuesto acuerdo de precios dirigido a establecer el monto de las tarifas interbancarias de intercambio (TII), las cuales son cobradas por los bancos emisores en las operaciones realizadas con tarjetas de pago. La SIC consideró que la TII es un precio que tiene relevantes incidencias en todos los componentes de las operaciones con las tarjetas de pago. Además, advirtió el ente de control que un acuerdo de este tipo podría ser restrictivo de la competencia en cuanto los bancos compiten entre sí en las actividades de emisión y adquisición de las operaciones con tarjetas de pago, lo que generaría un efecto contrario a la libre competencia en estas operaciones, en las que también hay otros agentes involucrados, como las franquicias de las tarjetas, los establecimientos de comercio y los tarjetahabientes.

5.4. ACTOS ANTICOMPETITIVOS

Dentro de lo que en la ley se considera prácticas comerciales restrictivas de la competencia, prohibidas, encontramos los actos anticompetitivos⁶⁶.

En el artículo 45 del mencionado Decreto 2153 de 1992 se define el acto como “[t]odo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica”.

Erradamente se ha creído que en esta definición se limitan los actos anticompetitivos a comportamientos unilaterales. Frente a ello, se llama la atención en el sentido de que si uno de los actos prohibidos en la ley se lleva a cabo en la forma de un acuerdo, por parte de dos o más empresas, o si se hace unilateralmente por parte de quien tiene posición de dominio, seguiría siendo un comportamiento ilegal en el mercado, un acto contrario a la libre competencia.

Visto así el tema resulta más fácil una aproximación por la negativa, señalando que para que un acto sea ilegal no se precisa que sea realizado por dos o más empresas, ni por parte de quien tiene posición de dominio.

Ahora bien, en el artículo 48 del Decreto 2153 se listan tres conductas contrarias a la libre competencia: (i) la infracción de las normas de publicidad del Estatuto del Consumidor, (ii) la influencia sobre los precios de otra empresa y (iii) la negativa a contratar⁶⁷.

(i) Infracción a las normas de publicidad previstas en el Estatuto del Consumidor: la primera duda sería si de este modo se viola el principio constitucional

66 Art. 46 Decreto 2153 de 1992: “*Prohibición*. En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente Decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito. Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico”.

67 Art. 48 Decreto 2153 de 1992: “*Actos contrarios a la libre competencia*. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos:

- “1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.
- “2. Influir a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para desista de su intención de rebajar los precios.
- “3. Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios”.

de *non bis in idem*. Acorde con la doctrina constitucional no, toda vez que si bien los derechos de los consumidores y de la libre competencia están relacionados, no son lo mismo. Así, una doble investigación y dos sanciones no serían contrarias a derecho.

En segundo lugar, siempre que la investigación le corresponda a la SIC, la mera infracción de las normas de publicidad contenidas en Estatuto del Consumidor no pueden ser investigada como actos contrarios a la libre competencia, ya que para que lo sean es necesario probar la significatividad del efecto anticompetitivo de la conducta⁶⁸.

Ciertamente, de acuerdo con la redacción que se le dio al número 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, esa autoridad solo atenderá los trámites que sean relevantes para alcanzar los propósitos de “la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”.

Ahora, en relación con el sector financiero y bursátil, la violación de las normas de publicidad que podría ser considerada un acto anticompetitivo, cubre el régimen especial de protección al consumidor contenido en la Ley 1480 de 2011^[69]. Así, a la hora de evaluar una infracción a las normas de publicidad para considerar la configuración de un acto anticompetitivo, deben tenerse en cuenta en primer lugar las normas en materia de publicidad que están contenidas en el régimen especial de protección al consumidor financiero (Ley 1328 de 2009)⁷⁰

68 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 14749 de 2010.

69 Art. 2 Ley 1480 de 2011: “... Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley”.

70 Art. 5 Ley 1328 de 2009: “*Derechos de los consumidores financieros*. Sin perjuicio de los derechos consagrados en otras disposiciones legales vigentes, los consumidores financieros tendrán, durante todos los momentos de su relación con la entidad vigilada, los siguientes derechos:

“[...]

“b) Tener a su disposición, en los términos establecidos en la presente ley y en las demás disposiciones de carácter especial, publicidad e información transparente, clara, veraz, oportuna y verificable, sobre las características propias de los productos o servicios ofrecidos y/o suministrados. En particular, la información suministrada por la respectiva entidad deberá ser de tal que permita y facilite su comparación y comprensión frente a los diferentes productos y servicios ofrecidos en el mercado...”.

Art. 7 Ley 1328 de 2009: “*Obligaciones especiales de las entidades vigiladas*. Las entidades vigiladas tendrán las siguientes obligaciones especiales:

y en el artículo 99 EOSF⁷¹, y suplementariamente las normas sobre publicidad previstas en el título VI del Estatuto del Consumidor, así como las disposiciones de intervención económica que se hayan ocupado del tema y las instrucciones que la Superintendencia imparta para ello.

(ii) En segundo lugar, la ley considera como anticompetitivas aquellas conductas consistentes en influenciar a otros competidores para determinar los precios. Sobre este punto, la SIC ha establecido que “[p]ara que se dé la infracción que trae el número 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, es indispensable probar la existencia de dos empresas independientes y la influencia de una sobre la otra para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajarlos”. Así, es necesaria la presencia de “[u]na que realiza la conducta restrictiva y, por lo menos otra que recibe la influencia de tal conducta (sujeto pasivo)”⁷².

La SIC ha señalado que “‘influencia’ está definida como la fuerza moral que se ejerce sobre una persona, concretamente, es la insinuación que una persona hace a otra con un determinado fin. El elemento se cumple probando que el sujeto pasivo recibe una directriz por parte de un tercero, a fin de modificar su visión sobre el punto de precio antes determinado”⁷³.

Por otro lado, hay que anotar que la SIC ha dicho que cuando un productor les fija los precios a los comercializadores significa que un agente externo

“[...]

“c) Suministrar información comprensible y publicidad transparente, clara, veraz, oportuna acerca de sus productos y servicios ofrecidos en el mercado”.

71 Art. 99 EOSF: “*Publicidad y promoción comercial mediante incentivos.*

“1. Programas publicitarios. Los programas publicitarios de las entidades vigiladas deberán contar con la autorización general o individual de la Superintendencia Bancaria, con el fin de que se ajusten a las normas vigentes, a la realidad jurídica y económica del servicio promovido y para prevenir la propaganda comercial que tienda a establecer competencia desleal.

“2. Promoción de servicios mediante incentivos. Todas las instituciones financieras y aseguradoras podrán ofrecer directa o indirectamente y mediante su responsabilidad premios por sorteo, establecer planes de seguros de vida a cargo de compañías de seguros debidamente autorizadas para el efecto u otros incentivos, con el fin de promover su imagen, sus productos o servicios, de manera gratuita y exclusivamente entre sus clientes, en las condiciones que señale el Gobierno Nacional. Este deberá dictar normas con el fin de evitar que el costo de los premios o seguros se traduzca en mayores cargas o en menores rendimientos o retribuciones al ahorrador o usuario del producto o servicio promocionado”.

72 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 27263 de 1999.

73 *Ibid.*

influencia al distribuidor para que incremente los precios o desista de su intención de rebajarlos, lo cual sería un acto anticompetitivo⁷⁴.

(iii) Finalmente, la ley considera un acto contrario a la competencia el hecho de negarse a tener relaciones comerciales con una empresa cuando pueda entenderse que se hace como una represalia a su política de determinación de precios⁷⁵.

La norma, con todo, tendrá una aplicación restringida si se considera que para las entidades vigiladas las condiciones para negarse a prestar servicios ya vienen muy restringidas en la doctrina constitucional y en las normas sobre protección al consumidor financiero.

5.5. ABUSOS DE LA POSICIÓN DOMINANTE

La última gama de conductas consideradas por la legislación como prácticas comerciales restrictivas de la competencia corresponde a los abusos de la posición dominante, prohibidos en el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992.

El abuso de posición dominante implica dos elementos: (i) uno estructural, que supone la existencia de una posición de dominio por parte de una empresa, y (ii) uno de comportamiento, que implica que quien tenga posición de dominio no cumpla con alguna de las obligaciones de no hacer que se imponen a quienes están en esa situación.

Frente al primer elemento, la posición dominante a la que aquí se hace referencia es la posición dominante que pueda ostentar una empresa en un mercado determinado, la cual es distinta de la posición dominante que pueda tener como parte en una relación comercial o contractual, de la que se ocupa el número 2 del artículo 98 EOSF.

Esa posición dominante, como se notará, se predica de la que se tiene en un mercado. Por ello, siempre debe tenerse en cuenta el concepto de mercado relevante o de referencia.

Para entender la relevancia del punto, pensemos que no todas las empresas compiten entre sí, ya que no ofrecen los mismos o similares bienes o servicios, y no se encuentran en la misma zona de influencia geográfica. Por esto, en el

74 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO e IBARRA PARDO, GABRIEL. “El estado actual de la práctica de fijación vertical de precios en Colombia”, *CEDEC XVI. Revista de Derecho de la Competencia*, Pontificia Universidad Javeriana, 2016, vol. 12, n.º 12, pp. 289-349.

75 Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones 2217 y 2219 de 2000.

momento de determinar si una compañía tiene posición de dominio debe primeramente determinarse cuál ha de ser el mercado relevante en el cual dicha empresa ostentaría dicha posición⁷⁶.

La SIC ha entendido que “[e]l mercado relevante determina cuáles son los bienes y servicios entre los que puede plantearse una competencia efectiva, así como el ámbito geográfico dentro del cual se ofrecen y se intercambian, analizando la sustituibilidad entre los distintos productos ofrecidos y demandados en el correspondiente mercado”⁷⁷. De esta manera, se entiende que el mercado relevante debe analizarse teniendo en cuenta: (i) el mercado relevante producto y (ii) el mercado relevante geográfico.

El mercado relevante producto

... comprende el bien específico que se analiza, como aquellos que sean intercambiables o sustituibles por el consumidor, por las características de sus productos, precios y su supuesto uso. Un mercado de producto relevante puede, en algunos casos, estar compuesto de grupos de productos individuales. Un grupo de productos individuales a su vez, representa un producto o reducido grupo de productos que poseen características físicas o técnicas idénticas, que los hagan completamente intercambiables. [...] Definir el mercado producto implica establecer a qué otros productos trasladarían sus necesidades de demanda los consumidores ante un aumento significativo y sostenible en el precio del producto inicial. Si la traslación se presenta, tales bienes se consideran sustitutos cercanos, y formarán parte del mercado relevante. De manera pues que la definición del producto que integra o compone el mercado relevante debe hacerse desde el punto de vista del usuario, que es quien con su determinación final de adquirir uno u otro producto particular define la competencia entre los fabricantes, por tanto lo relevante es su igualdad económica, entendida como la posibilidad que tienen los diferentes bienes de satisfacer las mismas necesidades⁷⁸.

76 “El mercado relevante es un concepto fundamental en la legislación reguladora de la libre competencia pues es a partir de este concepto que se analiza la estructura de los mercados y se determina cuántas empresas tienen poder sustancial dentro de un mercado específico o mantienen una posición dominante en el mismo. El mercado relevante constituye el punto de partida de cualquier investigación que busca evaluar las condiciones de la competencia”. FLINT, PINKAS. *Tratado de defensa de la libre competencia*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, p. 211.

77 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 8328 de 2003.

78 RODRÍGUEZ ARTIGAS, FERNANDO. “Sobre el abuso de posición dominante en la defensa de la libre competencia”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Méndez*, t. 1, Madrid, Civitas, 1996. Citado en Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 8328 de 2003.

Por su lado,

... 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 pueden distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ellas prevalecientes son sensiblemente distintas de aquéllas⁷⁹.

Esta forma de determinar el mercado relevante no es ajena al sistema financiero. Tal y como lo sostuvo la Superintendencia Financiera,

... según el carácter de la respectiva institución, el mercado relevante podrá determinarse analizando entre otros aspectos las actividades propias de la entidad, los segmentos de la población y los sectores económicos que atiende o puede atender, las características de los productos y servicios que presta, la sustituibilidad de los mismos, los hábitos y tendencias de consumo, su ámbito de influencia, la condiciones de oferta y demanda, etc.⁸⁰.

Ahora, si identificado el mercado relevante se puede concluir que la entidad que se analiza puede determinar las condiciones del mismo, directa o indirectamente, sabremos que a esa empresa le son aplicables las disposiciones sobre abuso de la posición de dominio.

En la legislación se ha definido la posición dominante como “[l]a posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”⁸¹. La SIC ha dicho que existe posición de dominio cuando “un agente económico ostenta el control efectivo o potencial de su mercado relevante y esa posición le brinda la posibilidad de obstaculizar la competencia efectiva o le permite actuar en el mercado con independencia del comportamiento de sus competidores, sus clientes y los consumidores, sin que lo anterior implique necesariamente que exista un único productor o vendedor”⁸². La doctrina y la jurisprudencia

79 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 8328 de 2003.

80 Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 200085528-0 de 2000.

81 Art. 45 Decreto 2153 de 1992.

82 Superintendencia de Industria y Comercio. Conceptos 01001016, 01079812, 01043402 y 01064306 de 2001.

comparada también han identificado esta posición como una facultad de actuación de manera independiente y como una capacidad de falsear la competencia⁸³.

En el artículo 50 del Decreto 2153 se establece un catálogo de conductas que son consideradas abusos de la posición de dominio: (i) los precios predatorios; (ii) la discriminación vertical; (iii) las ventas atadas; (iv) la discriminación horizontal; (v) la discriminación de precios regionales, y (vi) la obstaculización para el acceso a los mercados o canales de comercialización⁸⁴.

En el numeral 1 del mencionado artículo 50 se habla de la “disminución de los precios por debajo de los costos”. Esta conducta se caracteriza porque aquel agente dominante en un mercado disminuye los precios durante un lapso de

83 “¿En qué consiste la posición dominante? Consiste en la posibilidad de determinar las condiciones de un mercado y de actuar en él con independencia de los demás competidores y de los consumidores”. RUBIO ESCOBAR, JAIRO. *Derecho de los mercados*, Bogotá, Superintendencia de Industria y Comercio y Legis, 2007, p. 41. “La noción de posición dominante, de carácter eminentemente jurídico, fue definida en el asunto *United Brands* (Sentencia del TJCE del 14 de febrero de 1978, asunto 27/76) como: ‘Una posición de fortaleza económica mantenida por una empresa, que le proporciona el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportarse en buena medida con independencia de sus competidores, clientes y, en último extremo, de los consumidores’. Esta definición contiene dos elementos: la independencia de comportamiento con respecto de los competidores y la capacidad de eliminar la competencia efectiva”: ORTIZ BLANCO, LUIS, MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, JERÓNIMO, IBÁÑEZ COLOMO, PABLO y LAMADRID DE PABLO, ALFONSO. *Manual de derecho de la competencia*, Madrid, Tecnos, 2008, p. 150.

84 Art. 50 Decreto 2153 de 1992: “*Abuso de posición dominante*. Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

“1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.

“2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.

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

“4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.

“5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.

“6. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización”.

tiempo para obstaculizar la entrada o la expansión de los competidores. Aunque ello refleja un beneficio momentáneo en los consumidores, luego, cuando el dominante haya logrado su objetivo de impedir la competencia, aquellos se verán afectados.

En el numeral 2 se prohíbe la discriminación vertical. La doctrina ha reconocido que este tipo de discriminación se materializa cuando:

... el fabricante de un producto o el proveedor de una materia prima, con una posición de dominio sobre el mercado, decide discriminar en contra de un comprador o un grupo de compradores que están en la siguiente etapa del proceso de producción o distribución del producto, con lo cual pone a los compradores discriminados en una posición de desventaja frente a sus competidores directos. Las razones para discriminar en esta forma pueden tener diversa naturaleza. Una explicación posible puede ser la existencia de acuerdos de exclusividad por parte de los compradores favorecidos, los cuales solamente comprarían los productos del vendedor, a cambio de que éste discriminara en contra de sus competidores⁸⁵.

En el numeral 3 se consideran las ventas atadas como un abuso de posición dominante, es decir, el condicionamiento de la adquisición de un determinado producto a la adquisición de obligaciones adicionales ajenas al objeto del negocio condicionado. Sin embargo, hay que tener cuidado en la aplicación, toda vez que una conducta de esta naturaleza se previó en el régimen de protección al consumidor general, y para el caso particular del sector financiero y bursátil las ventas atadas son consideradas como una práctica abusiva en el régimen de protección al consumidor financiero⁸⁶. Por esta razón, en tratándose de una

85 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. “Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado”, ponencia presentada dentro del Programa de Educación Continuada “Actualización sobre promoción de la competencia e integraciones Económicas”, Universidad de los Andes, Bogotá, 1993. Disponible en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/abuso-de-la-posicion-dominante-perspectivas-de-la-aplicacion-en-colombia-a-la-luz-del-drecho-comparado-alfonso-miranda-londono.pdf>

86 Art. 12 Ley 1328 de 2009: “*Prácticas abusivas*. Se consideran prácticas abusivas por parte de las entidades vigiladas las siguientes:

“a) El condicionamiento al consumidor financiero por parte de la entidad vigilada de que este acceda a la adquisición de uno o más productos o servicios que presta directamente o por medio de otras instituciones vigiladas a través de su red de oficinas, o realice inversiones o similares, para el otorgamiento de otro u otros de sus productos y servicios, y que no son necesarias para su natural prestación”.

norma especial, la cual tiene el mismo supuesto de hecho que la general, consideramos que las ventas atadas para el sector financiero deben ser entendidas como una práctica abusiva en relación con la protección al consumidor financiero, mas no como un abuso de la posición de dominio en el mercado en los términos del Decreto 2153 de 1992.

En el numeral 4 se considera abusiva la discriminación horizontal. La doctrina ha desarrollado este concepto que consiste en que:

... el fabricante de un producto o el proveedor de una materia prima con posición de dominio en el mercado, decide discriminar en contra de un comprador o un grupo de compradores, con el objeto de sacar a sus competidores del mercado. Este tipo de conducta se explica cuando una empresa dominante vende productos o materias primas que algunos de sus compradores pueden posteriormente utilizar para competir con ella en su propio mercado. La empresa monopolista tratará entonces de discriminar contra sus competidores con el objeto de incrementar sus costos y sacarlos del mercado. También puede suceder que se rebaje el precio del producto de manera selectiva y discriminatoria a un grupo de consumidores, con el objeto de quitarles la clientela a sus competidores y excluirlos del mercado⁸⁷.

En el numeral 5 se habla de una discriminación de precios regionalmente. Esta práctica tiene la misma estructura y finalidad de la contenida en el numeral 1, pero en este caso el dominante concentra su conducta anticompetitiva en una región geográfica determinada. Es frecuente que corresponda a un subsidio cruzado que le permite al dominante apoyar su expansión en una zona sobre su dominancia en otra zona.

Por último, en el numeral 6 se encuentra la prohibición de impedir u obstaculizar el acceso a los mercados o a los canales de comercialización. Este numeral fue adicionado por medio de la Ley 590 de 2000. Es una prohibición bastante general que se traduce en la posibilidad que tiene aquel agente, que ostenta una posición de dominio en un mercado, y que se aprovecha de ella, para realizar comportamientos con el objetivo de tropezar el acceso de nuevos competidores al mercado.

87 MIRANDA LONDOÑO, ob. cit.

5.6. EXCEPCIONES

5.6.1. DEL RÉGIMEN GENERAL

Las excepciones son condiciones que se prevén en la ley, de manera que si ocurren, no obstante que de otra manera la conducta parecería contraria a la libre competencia, por presentarse sus supuestos, no serán ilegales.

En el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 se establecen tres tipos de comportamientos que no son considerados como conductas anticompetitivas: (i) las cooperaciones con fines investigativos o de desarrollo tecnológico; (ii) los acuerdos para la aplicación de estándares que no son obligatorios, y (iii) los acuerdos para la utilización de facilidades comunes⁸⁸.

Frente a los primeros hay que decir que lo que hace la ley es negar el carácter restrictivo de la competencia a aquellos acuerdos entre agentes económicos que tengan como finalidad la cooperación o coadyuvancia para investigaciones científicas o proyectos de desarrollo de nuevas tecnologías.

Frente a los segundos, es decir, frente a los acuerdos para aplicación de normas o estándares no obligatorios cuando no limiten la entrada de nuevos competidores, la SIC ha advertido, resaltando la posición del Consejo de Estado al respecto, que los acuerdos a los que hace alusión esta excepción son excluyentes de los ya estudiados acuerdos de precios, y que no puede pretenderse que estos últimos sean amparados por la mencionada excepción⁸⁹.

88 Art. 49 Decreto 2153 de 1992: “*Excepciones*. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, no se tendrán como contrarias a la libre competencia las siguientes conductas:

“1. Las que tengan por objeto la cooperación en investigaciones y desarrollo de nueva tecnología.

“2. Los acuerdos sobre cumplimientos de normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente cuando no limiten la entrada de competidores al mercado.

“3. Los que se refieran a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes”.

89 “En una reciente sentencia, el Consejo de Estado se refirió expresamente a la aplicación del numeral 2 del artículo 49 en los siguientes términos:

“La Sala considera que la tesis de la parte demandante según la cual la conducta sancionada encuentra amparo en el numeral 2 del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 –en cuanto se considera excepción a las prácticas restrictivas comerciales– no es aceptable en tanto que dentro del espectro del ‘cumplimiento de normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente cuando no limiten la entrada de competidores al mercado’ que la norma contempla como conductas ajenas al régimen de prácticas comerciales restrictivas

Por último, dentro los acuerdos relacionados con los métodos o formas de utilización de las facilidades comunes tenemos un mal ejemplo en el acuerdo entre unas aerolíneas para el establecimiento de una tasa de cambio única de conversión que les permite compensar la diferencia que llegase a existir entre la fecha de la liquidación de la tasa de cambio para la determinación de las obligaciones en pesos y de la liquidación para la adquisición de divisas en el mercado cambiario para realizar remesas o cancelar obligaciones generadas en acuerdos. Ante esta situación la SIC consideró que un acuerdo de este tipo encaja en la excepción del numeral 3 del artículo 49 citado, no obstante que resultaba claro que no existía ninguna facilidad común y que el acuerdo era uno de precios⁹⁰.

5.6.2. DEL RÉGIMEN PARTICULAR DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA Y BURSÁTIL

En el artículo 100 EOSF se establece el régimen de libre competencia para el sector asegurador, y dentro de este se prevén dos tipos de conductas que no son consideradas prácticas comerciales restrictivas de la competencia⁹¹.

no puede incluirse la fijación de precios con cualquier objeto [...]. Considera la Sala que ‘el cumplimiento de normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente’ —en los términos de la normativa precitada— y la fijación de precios mediante acuerdos de cualquier índole, son conductas que, bajo los lineamientos normativos del Decreto 2153 de 1992, son excluyentes, máxime si se tiene en cuenta que el artículo 47 entiende como práctica comercial restrictiva precisamente aquella consistente en la celebración de acuerdos que tengan por objeto o por efecto la fijación directa o indirecta de precios’.

“Así las cosas, siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la aplicación del numeral 2 del artículo 49 del Decreto 2153, un acuerdo de precios no puede ampararse en la excepción allí prevista, por cuanto los acuerdos de precios se encuentran por definición excluidos de las reglas del artículo 49”. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 6839 de 2010.

90 Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 25559 de 2002.

91 Art. 100 EOSF: “*Régimen de protección a tomadores de seguros y asegurados.*

“1. Reglas sobre condiciones de las pólizas y tarifas. La determinación de las condiciones de las pólizas y las tarifas responderá al régimen de libertad de competencia en el mercado de seguros [...].

“No tendrá carácter de práctica restrictiva de la competencia la utilización de tasas puras de riesgo basadas en estadísticas comunes.

“Tampoco constituirá práctica restrictiva de la competencia la celebración de convenios entre entidades aseguradoras o sociedades de capitalización mediante los cuales una de ellas permita el reconocimiento y pago de comisiones en favor de aquellos intermediarios de seguros para

La primera de ellas tiene que ver con la utilización de las tasas puras de riesgo en estadísticas comunes por parte de varias aseguradoras. En este sentido, la Superintendencia Financiera ha sido clara en que hay una libre competencia en la determinación de las tarifas en la actividad aseguradora y una autonomía para establecer cuáles han de ser las bases técnicas y estadísticas de los productos que ofrecen, sin afectar la tasa de riesgo⁹².

La segunda excepción a la que se hace referencia en esa norma tiene que ver con los acuerdos entre las aseguradoras y sociedades de capitalización “mediante los cuales una de ellas permita el reconocimiento y pago de comisiones en favor de aquellos intermediarios de seguros para quienes solicitó su inscripción o dispuso su capacitación”. Esta excepción hace referencia al “permiso” que otorga una aseguradora a otra para que les pague comisiones a sus intermediarios inscritos.

5.7. EXENCIÓN. PARÁGRAFO DEL ARTÍCULO 1 DE LA LEY 155 DE 1959

En el párrafo del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 se establece que se “podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general”. Según lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, esa facultad de autorización corresponde al Superintendente de Industria y Comercio⁹³.

quienes solicitó su inscripción o dispuso su capacitación, sin perjuicio de lo previsto para los agentes independientes”.

92 “Con las normas examinadas se instituye un régimen de libertad de competencia en la fijación de tarifas de seguros conforme al cual las compañías de seguros gozan de autonomía para establecer las bases técnicas de sus productos, teniendo como única limitación el no afectar la tasa pura de riesgo. En este contexto, la tasa, compuesta según el principio de suficiencia por la tasa de riesgo, los gastos de administración, los gastos de adquisición (intermediación) y la utilidad esperada en la operación del seguro, reflejados en la prima comercial, no obedece a porcentajes fijos o uniformes sino que, por el contrario, es precisamente la valoración y ponderación de dichos factores lo que permite al asegurador competir en el mercado ofreciendo mejores condiciones. Esto se logra en la medida en que, salvo la tasa de riesgo, los demás elementos permiten un manejo flexible por encontrarse vinculados a la estructura organizacional y administrativa de cada entidad aseguradora”. Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2011075536-001 del 12 de octubre de 2011.

93 Art. 1 Decreto 4886 de 2011: “La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

La razón por la que la hemos llamado exención y no excepción es porque, como se lee en la primera parte del párrafo, los acuerdos de los que allí se trata sí son considerados acuerdos restrictivos de la competencia, solo que en este caso se puede prescindir temporalmente de las consecuencias que genera la violación a las normas de protección de la competencia.

A este respecto, la SIC, en su Circular Única, delineó los criterios que se han de tener en cuenta para que prospere la autorización mencionada, que se resumen de la siguiente manera: (i) debe haber una demostración de que se trata de un sector básico; (ii) debe hacerse una descripción del acuerdo; (iii) debe indicarse cómo se menoscaban los objetivos de la protección de la competencia; (iv) deben señalarse los mecanismos de seguimiento; (v) puede solicitarse autorización de los acuerdos en ejecución o que sean objeto de investigación; y por último, (vi) la inobservancia de la autorización será considerada una violación a las normas de competencia⁹⁴.

[...]

“8. Autorizar, en los términos de la ley, los acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general, a los que se refiere el párrafo del artículo 1.º de la Ley 155 de 1959, el artículo 5.º de la Ley 1340 de 2009 o demás normas que la modifiquen o adicionen”.

94 Superintendencia de Industria y Comercio. Circular Única, tít. VII, cap. primero: “Los criterios que se tendrán en cuenta para el estudio de la petición tendiente a obtener la autorización de acuerdos o convenios que limiten la libre competencia de que trata el párrafo del artículo 1.º de la Ley 155 de 1959 serán los siguientes:

“1.1 Sector básico de la producción de bienes y servicios

“El interesado deberá demostrar que se trata de un sector básico de la producción de bienes y servicios de interés para la economía nacional. Para el efecto se estiman relevantes:

“- Ubicación del sector de acuerdo a la clasificación internacional CIIU a 4 dígitos;

“- Porcentaje del PIB asociado con el sector durante los últimos dos (2) años;

“- Número de empleos generados por el sector y la explicación de su representatividad en el mercado laboral nacional o regional, según corresponda; e

“- Interdependencia con otros sectores económicos.

“1.2 Descripción del acuerdo, convenio, práctica, procedimiento o sistema

“La petición deberá contener una descripción del acuerdo, convenio, práctica, procedimiento o sistema. Para el efecto, se deberá indicar:

“- Empresas que participan;

“- Objeto del acuerdo y condiciones que serán aplicadas;

“- Duración;

“- Normas específicas cuya inaplicación temporal se pretende; y

“- Justificación del acuerdo, pormenorizando su efecto en defensa de la estabilidad del sector.

“1.3 Precisión sobre normas de competencia

La SIC ha dicho que la autorización de esos acuerdos debe ser entendida en el caso particular y que esa autorización no puede ser entendida de manera general para una vulneración de las normas de competencia⁹⁵.

“Se debe indicar cómo se afecta el objetivo de las normas de competencia. Al respecto deberá precisarse:

“- Eficiencia de la cadena productiva del sector objeto del acuerdo;

“- Libre escogencia y acceso a los mercados de los bienes y servicios ofrecidos por las diversas empresas que integran el sector, por parte de los consumidores;

“- Que las empresas puedan participar libremente en los mercados de la cadena productiva del sector objeto del acuerdo;

“- Existencia de variedad de precios y calidad de bienes y servicios; y

“- Alternativamente, la cuantificación de los beneficios para el país que justifiquen la afectación de alguno de los objetivos antes enumerados.

“1.4 Mecanismos de vigilancia

“Deberá señalarse el mecanismo que permita que la Superintendencia vigile el comportamiento de las variables económicas del sector, con detalle de la información que deben suministrar los participantes en el acuerdo. En caso de que la Superintendencia de Industria y Comercio considere que las condiciones del mercado que llevaron a la celebración del acuerdo han sido superadas y el sector se encuentra estable, podrá dar por terminado el acuerdo aun antes del plazo previsto.

“1.5 Casos en los que no podrá solicitarse autorización para acuerdos o convenios que limiten la libre competencia

“En ningún caso podrá solicitarse autorización para acuerdos o convenios en proceso o ejecución, ni podrá versar respecto de conductas que sean objeto de investigación, que hayan sido sancionadas o respecto de las cuales haya existido orden de terminación o compromiso de modificación.

“1.6 Inobservancia de la autorización de la Superintendencia de Industria y Comercio

“La inobservancia de los términos de la autorización que la Superintendencia de Industria y Comercio imparta, implicará una contravención de las normas de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas”.

95 “De acuerdo a las normas citadas, es necesario precisar que en la autorización que eventualmente otorgue esta Superintendencia para la celebración de acuerdos o convenios bajo los lineamientos del párrafo del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, se señalará claramente el marco dentro del cual se debe desarrollar dicho convenio. En este sentido, la celebración del acuerdo o convenio no implica una autorización general para vulnerar las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, en tanto de lo que se trata es de la inaplicación de normas específicas, dada la necesidad de defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general. Así las cosas, y en tanto los peticionarios están obligados a individualizar las normas específicas cuya inaplicación temporal pretenden, en caso de que se conceda la autorización para celebrar el acuerdo, la misma sólo se aplica frente a las normas y condiciones expresamente señaladas, bajo el supuesto de que no obstante limitar la libre competencia tienen la finalidad indicada en la citada ley. Por lo tanto en el evento en que se incurra en una práctica no prevista en el marco del acuerdo o convenio autorizado por esta Entidad la Superintendencia de Industria y Comercio estaría facultada para iniciar la investigación perti-

No han sido muy comunes estos casos, sin embargo, recientemente la SIC autorizó un acuerdo entre los productores de insumos para la construcción como cemento y hierro, en el cual se comprometían a vender sus productos a los desarrolladores de la política de vivienda de interés prioritario del gobierno. Esta decisión se justificó en el hecho de que la legislación considera la vivienda y la construcción como un sector básico de la economía y que esta política, además de afectar macroeconómicamente los indicadores de crecimiento, afecta microeconómicamente en gran escala la demanda agregada de los insumos para la construcción, y que por ende lo que se busca con el acuerdo es favorecer la estabilidad económica del sector⁹⁶.

5.8. MEDIDAS DE SALVAMENTO

En el capítulo XX del EOSF están previstas las medidas de salvamento y protección de la confianza pública que puede tomar la Superintendencia Financiera⁹⁷.

nente e imponer de ser el caso las sanciones a que haya lugar”. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 3018596 de 2003.

96 Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 35696 de 2012.

97 Art. 113 EOSF: “*Medidas preventivas de la toma de posesión*. Sin perjuicio de las medidas que las entidades financieras deban adoptar en cumplimiento de las disposiciones que dicte el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 48, literal i), de este Estatuto, la Superintendencia Bancaria podrá adoptar individualmente las medidas previstas en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 de este artículo.

“1. Vigilancia especial. La vigilancia especial es una medida cautelar para evitar que las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria incurran en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla. En el evento en que se establezca dicha medida, corresponderá a la Superintendencia Bancaria determinar los requisitos que tales entidades deben observar para su funcionamiento, con el fin de enervar, en el término más breve posible, la situación que le ha dado origen.

“2. Recapitalización. La recapitalización es una medida cautelar para evitar que las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria incurran en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla. En el evento en que se establezca dicha medida, corresponderá a la Superintendencia Bancaria ordenar las recapitalizaciones correspondientes, de acuerdo con las disposiciones legales.

“3. Administración fiduciaria. La administración fiduciaria es una medida cautelar para evitar que las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria incurran en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla. En el evento en que se establezca dicha medida, corresponderá a la Superintendencia Bancaria promover

Estas medidas están orientadas a perseguir los siguientes objetivos: (i) prevenir, evitar o subsanar las causales de toma de posesión; (ii) salvar la operación de la entidad vigilada; (iii) salvaguardar los intereses de los terceros, consumidores e inversionistas; (iv) asegurar la confianza que tiene el público en general en el sistema financiero⁹⁸.

la administración fiduciaria de los bienes y negocios de la entidad por otra entidad financiera autorizada.

“4. Cesión total o parcial de activos, pasivos y contratos y enajenación de establecimientos de comercio a otra institución. La cesión total o parcial de activos, pasivos y contratos, así como la enajenación de establecimientos de comercio a otra institución es una medida cautelar para evitar que las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria incurran en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla. En el evento en que se establezca dicha medida, corresponderá a la Superintendencia Bancaria promover la cesión de activos pasivos y contratos, así como la enajenación de establecimientos de comercio.

“5. Fusión. Siempre que, a juicio del Superintendente Bancario, una fusión se haga necesaria como medida cautelar para evitar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios, o para subsanarla, dicho funcionario podrá ordenar la fusión con otra u otras instituciones financieras que así lo consientan, sea mediante la creación de instituciones nuevas que agrupen el patrimonio y los accionistas de la primera, o bien, según lo aconsejen las circunstancias, determinando que otra institución financiera preexistente la absorba.

“Para los efectos del presente numeral, el Superintendente Bancario dispondrá la reunión inmediata de las asambleas correspondientes para que, mediante la adopción de los planes y aprobación de los convenios que exija cada situación en particular, adelanten todas las actuaciones necesarias para la rápida y progresiva formalización de la fusión decretada.

“En los casos en que se persista en descuidar o en rehusar el cumplimiento de las órdenes que al respecto expida la Superintendencia Bancaria, se procederá en la forma que indica el artículo 114 del presente Estatuto y normas que lo adicionen.

“6. Programa de recuperación. El programa de recuperación es una medida encaminada a evitar que una entidad sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria incurra en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes o negocios o para subsanarla. En virtud de dicha medida, la entidad afectada deberá adoptar y presentar a la Superintendencia Bancaria un plan para restablecer su situación a través de medidas adecuadas, de conformidad con las disposiciones que dicte el Gobierno Nacional.

“7. Sin perjuicio de lo establecido en el numeral 6 del artículo 13 de la Ley 454 de 1998, las instituciones financieras de naturaleza cooperativa sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria podrán convertirse en sociedades anónimas, en circunstancias excepcionales y con autorización previa de la Superintendencia Bancaria, mediante reforma estatutaria adoptada por su asamblea general. En este caso, los asociados recibirán acciones en proporción a sus aportes en la fecha de la respectiva asamblea que determina la conversión”.

98 “Bajo el entendido de que las medidas preventivas de la toma de posesión son institutos de salvamento y protección de la confianza pública, sus objetivos son los siguientes:

“A) Prevenir o evitar las causales de toma de posesión.

“Se busca primordialmente impedir que una institución vigilada por la Superintendencia

Pues bien, estas medidas en cabeza de la Superintendencia Financiera están exceptuadas de la aplicación de las normas de protección de la competencia, en particular de las correspondientes a control de integraciones, tal como se establece en el segundo inciso del artículo 28 de la Ley 1340 de 2009^[99].

Bancaria que presenta una situación real o potencial de deterioro de cualquiera de sus indicadores (liquidez, solvencia, gestión o cualquier otro), o que persista en incumplir una orden debidamente impartida por dicha autoridad o una norma legal, quede efectivamente incurso en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios. En otras palabras, se persigue con la medida cautelar evitar que la institución configure una o más causales de toma de posesión y que, por lo tanto, deba ser intervenida.

“B) Subsanan las causales de toma de posesión.

“En este caso el propósito que se persigue con la medida cautelar, contrario al anterior, ya no es prevenir que la entidad incurra en la causal de toma de posesión, sino subsanarla o enervarla. Es decir, encontrándose efectivamente la vigilada en presencia de la causal de toma de posesión, la medida cautelar busca el saneamiento de la situación que le ha dado origen, con el fin de impedir así su intervención.

“C) Salvar la entidad vigilada para que siga operando normalmente.

“Las medidas referidas tienen a su vez como finalidad poner a la entidad en condiciones de seguir operando normalmente en el mercado, de suerte que se evite acudir a la medida extrema de toma de posesión para liquidarla.

“D) Proteger los intereses de los depositantes, ahorradores, inversionistas y terceros de buena fe.

“Como consecuencia obvia del salvamento de la entidad vigilada se previene su toma de posesión y se logra proteger en particular las acreencias de sus depositantes, ahorradores e inversionistas. Se salvaguardan igualmente los recursos del fisco, del propio FOGAFIN, del Banco de la República y en general los dineros del erario público, con lo cual se evitan traumatismos de distinto orden para el mismo Estado.

“E) Asegurar la confianza pública en el sistema financiero. “La consecución de cada uno de los anteriores objetivos, vale decir, su materialización, es naturalmente lo que permite construir un ambiente de confianza y seguridad por parte de la comunidad frente al sector financiero. Desde este punto de vista podemos decir que este objetivo configura en suma el fin supremo de las medidas preventivas de la toma de posesión”. GUALY, JESÚS HERACLIO. “Las medidas preventivas de la toma de posesión como institutos de salvamento y protección de la confianza pública”, en *80 años Superintendencia Bancaria de Colombia*, Bogotá, Superintendencia Bancaria de Colombia, 2003.

99 Art. 28 Ley 1340 de 2009: “Las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia, y en particular, las relativas al control de operaciones de integración empresarial no se aplican a los institutos de salvamento y protección de la confianza pública ordenados por la Superintendencia Financiera de Colombia ni a las decisiones para su ejecución y cumplimiento”.

6. CONTROL DE INTEGRACIONES¹⁰⁰

El régimen el control de las operaciones de integración se encuentra contenido en las normas generales de competencia y existen particularidades para la actividad financiera y para la actividad bursátil.

En uno y otro caso, el tema tiene dos momentos críticos: establecer si la operación debe o no ser sometida al escrutinio estatal y, una vez reportada, resolver sobre la misma autorizándola, condicionándola u objetándola.

En lo que hace a la normatividad que se aplicará, se puede distinguir entre las operaciones de reorganización reguladas en el EOSF y las demás formas de integración.

En cuanto a la autoridad que realizará el análisis, en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 se previó que “[e]n los procesos de integración o reorganización empresarial en los que participen exclusivamente las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, ésta conocerá y decidirá sobre la procedencia de dichas operaciones”, y en los demás casos, entonces, mirará el tema la SIC.

En lo que respecta al procedimiento, estarían las operaciones de reorganización, para las que se sigue el procedimiento especial que trae el EOSF; las otras integraciones que serán analizadas por la Superintendencia Financiera, que se tramitarán según el procedimiento general para peticiones en interés particular, y aquellas que serán de competencia de la SIC, que se ritualizarán según el procedimiento de la Ley 1340 de 2009.

6.1. NORMATIVIDAD SUSTANCIAL APLICABLE: CAUSALES DE OBJECCIÓN

6.1.1. DISPOSICIONES GENERALES

En el artículo 4 de la Ley 155, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, se establecen los supuestos fácticos que han de cumplirse para tener

¹⁰⁰ “El concepto de integración empresarial es amplio y comprende todas aquellas operaciones de fusión, adquisición; adquisición global de activos o pasivos; y en general, cualquier clase de concentración jurídico-económica a través de la cual se busca la expansión o crecimiento empresarial”. FRADIQUE, CARLOS y QUINCHE, MANUEL. “Operaciones de integración a través del mercado público de valores”, *Revista Foro del Jurista: Derecho de los Mercados*, Cámara de Comercio de Medellín, 2004, vol. 24, pp. 61-71.

la obligación de reportar una operación¹⁰¹: (i) que las dos o más empresas involucradas en la operación se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor; (ii) que se trate de una operación de integración empresarial; (iii) que se cumpla alguna de las dos condiciones financieras relativas a los montos de los ingresos operacionales o de los activos totales; y (iv) que las empresas involucradas en la operación no se encuentren en situación de grupo empresarial en los términos del artículo 28 de la Ley 222

101 Art. 4 Ley 155 de 1959: “Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada:

“1. Cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio, o

“2. Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio.

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

“En los procesos de integración o reorganización empresarial en los que participen exclusivamente las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, esta conocerá y decidirá sobre la procedencia de dichas operaciones. En estos casos, la Superintendencia Financiera de Colombia tendrá la obligación de requerir previamente a la adopción de la decisión, el análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el efecto de dichas operaciones en la libre competencia. Esta última podrá sugerir, de ser el caso, condicionamientos tendientes a asegurar la preservación de la competencia efectiva en el mercado.

“Parágrafo 1. La Superintendencia de Industria y Comercio deberá establecer los ingresos operacionales y los activos que se tendrán en cuenta según lo previsto en este artículo durante el año inmediatamente anterior a aquel en que la previsión se deba tener en cuenta y no podrá modificar esos valores durante el año en que se deberán aplicar.

“Parágrafo 2. Cuando el Superintendente se abstenga de objetar una integración pero señale condicionamientos, estos deberán cumplir los siguientes requisitos: Identificar y aislar o eliminar el efecto anticompetitivo que produciría la integración, e implementar los remedios de carácter estructural con respecto a dicha integración.

“Parágrafo 3. Las operaciones de integración en las que las intervinientes acrediten que se encuentran en situación de Grupo Empresarial en los términos del artículo 28 de la Ley 222 de 1995, cualquiera sea la forma jurídica que adopten, se encuentran exentas del deber de notificación previa ante la Superintendencia de Industria y Comercio”.

de 1995. En caso de que las empresas tengan en su conjunto menos del 20% del mercado relevante, se entenderá autorizada la operación y únicamente se deberá notificar a la Superintendencia de la misma, tal y como se establece en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

La primera condición que se establece en la ley para informar de la operación a la SIC tiene que ver con si las empresas se dedican a la misma actividad económica, lo cual sería un caso de integración horizontal¹⁰², o si participan en la misma cadena de valor, caso en el cual estaríamos frente a una integración vertical¹⁰³.

El segundo supuesto que en la ley se establece para que se dé la obligación de información es que la operación sea una integración empresarial. Es decir, que las dos o más empresas pretendan “fusionarse¹⁰⁴, consolidarse¹⁰⁵, adquirir el control¹⁰⁶

102 Una integración horizontal es definida como “aquella operación realizada entre empresas ubicadas en el mismo eslabón de la cadena de producción y/o [sic] distribución [que] conduce a que desaparezca un competidor del mercado, circunstancia que dependiendo de las condiciones de éste último podría llevar a que las empresas adquieran la capacidad de determinar de manera independiente, o con sus inmediatos competidores, las condiciones de oferta, precios, condiciones de comercialización y demás factores competitivos”. Superintendencia de Industria y Comercio. *Guía de análisis de integraciones empresariales*, 2011, p. 1.

103 “Una integración vertical se entiende como ‘la integración realizada entre empresas ubicadas en diferentes segmentos de producción y/o distribución pero en la misma cadena de valor que, si bien, no necesariamente reducen la competencia, podrían generar restricciones o limitaciones de oferta hacia arriba o hacia abajo de la respectiva cadena’”. Superintendencia de Industria y Comercio, ob. cit., p. 1.

104 Al tenor del artículo 172 C.Co., “[h]abrà fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva. En estos términos, la fusión de dos empresas es una operación de integración por cuanto una empresa es absorbida por otra o ambas se disuelven para formar, ambas, una nueva empresa”.

105 “[Es] el momento en el cual una empresa que ya poseía intereses en otra, logra obtener control de la segunda. Es importante señalar que el mecanismo que se utilice para adquirir ese control debe ser caracterizado como un ‘proceso’, es decir, una secuencia ordenada de actuaciones, y que el suceso definitivo no necesita ser de la misma índole de los que se venían usando para representar el interés presente”. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 00086127 del 30 de noviembre de 2000.

106 En los términos del numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, el control se define como “la posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa”.

o integrarse¹⁰⁷, cualquiera sea la forma jurídica”¹⁰⁸.

El tercer supuesto tiene que ver con el cumplimiento de al menos una de estas dos condiciones de carácter financiero:

1. Cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio, o
2. Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio¹⁰⁹.

Para que se cumpla la primera condición es necesario que durante la vigencia fiscal anterior se hayan obtenido, de forma conjunta o individual, ingresos operacionales superiores al monto que establece la SIC cada año. Según la doctrina y las Normas Internacionales de Contabilidad, los ingresos operacionales son “todos los aumentos brutos del patrimonio originados directamente en el desarrollo del objeto social del ente, distintos de los aumentos en los aportes de los propietarios. Un ingreso operacional tiene relación directa con la producción de un bien o servicio que constituye el objeto social de la empresa. Todo ingreso operacional representa una fuente bruta interna de recursos y resulta del giro ordinario del negocio”¹¹⁰.

Por otro lado, para que se cumpla la alternativa a la segunda condición se necesita que la totalidad de los activos de las empresas, solas o juntas, al 31 de diciembre del año anterior a la operación, superen el monto establecido por la Superintendencia. Para estos efectos, según el Decreto 2649 de 1993, “[u]n activo es la representación financiera de un recurso obtenido por el ente

107 “[T]oda la gama de alternativas jurídicas, económicas, administrativas y de cualquier índole que conducen a que dos o más unidades de explotación económica actúen sustancialmente en beneficio de un mismo interés, independientemente de que subsistan o no como individualidades”. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 00043577 del 23 de junio de 2000.

108 Art. 4 Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

109 *Ibidem*.

110 CUÉLLAR, GUILLERMO. *Fundamentos de contabilidad financiera*, Popayán, Universidad del Cauca, 2004.

económico como resultado de eventos pasados, de cuya utilización se espera que fluyan a la empresa beneficios económicos futuros”.

El tercer supuesto está relacionado con que las empresas a integrarse no estén en situación de grupo empresarial. Para estos efectos, en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 se establece que “[h]abrará grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección”. En este sentido, lo que la ley establece es que entre dos o más empresas hay grupo empresarial cuando se cumplen las dos siguientes condiciones: (i) subordinación y (ii) unidad propósito y dirección.

La subordinación está definida en el artículo 260 C.Co., el cual fue subrogado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995. En dicha norma se dice que “[u]na sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial, o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria”.

Frente a esta situación, en el mismo código mercantil se contienen una serie de casos que se consideran presunciones de subordinación¹¹¹, es decir, unos supuestos en los que se presume la relación de subordinación entre dos

111 Art. 261 C.Co.: “Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

“1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

“2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.

“3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

“Parágrafo 1. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

“Parágrafo 2. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior”.

sociedades. Sin embargo, la Superintendencia de Sociedades ha sido clara a la hora de interpretar esta lista diciendo que no es taxativa y que bien pueden existir otros casos de subordinación¹¹².

Por otro lado, en el mencionado artículo 28 de la Ley 222 de 1995 se establece que “[s]e entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social, o actividad de cada una de ellas”¹¹³.

Por último, en el ya citado artículo 4 de la Ley 155 de 1959 se establece que cuando las empresas interesadas en realizar la operación “en conjunto cuenten con menos del 20% del mercado relevante, se entenderá autorizada la operación”. Para verificar el cumplimiento de este supuesto es necesario hacer un análisis del mercado relevante desde el punto de vista del producto y desde el punto de vista geográfico, tal como se explicó en acápites anteriores.

112 “Considera la Superintendencia que la intención del legislador al relacionar en el artículo 261 del Código de Comercio algunas circunstancias determinantes de la subordinación, no estaba más que mencionando los eventos en los cuales se presume la existencia del control descrito en el artículo 260. Pero ello no excluye los casos de otras circunstancias donde se encuentre que el poder de decisión de una sociedad está sometido a la voluntad de su matriz o controlante, y corresponderá a las partes verificar la existencia de tal control y declararlo, sin que en tales eventos se presuma la subordinación”. Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-15430 del 13 de abril de 1998.

113 Sobre la situación de grupo empresarial, en la Circular Externa n.º 30 del 26 de noviembre de 1997 la Superintendencia de Sociedades dijo: “[N]o habrá lugar a considerar la figura del ‘grupo empresarial’ por el simple hecho de que la matriz persiga que sus subordinadas sean rentables, salvo que dicho objetivo se encuentre acompañado de una injerencia de aquella en cuanto a la disposición planificada y sistemática de objetivos determinados, que han de ejecutarse por los sujetos que conforman el grupo, al tiempo que deben someterse a su evaluación y control directo o indirecto estableciendo una clase de relación de interdependencia [...]. Se puede afirmar que se presenta unidad de propósito cuando la relación de las entidades involucradas a través de la subordinación, presentan una finalidad, que es comunicada por la entidad controlante y asumida por las controladas, encaminada a la ejecución de un fin o designio que se asume en beneficio del grupo sin perjuicio de la actividad correspondiente de los sujetos que lo componen [...]. Existe unidad de dirección cuando las empresas que conforman el grupo están dominadas o subordinadas a la expresión del poder de la controlante, que tiene la facultad de decisión, y ello con el propósito de que todas actúen no solo bajo la misma dirección, como es lógico, sino bajo los mismos parámetros, sean ellos explícitos o no”.

Una vez establecido que la operación sí debe ser informada a la autoridad, esta deberá analizarla para determinar si procede su autorización o condicionamiento o si debe objetarse.

Siendo claro que el único objetivo es asegurar la competencia, la operación deberá objetarse si restringe indebidamente la competencia. Deberá ser condicionada si las restricciones que se identifiquen pueden ser aisladas, caso en el cual se deberán señalar los condicionamientos estructurales a los que se someterá el negocio.

En caso de que la autoridad no identifique limitaciones a la libre competencia, o no supere la carga de prueba que está en su lado, deberá abstenerse de objetarla o condicionarla.

Ahora bien, cumpliendo lo que se ordena en el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, en caso de que se hubiere identificado que la operación generaría una restricción a la competencia que ameritaría objeción, el Superintendente, con todo, no podrá objetarla “si los interesados demuestran dentro del proceso respectivo, con estudios fundamentados en metodologías de reconocido valor técnico, que los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios”.

6.1.2. PARTICULARIDADES PARA LA ACTIVIDAD FINANCIERA

Como ya vimos, la Superintendencia Financiera conoce las integraciones que se den entre sus entidades vigiladas de modo exclusivo.

Para aquellas operaciones de integración que no sean reorganizaciones la SFC seguirá su propio procedimiento pero aplicará las normas sustanciales y tendrá las facultades previstas para la SIC en la Ley 1340 de 2009.

Por su parte, en el EOSF están previstas disposiciones especiales para las reorganizaciones, adquisiciones, fusiones y cesión de activos y pasivos de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera que siempre deberán reportarse¹¹⁴.

114 Art. 56 EOSF: “Aviso a la Superintendencia Bancaria. [...] Los representantes legales de las entidades interesadas deberán dar aviso de fusión a la Superintendencia Bancaria”.

Para estas, en el numeral 2 del artículo 58 EOSF se establecen las causas taxativas por las cuales el superintendente podrá objetar, incluyendo¹¹⁵ “[c]uando, como resultado de la fusión, la entidad absorbente o nueva pueda mantener o determinar precios inequitativos, limitar servicios, o impedir, restringir o falsear la libre competencia en los mercados en que participe, ya sea como matriz o por medio de sus filiales, y, a su juicio, no se tomen las medidas necesarias y suficientes para prevenirlo”. Sin embargo en dicha norma se advierte “[q]ue entenderá que la hipótesis no se configura cuando la entidad absorbente o nueva atienda menos del veinticinco por ciento (25%) de los mercados correspondientes”.

6.1.3. PARTICULARIDADES DE LA ACTIVIDAD BURSÁTIL: SITUACIÓN DE LOS EMISORES

Algunas operaciones de integración tienen lugar en el mercado público de valores. Esta situación se presenta cuando aquella compañía respecto de la cual otra adquiere el control es un emisor inscrito en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios. El principal mecanismo bursátil que se utiliza para realizar este tipo de integraciones es la oferta pública de adquisición¹¹⁶.

115 Art. 58 EOSF: “*Facultad de objeción.* [...] 2. Causales. El Superintendente Bancario sólo podrá objetar la fusión por las siguientes razones:

“a. Cuando la entidad absorbente o nueva no cumpla con los montos mínimos de capital establecidos en la ley, y no existan, a su juicio, suficientes seguridades de que será capitalizada en la cuantía necesaria y en un plazo adecuado;

“b. Cuando la entidad absorbente o nueva no cumpla con los niveles adecuados de patrimonio o las normas de solvencia vigentes y no existan, a su juicio, suficientes seguridades de que su situación patrimonial se ajustará satisfactoriamente en un plazo adecuado;

“c. Cuando, a su juicio, los administradores de alguna de las entidades interesadas no satisfagan las condiciones de carácter, responsabilidad o idoneidad necesarias para participar en la respectiva operación o tampoco satisfagan tales condiciones los accionistas que posean más del cinco por ciento (5%) del capital de alguna de las entidades interesadas;

“d. Cuando, como resultado de la fusión, la entidad absorbente o nueva pueda mantener o determinar precios inequitativos, limitar servicios, o impedir, restringir o falsear la libre competencia en los mercados en que participe, ya sea como matriz o por medio de sus filiales, y, a su juicio, no se tomen las medidas necesarias y suficientes para prevenirlo. Se entenderá que ninguna de las hipótesis previstas en esta letra se configura cuando la entidad absorbente o nueva atienda menos del veinticinco por ciento (25%) de los mercados correspondientes;

“e. Cuando, a su juicio, la fusión pueda causar perjuicio al interés público o a la estabilidad del sistema financiero”.

116 De conformidad con el artículo 1.2.1.1 de la Resolución 400 de 1995 de la entonces Super-

De esta manera, quienes deseen realizar una oferta pública de adquisición, antes de realizar todo el procedimiento que las normas prevén para ello, deben informar a la SIC la operación, en aquellos casos en los que se cumplan los supuestos de información previstos en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959.

6.2. PROCEDIMIENTO

6.2.1. PARA LAS QUE ANALIZA LA SIC

El procedimiento para la autorización de las operaciones de integración que analiza la SIC está previsto en el artículo 10 de la Ley 1340 de 2009¹¹⁷. Dicho procedimiento se resume en: (i) la presentación de una solicitud de preeva-

intendencia de Valores, “[s]e considera como oferta pública de valores aquella que se dirija a personas no determinadas o a cien o más personas determinadas, con el fin de suscribir, enajenar o adquirir documentos emitidos en serie o en masa, que otorguen a sus titulares derechos de crédito, de participación y de tradición o representativos de mercancías”. Adicionalmente, el artículo 1.2.5.6 *ibidem* establece que “[t]oda persona o grupo de personas que conformen un mismo beneficiario real, directamente o por interpuesta persona, solo podrá convertirse en beneficiario real de más del diez por ciento (10%) de las acciones ordinarias en circulación de una sociedad, cuyas acciones se encuentren inscritas en una bolsa de valores, adquiriendo las acciones con las cuales se supere dicho porcentaje a través de una oferta pública de adquisición dirigida a todos los titulares de tales acciones [...]. De igual forma, toda persona o grupo de personas que sea beneficiario real de más del diez por ciento (10%) de las acciones ordinarias en circulación solo podrá incrementar, directamente o por interpuesta persona, su participación en un porcentaje superior al cinco por ciento (5%) de las acciones ordinarias en circulación a través de una oferta pública de adquisición dirigida a todos los titulares de dichas acciones”.

117 Art. 10 Ley 1340 de 2009: “*Procedimiento administrativo en caso de integraciones empresariales*. Para efectos de obtener el pronunciamiento previo de la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con una operación de integración proyectada, se seguirá el siguiente procedimiento:

“1. Los interesados presentarán ante la Superintendencia de Industria y Comercio una solicitud de preevaluación, acompañada de un informe sucinto en el que manifiesten su intención de llevar a cabo la operación de integración empresarial y las condiciones básicas de la misma, de conformidad con las instrucciones expedidas por la autoridad única de competencia.

“2. Dentro de los tres (3) días siguientes a la presentación del informe anterior y salvo que cuente con elementos suficientes para establecer que no existe la obligación de informar la operación, la Superintendencia de Industria y Comercio ordenará la publicación de un anuncio en un diario de amplia circulación nacional, para que dentro de los diez (10) días siguientes a la publicación se suministre a esa entidad la información que pueda aportar elementos de utilidad para el análisis de la operación proyectada. La Superintendencia de Industria y Comercio no ordenará la publicación del anuncio cuando cuente con elementos suficientes para establecer que no existe obligación de informar la operación, cuando los intervinientes de la operación,

luación informando las condiciones de la operación; (ii) la publicación de un anuncio por parte de la SIC para que se allegue información que pueda ser de utilidad para el análisis; (iii) si la SIC considera que la operación no genera riesgos para la competencia, la autoriza; (iv) de lo contrario continuará con el procedimiento y dará aviso a las autoridades regulatorias o de vigilancia y control de los sectores involucrados en la operación para que emitan un concepto técnico sobre la misma¹¹⁸.

La SIC debe objetar o condicionar la operación dentro de los tres meses siguientes al recibo de la información por parte de los interesados; de lo contrario, la operación se entiende autorizada. Adicionalmente, la inactividad de los interesados por un término de dos meses se entiende como un desistimiento de la solicitud.

6.2.2. PARA LAS QUE ANALIZA LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA

Para el caso de las integraciones que analiza la Superintendencia Financiera están previstos una serie de procedimientos especiales en el EOSF, dependiendo

por razones de orden público, mediante escrito motivado soliciten que la misma permanezca en reserva y esta solicitud sea aceptada por la Superintendencia de Industria y Comercio.

“3. Dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la información a que se refiere el numeral 1 de este artículo, la autoridad de competencia determinará la procedencia de continuar con el procedimiento de autorización o, si encontrase que no existen riesgos sustanciales para la competencia que puedan derivarse de la operación, de darlo por terminado y dar vía libre a esta.

“4. Si el procedimiento continúa, la autoridad de competencia lo comunicará a las autoridades a que se refiere el artículo 8 de esta ley y a los interesados, quienes deberán allegar, dentro de los quince (15) días siguientes, la totalidad de la información requerida en las guías expedidas para el efecto por la autoridad de competencia, en forma completa y fidedigna. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá solicitar que se complemente, aclare o explique la información allegada. De la misma manera, podrán los interesados proponer acciones o comportamientos a seguir para neutralizar los posibles efectos anticompetitivos de la operación. Dentro del mismo término los interesados podrán conocer la información aportada por terceros y controvertirla.

“5. Si transcurridos tres (3) meses desde el momento en que los interesados han allegado la totalidad de la información la operación no se hubiere objetado o condicionado por la autoridad de competencia, se entenderá que esta ha sido autorizada.

“6. La inactividad de los interesados por más de (2) dos meses en cualquier etapa del procedimiento, será considerada como desistimiento de la solicitud de autorización”.

118 Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Circular Única, tít. VII, cap. segundo.

del tipo de operación. Sin embargo, independientemente de ello, en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 se establece la obligación “de requerir previamente a la adopción de la decisión, el análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el efecto de dichas operaciones en la libre competencia. Esta última podrá sugerir, de ser el caso, condicionamientos tendientes a asegurar la preservación de la competencia efectiva en el mercado”.

Por razones metodológicas trataremos en este numeral únicamente el procedimiento previsto para las fusiones de las entidades financieras, el cual está previsto en los artículos 56 y siguientes EOSF.

En primer lugar, las entidades interesadas deberán dar aviso a la SFC indicando los motivos y condiciones de la fusión, los estados financieros de las interesadas, los métodos de evaluación de las sociedades y anexando la copia de compromiso de fusión aprobado por la asamblea. Este aviso puede darse de manera previa al compromiso cuando la solicitud sea suscrita por la mayoría calificada en la ley. En este caso, el compromiso deberá alegarse posteriormente¹¹⁹.

119 Art. 56 EOSF: “Aviso a la Superintendencia Bancaria.

“1. Oportunidad del aviso. Los representantes legales de las entidades interesadas deberán dar aviso de fusión a la Superintendencia Bancaria. Este aviso se efectuará, si ya se ha aprobado el compromiso por las respectivas asambleas, dentro de los diez (10) días siguientes a su aprobación; sin embargo, podrá efectuarse anticipadamente, expresando la intención de fusión, con no menos de tres (3) meses de antelación a la reunión de los órganos correspondientes. Cuando las entidades filiales de matrices en proceso de fusión tengan la intención de fusionarse entre sí, podrán dar aviso de fusión a la Superintendencia Bancaria conjuntamente con el aviso que presenten sus matrices. Con base en dicho aviso se acumularán los trámites de fusión de las filiales con los de las matrices.

“2. Contenido del aviso. El aviso de fusión deberá contener la siguiente información:

“a. Los motivos de la fusión y las condiciones administrativas y financieras en que se realizará.

“b. Los estados financieros de fin de ejercicio o de período intermedio, respecto de los cuales se haya emitido dictamen del revisor fiscal, que hubieren servido de base para establecer las condiciones en que se realizará la fusión. Los estados financieros no podrán corresponder a una fecha anterior a seis (6) meses antes del aviso de fusión.

“c. Tratándose de sociedades, un anexo explicativo del método o métodos de evaluación de las mismas y de la relación de intercambio resultante de su aplicación.

“d. Copia de las actas mediante las cuales se haya aprobado el compromiso de fusión. De haberse dado aviso anticipado, una vez aprobado el respectivo compromiso, se remitirá copia de las actas correspondientes a la Superintendencia Bancaria.

“Parágrafo. Para los efectos del artículo 173 del Código de Comercio, bastará con que el compromiso de fusión que aprueben las asambleas contenga la información a que se refieren las letras a., b. y c. de este numeral.

“3. Procedimiento abreviado. El aviso anticipado podrá ser enviado a la Superintendencia

Cuando haya habido lugar al aviso anticipado, es decir, antes del compromiso de fusión, se debe dar aviso a los accionistas de la fusión que se pretende¹²⁰.

Una vez recibido el aviso en debida forma, la SFC podrá objetarla dentro de los dos meses siguientes al recibo del aviso. Cuando se trate de aviso anticipado, el superintendente dispondrá de un mes para objetarla¹²¹. Vencido el término para objetarla sin haber obtenido respuesta, los interesados podrán formalizar la fusión¹²².

7. ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA Y COLABORACIÓN ENTRE ENTIDADES DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN

En la Ley 1340 de 2009 se previó que la función de la SIC como autoridad única de competencia no era solo la aplicación de la ley, sino también efectuar una

Bancaria con no menos de un (1) mes de antelación, cuando la solicitud respectiva sea suscrita por los accionistas de las entidades que representen una mayoría superior al noventa y cinco por ciento (95%) del capital de las entidades interesadas”.

120 Art. 57 EOSF: “*Aviso a los accionistas o aportantes*. Cuando los representantes legales de las entidades interesadas hayan dado un aviso anticipado de fusión a la Superintendencia Bancaria deberán también poner en conocimiento de los accionistas o aportantes de las mismas, mediante comunicación telegráfica o por aviso que se publicará en uno de los principales diarios de circulación nacional, un resumen de la información a que hacen referencia las letras a. y c. del numeral 2. del artículo anterior con dos (2) meses de antelación a la fecha prevista para la reunión de asambleas a cuya consideración se someterá el compromiso de fusión. A partir de ese momento, los libros de contabilidad y demás comprobantes exigidos por la ley deberán ponerse a disposición de los accionistas en las oficinas de la administración hasta la asamblea que estudie la fusión.

“Conjuntamente con este aviso se podrá convocar la asamblea que decidirá sobre la fusión, sin perjuicio de lo que al respecto establezcan los estatutos de la entidad.

“Parágrafo. Este aviso podrá efectuarse con un (1) sólo mes de antelación en el evento previsto en el numeral 3 del artículo anterior”.

121 Art. 58 EOSF: “*Facultad de objeción*.

“1. Término para ejercerla. Recibido el aviso de fusión, el Superintendente Bancario podrá objetarla dentro de los dos (2) meses siguientes a su presentación en debida forma. No obstante, cuando se trate del aviso anticipado que puede presentarse con un (1) mes de antelación, el Superintendente Bancario dispondrá de un término máximo de un (1) mes para formular objeción.

“En caso de que a juicio del Superintendente Bancario no exista objeción a la fusión, éste podrá declararlo así antes del vencimiento del término correspondiente”.

122 Art. 60 EOSF: “*Procedimiento de formalización y efectos de la fusión*.

“1. Formalización. La entidad absorbente o nueva podrá formalizar el acuerdo de fusión cuando venza el término sin que la Superintendencia Bancaria formule objeción, o declare anticipadamente la ausencia de objeción”.

abogacía de la competencia, la cual es entendida por la doctrina como el “conjunto de actividades realizadas por la autoridad para promover un ambiente favorable a la competencia”¹²³.

En este sentido, la abogacía de la competencia se divide en tres componentes distintos: (i) la abogacía entendida como la promoción de la cultura de la competencia como principio fundamental de la economía social de mercado; (ii) la abogacía entendida como participación con las demás autoridades en la expedición de normas en beneficio de la libre competencia¹²⁴ —esta acepción es la que está específicamente delineada en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009^[125]—; (iii) la abogacía entendida como la función de asesor del Gobierno Nacional en materia de competencia.

El trámite de la abogacía de la competencia prevista en el artículo 7 mencionado fue reglamentado en el Decreto 2897 de 2010, en el cual, en su artículo 2^[126], se prevé cuáles autoridades han de informar “proyectos de actos

123 SITTFENFELD, PAMELA. *Ventajas y limitaciones de la experiencia de Costa Rica en materia de políticas de competencia: un punto de referencia para la región centroamericana*, Serie Estudios y Perspectivas, Sede subregional de Cepal en México, 2007, n.º 69, p. 13.

124 “La abogacía de la competencia comprende, en consecuencia, dos actividades por parte de la autoridad de competencia. Las primeras están orientadas a promover la cultura de la competencia, es decir, a concientizar a los productores, a los consumidores y a los entes gubernamentales respecto de los beneficios de la competencia como principio de organización de una economía.

“Las segundas, que son a las que se refiere la Ley 1340, consisten en asesorar a las autoridades, sin importar la materia objeto de regulación, en la expedición de normas pro competitivas. La abogacía es un instrumento esencial para promover la competencia, pues solo en la medida en que los participantes del Gobierno, los empresarios, la academia y los consumidores tomen conciencia de la importancia de la competencia, podrá el país gozar de sus beneficios”. RUBIO ESCOBAR, JAIRO. “La abogacía de la competencia y el desarrollo de nuestro país”, *Portafolio*, 26 de febrero de 2010, disponible en: <http://www.portafolio.co/archivo/documento/CMS-7309827>

125 Art. 7 Ley 1340 de 2009: “*Abogacía de la competencia*. Además de las disposiciones consagradas en el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades de regulación informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio de los actos administrativos que se pretendan expedir. El concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este sentido no será vinculante. Sin embargo, si la autoridad respectiva se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta”.

126 Art. 2 Decreto 2897 de 2010: “*Autoridades que deben informar sobre proyectos de regulación*. Para los fines a que se refiere el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 deberán informar a la

administrativos que se propongan expedir con fines de regulación”¹²⁷ a la SIC, dentro de las que se incluyen ministerios y superintendencias.

Así, en el mismo decreto se estableció que corresponde a la SIC determinar cuál es el “test” que deben cumplir las autoridades para determinar si deben o no informar los proyectos regulatorios a la SIC¹²⁸. En este sentido, la SIC profirió la Resolución 44649 de 2010^[129], en la cual dictó un cuestionario

Superintendencia de Industria y Comercio sobre los proyectos de acto administrativo con fines regulatorios que se propongan expedir los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias con o sin personería jurídica, Unidades Administrativas Especiales con o sin personería jurídica y los establecimientos públicos del orden nacional”.

127 Art. 1 Decreto 2897 de 2010.

128 Art. 5 Decreto 2897 de 2010: “Evaluación que debe realizar la autoridad que proyecta expedir un acto. La autoridad que se proponga expedir un acto administrativo con fines regulatorios deberá evaluar su posible incidencia sobre la libre competencia con base en el cuestionario que adoptará la Superintendencia de Industria y Comercio mediante una resolución de carácter general. Esa evaluación deberá realizarla antes de someter a consideración de la Superintendencia de Industria y Comercio el proyecto de acto regulatorio.

“La resolución que expida la Superintendencia de Industria y Comercio establecerá las preguntas centrales que deberá formularse la autoridad que proyecta expedir un acto administrativo. Con el fin de facilitar la evaluación, las preguntas podrán complementarse con ejemplos o situaciones que sirvan para ilustrar el tipo de efectos de una regulación, perseguidos o no, que puedan restringir indebidamente la libre competencia”.

129 Art. 1 Resolución SIC 44649 de 2010: “Adoptar el cuestionario para la evaluación de la incidencia sobre la libre competencia de los proyectos de actos administrativos expedidos con fines regulatorios, a que hace referencia el artículo 5° del Decreto 2897 de 2010, el cual consta de las siguientes preguntas:

“1. ¿La regulación limita el número o la variedad de las empresas en uno o varios mercados relevantes relacionados? Es posible que esto suceda, entre otros eventos, cuando el proyecto de acto:

“a) Otorga derechos exclusivos a una empresa para prestar servicios o para ofrecer bienes;

“b) Establece licencias, permisos, autorizaciones para operar o cuotas de producción o de venta;

“c) Limita la capacidad de cierto tipo de empresas para ofrecer un bien o prestar un servicio;

“d) Eleva de manera significativa los costos de entrada o salida del mercado para las empresas;

“e) Crea una barrera geográfica a la libre circulación de bienes o servicios o a la inversión;

“f) Incrementa de manera significativa los costos:

“i) para nuevas empresas en relación con las empresas que ya operan en un mercado o mercados relevantes relacionados, o

“ii) para unas empresas en relación con otras cuando el conjunto ya opera en uno o varios mercados relevantes relacionados.

“2. ¿La regulación limita la capacidad de las empresas para competir en uno o varios mercados relevantes relacionados?

Es posible que esto suceda, entre otros eventos, cuando el proyecto de acto:

que deben absolver las entidades como examen previo para determinar si el proyecto tiene o no incidencia en la libre competencia.

Para el caso concreto del sector financiero y bursátil, cuando las autoridades con funciones de regulación, tales como el Ministerio de Hacienda o la Superintendencia Financiera, pretendan implementar alguna medida regulatoria, deberán determinar mediante la resolución de cuestionario si esa medida afectaría las condiciones de competencia, y en caso positivo, proceder a informar a la SIC en los términos del artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 y del Decreto 2897 de 2010.

REFERENCIAS

NORMATIVIDAD

Código de Comercio.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Decreto 2153 de 1992.

Decreto 2649 de 1993.

Decreto 2897 de 2010.

“a) Controla o influye sustancialmente sobre los precios de los bienes o servicios o el nivel de producción;

“b) Limita a las empresas la posibilidad de distribuir o comercializar sus productos;

“c) Limita la libertad de las empresas para promocionar sus productos;

“d) Otorga a los operadores actuales en el mercado un trato diferenciado con respecto a las empresas entrantes;

“e) Otorga trato diferenciado a unas empresas con respecto a otras;

“f) Limita la libertad de las empresas para elegir sus procesos de producción o su forma de organización industrial;

“g) Limita la innovación para ofrecer nuevos productos o productos existentes pero bajo nuevas formas.

“3. ¿La regulación implica reducir los incentivos de las empresas para competir en uno o varios mercados relevantes relacionados?

“Es posible que esto suceda, entre otros eventos, cuando el proyecto de acto:

“a) Genera un régimen de autorregulación o corregulación;

“b) Impone la obligación de dar publicidad sobre información sensible para una empresa que podría ser conocida por sus competidores (por ejemplo, precios, nivel de ventas, costos, etc.)”.

Decreto 3523 de 2009.

Decreto 4886 de 2011.

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: Decreto 663 de 1993.

Ley 1328 de 2009.

Ley 1340 de 2009.

Ley 1480 de 2011.

Ley 155 de 1959.

Ley 222 de 1995.

Ley 35 de 1993.

Ley 964 de 2005.

Superintendencia de Industria y Comercio, Circular Única.

Superintendencia de Sociedades, Circular Externa n.º 30 de 1997.

Superintendencia Financiera de Colombia, Circular Externa n.º 007 de 1996.

ARTÍCULOS Y LIBROS

COLOMA, GERMÁN. *Defensa de la competencia*, Buenos Aires y Madrid, Ciudad Argentina, 2003.

CORREA HENAO, MAGDALENA. *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

CUÉLLAR, GUILLERMO. *Fundamentos de contabilidad financiera*, Popayán, Universidad del Cauca, 2004.

DE LA CALLE RESTREPO, JOSÉ MIGUEL. “Abogacía de la competencia: la nueva tarea de la Superintendencia de Industria y Comercio”, *Revista Contexto*, Universidad Externado de Colombia, 2012, n.º 36, pp. 59-68.

FLINT, PINKAS. *Tratado de defensa de la libre competencia*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.

- FRADIQUE, CARLOS y QUINCHE, MANUEL. “Operaciones de integración a través del mercado público de valores”, *Revista Foro del Jurista: Derecho de los Mercados*, Cámara de Comercio de Medellín, 2004, vol. 24, pp. 61-71.
- GUALY, JESÚS HERACLIO. “Las medidas preventivas de la toma de posesión como institutos de salvamento y protección de la confianza pública”, en *80 años Superintendencia Bancaria de Colombia*, Bogotá, Superintendencia Bancaria de Colombia, 2003.
- GWARTNEY, JAMES D. y STROUP, RICHARD. *Lo que todos deben saber sobre economía y prosperidad*, Bogotá, Legis, 1994.
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO e IBARRA PARDO, GABRIEL. “El estado actual de la práctica de fijación vertical de precios en Colombia”, *CEDEC XVI. Revista de Derecho de la Competencia*, Pontificia Universidad Javeriana, 2016, vol. 12, n.º 12, pp. 289-349.
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. “Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado”, ponencia presentada dentro del Programa de Educación Continuada “Actualización sobre promoción de la competencia e integraciones Económicas”, Universidad de los Andes, Bogotá, 1993, disponible en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/abuso-de-la-posicion-dominante-perspectivas-de-la-aplicacion-en-colombia-a-la-luz-del-drecho-comparado-alfonso-miranda-londono.pdf>
- ORTIZ BLANCO, LUIS, MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, JERÓNIMO, IBÁÑEZ COLOMO, PABLO y LAMADRID DE PABLO, ALFONSO. *Manual de derecho de la competencia*, Madrid, Tecnos, 2008.
- RUBIO ESCOBAR, JAIRO. *Derecho de los mercados*, Bogotá, Superintendencia de Industria y Comercio y Legis, 2007.
- RUBIO ESCOBAR, JAIRO. “La abogacía de la competencia y el desarrollo de nuestro país”, en *Portafolio*, 26 de febrero de 2010, disponible en: <http://www.portafolio.co/archivo/documento/CMS-7309827>
- Superintendencia de Industria y Comercio. “Guía de análisis de integraciones empresariales”, Bogotá, 2011.
- SITTENFELD, PAMELA. *Ventajas y limitaciones de la experiencia de Costa Rica en materia de políticas de competencia: un punto de referencia para la región centroamericana*, Serie Estudios y Perspectivas, n.º 69, Sede subregional de Cepal en México, 2007.
- VELANDIA, MAURICIO. *Derecho de la competencia y del consumo*, 2.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional. Sentencia C-533 de 1992, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-425 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional. Sentencia C-606 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional. Sentencia T-426 de 1992, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-533 de 1992, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-040 de 1993, M.P.: Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional. Sentencia C-074 de 1993, M.P.: José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional. Sentencia T-240 de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-265 de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-318 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-349 de 1994, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional. Sentencia C-407 de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-166 de 1995, M.P.: Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional. Sentencia C-280 de 1995, M.P.: Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional. Sentencia C-316 de 1995, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. Sentencia C-398 de 1995, M.P.: José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional. Sentencia C-445 de 1995, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-524 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1996, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. Sentencia C-254 de 1996, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-475 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional. Sentencia C-429 de 1997, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-584 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-375 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-183 de 1998, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-624 de 1998, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia T-799 de 1998, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 1999, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia C-866 de 1999, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia SU-166 de 1999, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-955 de 2000, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional. Sentencia C-142 de 2001, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. Sentencia C-540 de 2001, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia C-673 de 2001, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C-780 de 2001, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia C-810 de 2001, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. Sentencia C-1287 de 2001, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia C-491 de 2002, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia C-645 de 2002, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia C-974 de 2002, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia SU-1122 de 2002, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. Sentencia T-429 de 2002, M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. Sentencia C-031 de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2003, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia C-524 de 2003, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia C-571 de 2003, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional. Sentencia C-870 de 2003, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional. Sentencia T-520 de 2003, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia C-022 de 2004, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sentencia C-070 de 2004, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. Sentencia C-100 de 2005, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia C-422 de 2005, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional. Sentencia C-736 de 2007, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia C-697 de 2008, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia C-133 de 2009, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional. Sentencia C-352 de 2009, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia C-354 de 2009, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional. Sentencia C-486 de 2009, M.P.: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia C-432 de 2010, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional. Sentencia C-537 de 2010, M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional. Sentencia C-640 de 2010, M.P.: Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional. Sentencia C-819 de 2010, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia C-186 de 2011, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional. Sentencia C-263 de 2011, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia, 6 de junio de 1997, C.P.: Delio Gómez Leyva, rad. 76001-23-31-000-1997-08298-01.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia, 17 de septiembre de 1999, C.P.: Germán Ayala Mantilla, exp. 9404.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia, 7 de octubre de 1999, C.P.: Daniel Manrique Guzmán, exp. 9529.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia, 22 de enero de 2002, C.P.: Germán Ayala Mantilla, rad. P1014811001-03-15-000-2001-0148-01(P1).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia, 24 de julio de 2003, C.P.: Ligia López Díaz, rad. 25000-23-24-000-1999-00481-01(13619).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia, 18 de septiembre de 2003, C.P.: Ligia López Díaz, rad. 13353.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia, 28 de enero de 2010, C.P.: María Claudia Rojas Lasso, rad. 25000-23-24-000-2001-00364-01.

Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para Funciones Jurisdiccionales. Sentencia, 8 de enero de 2013, exp. 2012-0084.

CONCEPTOS Y RESOLUCIONES

Superintendencia Financiera de Colombia, Concepto 200085528-0 de 2000.

Superintendencia Financiera de Colombia, Concepto 2011075536-001 de 2011.

Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 00043577 de 2000.

Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 00086127 de 2000.

Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 01001016 de 2001.

Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 01079812 de 2001.

Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 01043402 de 2001.

Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 01064306 de 2001.

Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 02067622 de 2002.

Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 03018596 de 2003.

Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 11130722 de 2011.

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 27263 de 1999.

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 2217 de 2000.

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 2219 de 2000.

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 25559 de 2002.

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 8328 de 2003.

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 13820 de 2004.

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 6839 de 2010.

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 14749 de 2010.

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 44649 de 2010.

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 26255 de 2011.

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 37790 de 2011.

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 35696 de 2012.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-15430 de 1998.

Superintendencia de Valores, Resolución 400 de 1995.