

Derecho de la competencia y del consumo

Mauricio Velandia

Derecho de la competencia y del consumo

**Competencia desleal; abuso de la posición
de dominio; carteles restrictivos; actos
restrictivos; integraciones económicas
y protección al consumidor**

2.^a edición

Universidad Externado de Colombia

ISBN 978-958-710-693-0

© 2011, **MAURICIO VELANDIA**
© 2011, **UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA**
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57 1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: agosto de 2008
Segunda edición: mayo de 2011

Diseño de carátula: Departamento de Publicaciones
Composición: David Alba
Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

*Dedicado a doña Fanny y a don Hugo,
mis Yoguis...*

CONTENIDO

| | |
|--|----|
| PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN | 19 |
| PRESENTACIÓN | 21 |
| INTRODUCCIÓN | 23 |
| LIBRO PRIMERO | |
| DAÑO AL MERCADO | 25 |
| I. Ineludible combinación de temas | 25 |
| II. Economía | 26 |
| A. Definición | 26 |
| B. Clasificación | 27 |
| C. Demanda | 27 |
| D. Oferta | 29 |
| E. Mercados de los productos | 31 |
| F. Estructuras de mercado | 32 |
| G. Competencia perfecta | 32 |
| H. Monopolio | 33 |
| I. Competencia imperfecta | 33 |
| III. Mercado | 34 |
| A. Definición | 34 |
| B. Etapas | 35 |
| IV. Derecho y responsabilidad | 37 |
| A. Estructura de responsabilidad civil | 39 |
| B. Estructura de responsabilidad en el Derecho administrativo sancionador | 41 |
| v. Mezcla de temas | 43 |

| | |
|---|-----|
| LIBRO SEGUNDO | |
| DERECHO DE LA COMPETENCIA | 49 |
| I. Concepto económico de competencia | 49 |
| II. Clasificación jurídica del derecho de la competencia | 54 |
| PRIMERA PARTE | |
| PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRINGIDAS | 55 |
| CAPÍTULO PRIMERO | |
| ESTRUCTURA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA (PRINCIPIOS PENALES ANTIJURÍDICO, TÍPICO Y CULPABLE) Y CIVIL (DAÑO, CULPA O DOLO Y NEXO CAUSAL) DE UNA PRÁCTICA COMERCIAL RESTRINGIDA | |
| | 57 |
| I. Bien tutelado | 57 |
| II. Responsabilidad | 59 |
| III. Estructura de responsabilidad sancionatoria administrativa por una práctica comercial restringida | 60 |
| IV. Estructura de responsabilidad civil por prácticas comerciales restringidas | 68 |
| V. Indemnización de perjuicios | 70 |
| CAPÍTULO SEGUNDO | |
| COMPORTAMIENTO SIGNIFICATIVO Y MERCADO RELEVANTE (ANTI JURIDICIDAD) | |
| | 75 |
| I. Antijuridicidad: que sea significativo. afectación cierta al interés tutelado | 75 |
| A. Libertad de entrada de las empresas al mercado | 76 |
| B. Libertad de escogencia del consumidor | 85 |
| C. Eficiencia del aparato productivo nacional | 90 |
| II. Antijuridicidad dentro del mercado relevante | 93 |
| III. Causas excluyentes de la antijuridicidad | 101 |
| IV. Casos donde se debe definir el mercado relevante | 103 |
| CAPÍTULO TERCERO | |
| SUPUESTOS FÁCTICOS DE PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRINGIDAS (TIPICIDAD) | |
| | 105 |
| I. Supuestos fácticos restrictivos | 105 |

CAPÍTULO CUARTO

| | |
|---|-----|
| TIPICIDAD DE LOS ACUERDOS Y/O CARTELES RESTRICTIVOS | 109 |
| I. Concepto de acuerdos y carteles | 109 |
| II. Clasificación doctrinal | 109 |
| III. Clasificación legal de los acuerdos | 111 |
| IV. Vehículo conductor del cartel | 113 |
| V. Dos o más empresas | 122 |
| VI. Restricciones por objeto o por efecto | 125 |
| VII. Supuestos ilegales de acuerdos y cartelización | 127 |
| A. Prohibición general de carteles o acuerdos | 127 |
| B. Acuerdo restrictivo de precios | 131 |
| C. Acuerdos restrictivos de condiciones de venta | 135 |
| D. Acuerdos restrictivos de comercialización discriminatoria | 138 |
| E. Acuerdos restrictivos de repartición de mercados | 141 |
| F. Acuerdo de asignación de cuotas | 146 |
| G. Acuerdos de reducción de oferta | 149 |
| H. Acuerdos restrictivos de ventas atadas o subordinadas | 151 |
| I. Acuerdos colusorios en licitaciones | 156 |
| J. Acuerdos restrictivos de limitación en desarrollos técnicos | 160 |
| K. Acuerdos restrictivos sobre fuentes de abastecimiento de materias primas | 162 |
| L. Acuerdo para impedir acceso a los mercados | 162 |

CAPÍTULO QUINTO

| | |
|---|-----|
| TIPICIDAD EN EL ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO DE MERCADO | 165 |
| I. Introducción al abuso de la posición de dominio de mercado | 165 |
| II. Posición de dominio en un mercado relevante | 166 |
| A. Legalidad de la posición de dominio | 169 |
| B. Posición de dominio individual o conjunta | 171 |
| III. Métodos para determinar la existencia de posición de dominio | 172 |
| A. Método estructural | 172 |
| B. Método conductista | 173 |

| | |
|--|-----|
| C. Método de dependencia | 174 |
| D. Método del monopolista hipotético | 175 |
| IV. Abuso de la posición de dominio | 177 |
| V. Supuestos ilegales de abuso de la posición de dominio | 179 |
| A. Abuso de venta por debajo de costos | 179 |
| B. Abuso por mercados subsidiados | 181 |
| C. Abuso por discriminación | 183 |
| D. Abuso por ventas subordinadas | 185 |
| VI. Prohibición general de abuso de la posición de dominio | 186 |
| VII. Legítima defensa del que ostenta posición de dominio | 188 |
| VIII. Mercado relevante | 188 |
| IX. Diferencia entre posición de dominio contractual y posición de dominio de mercado | 190 |
| X. ¿Se puede abusar de la posición de dominio en un mercado donde no se ostenta posición de dominio? | 192 |

CAPÍTULO SEXTO

| | |
|---|-----|
| TIPICIDAD DE LOS ACTOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA | 195 |
| I. Actos restrictivos | 195 |
| II. Supuestos ilegales de los actos restrictivos | 196 |
| A. Publicidad engañosa que afecta al mercado | 196 |
| B. Influencia a celebrar un acuerdo de precios | 198 |
| C. Negativa a la venta y discriminación como consecuencia de la política de precios | 199 |

CAPÍTULO SÉPTIMO

| | |
|---|-----|
| CULPABILIDAD O DOLO DENTRO DE UN COMPORTAMIENTO RESTRICTIVO DE LA COMPETENCIA | 201 |
|---|-----|

CAPÍTULO OCTAVO

| | |
|---|-----|
| OPINIÓN FINAL ACERCA DE LA ESTRUCTURA DE UN JUICIO DE RESPONSABILIDAD NECESARIA PARA DEFINIR LA EXISTENCIA DE UNA PRÁCTICA COMERCIAL RESTRICTIVA, DE ACUERDO CON EL SISTEMA DE DERECHO CONTINENTAL IMPERANTE EN LATINOAMÉRICA | 207 |
| I. Reseña a las dos clases de sistemas: <i>civil law</i> y <i>common law</i> | 209 |
| II. Régimen de responsabilidad dentro del <i>civil law</i> | 210 |

| | |
|---|-----|
| A. Estructura de responsabilidad en el Derecho administrativo sancionador | 213 |
| B. Estructura de responsabilidad dentro de un juicio civil como consecuencia de falsear la competencia | 218 |
| CAPÍTULO NOVENO | |
| CONCENTRACIONES JURÍDICO-ECONÓMICAS | 223 |
| I. Introducción | 223 |
| II. Marco constitucional | 224 |
| III. Marco empresarial | 228 |
| IV. Definición de concentración jurídico-empresarial | 229 |
| V. Parámetro subjetivo | 231 |
| VI. Parámetro objetivo | 236 |
| VII. Parámetro temporal | 239 |
| VIII. Situaciones que deben ser avisadas | 241 |
| IX. Operaciones en el extranjero | 242 |
| X. Operaciones entre mercados territoriales diferentes | 243 |
| XI. Operaciones entre mercados sustitutos | 244 |
| XII. Venta de marcas | 244 |
| XIII. Contratos de colaboración | 245 |
| XIV. Entidades competentes para conocer del trámite | 246 |
| XV. Trámite ante la superintendencia de industria y comercio | 248 |
| XVI. Causales de objeción | 254 |
| A. Primera causal de objeción: la concentración restringe indebidamente la competencia | 255 |
| 1. La concentración viene precedida de acuerdos | 256 |
| 2. La concentración genera posición de dominio | 256 |
| B. Segunda causal de objeción: no se suministraron las informaciones suficientes | 259 |
| XVII. Excepción de eficiencia | 260 |
| XVIII. Condicionamientos | 262 |
| XIX. Nulidad absoluta por falta de aviso previo del negocio jurídico cuya consecuencia es una concentración empresarial | 264 |
| XX. Desintegración por orden estatal | 264 |

CAPÍTULO DÉCIMO

RELACIONES VERTICALES.

| | |
|---|-----|
| CONFLICTOS EN LA DISTRIBUCIÓN | 267 |
| I. Introducción | 267 |
| II. La distribución como un concepto de marketing | 268 |
| III. Aplicación de las normas de competencia en contratos típicos y atípicos | 272 |
| IV. Restricciones verticales entre productor y distribuidor | 275 |
| A. Fijación del precio de reventa | 275 |
| B. Exclusividad de territorio y producto | 279 |
| V. Autorización voluntaria previa y exenciones | 283 |
| VI. Riesgos por fuera del contrato | 284 |
| VII. Experiencia internacional | 286 |

CAPÍTULO UNDÉCIMO

| | |
|---|-----|
| AYUDAS ESTATALES | 291 |
| I. Noción de ayuda estatal | 291 |
| II. Ayuda estatal dentro de un mismo país | 296 |

CAPÍTULO DECIMOSEGUNDO

| | |
|---|-----|
| AGOTAMIENTO DE MARCA, COMERCIO PARALELO Y SU RELACIÓN CON LAS PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS | 299 |
| I. La marca | 299 |
| II. Preliminar de competencia | 300 |
| III. Prohibiciones que se deben tener en cuenta para el desarrollo de este capítulo | 303 |
| IV. Agotamiento de marca | 305 |
| V. Análisis económico | 306 |
| VI. La regulación | 307 |
| VII. Algunos problemas | 309 |
| VIII. Asociación de temas | 311 |

CAPÍTULO DECIMOTERCERO

| | |
|----------------------------|-----|
| CLÁUSULA DE NO COMPETENCIA | 315 |
|----------------------------|-----|

| | |
|---|-----|
| CAPÍTULO DECIMOCUARTO | |
| PROCESO Y TRÁMITE PARA ADELANTAR UNA | |
| INVESTIGACIÓN ADMINISTRATIVA POR UNA PRÁCTICA | |
| COMERCIAL RESTRICTIVA | |
| | 319 |
| I. Proceso administrativo | 319 |
| II. Figuras procesales especiales propias del trámite | 326 |
| A. Ofrecimiento de garantías | 326 |
| B. Medidas cautelares | 330 |
| C. Delación | 332 |
| D. Doctrina probable | 334 |
| E. Caducidad | 334 |
| F. Conciliación de daños de intereses particulares | 335 |
| | |
| CAPÍTULO DECIMOQUINTO | |
| COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DE ARBITRAMENTO | |
| PARA CONOCER DE UNA PRÁCTICA COMERCIAL RESTRICTIVA | |
| | 337 |
| | |
| CAPÍTULO DECIMOSEXTO | |
| RÉGIMEN DE COMPETENCIA EN MATERIA DE TECNOLOGÍAS | |
| DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES –TIC– | |
| | 343 |
| I. Aplicación del régimen de | |
| competencia en materia de TIC | 343 |
| II. Entidades competentes para juzgar | 343 |
| III. Normas de competencia aplicables | 344 |
| IV. Entidades competentes para regular | 345 |
| V. Comportamientos restrictivos del Estado | 347 |
| VI. Mercados relevantes en telecomunicaciones | 348 |
| | |
| SEGUNDA PARTE | |
| COMPETENCIA DESLEAL. | |
| AFECTACIÓN O APROVECHAMIENTO | |
| INDEBIDO DE LA COMPETITIVIDAD | |
| | 353 |
| | |
| CAPÍTULO PRIMERO | |
| ESTRUCTURA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y CIVIL | |
| | 355 |
| I. Bien tutelado | 355 |
| II. Responsabilidad | 360 |
| III. Estructura de responsabilidad civil | |
| para comportamientos anticoncurrenciales | 361 |

| | |
|--|-----|
| IV. Estructura de responsabilidad sancionatoria administrativa para comportamientos anticoncurrenaciales | 363 |
|--|-----|

CAPÍTULO SEGUNDO

CONFIGURACIÓN DE UN COMPORTAMIENTO

QUE AFECTA LA COMPETITIVIDAD O SE APROVECHA INDEBIDAMENTE DE ELLA

| | |
|---|-----|
| I. Adecuación normativa: elementos | 365 |
| II. Primer elemento: legitimación | 367 |
| A. Acciones | 368 |
| B. Legitimación activa | 369 |
| C. Legitimación pasiva | 372 |
| III. Segundo elemento: presupuestos de aplicación | 372 |
| A. Ámbito subjetivo de aplicación | 373 |
| B. Ámbito objetivo de aplicación | 375 |
| C. Ámbito territorial de aplicación | 377 |
| IV. Tercer elemento: supuestos fácticos de deslealtad | 378 |
| A. Prohibición general enmarcada en el abuso de derecho | 379 |
| B. Acto desleal de confusión | 381 |
| C. Acto desleal de engaño | 381 |
| D. Acto desleal de descrédito | 383 |
| E. Acto desleal de desorganización | 384 |
| F. Actos desleales de comparación | 385 |
| G. Actos de deslealtad por violación de normas | 387 |
| H. Actos desleales de imitación | 389 |
| I. Acto de deslealtad por explotación de la reputación ajena | 391 |
| J. Acto desleal por violación de secretos | 393 |
| K. Actos de deslealtad por inducción a la ruptura contractual | 395 |

CAPÍTULO TERCERO

| | |
|--|-----|
| DESLEALTAD Y SIGNOS DISTINTIVOS | 397 |
| I. Signos distintivos y competencia | 397 |
| II. Consecuencia de mercado por uso de signos | 399 |
| III. Acciones de competencia desleal por uso de signo distintivo | 399 |

CAPÍTULO CUARTO

ASPECTOS PROCESALES ESPECIALES

| | |
|--|-----|
| DE LA LEY DE DESLEALTAD | 407 |
| I. Jurisdicción administrativa y civil por comportamientos desleales | 407 |
| II. Competencia territorial del juez | 410 |
| III. Diligencias preliminares de comprobación | 410 |
| IV. Prescripción de la acción civil y caducidad de la sanción administrativa | 413 |
| V. Medidas cautelares | 414 |
| A. Medidas cautelares de trámite preferente por existir peligro grave e inminente | 414 |
| B. Medidas cautelares de trámite ordinario | 417 |

LIBRO TERCERO

| | |
|---------------------|-----|
| DERECHO DEL CONSUMO | 419 |
|---------------------|-----|

CAPÍTULO PRIMERO

ANÁLISIS ECONÓMICO, RÉGIMEN

| | |
|--|-----|
| DE RESPONSABILIDAD Y ACCIONES | 421 |
| I. Introducción | 421 |
| II. Análisis económico | 422 |
| A. Enfrentamiento entre oferta y demanda | 422 |
| B. Asimetría de la información: profesional <i>vs.</i> lego | 423 |
| C. Legítima expectativa | 423 |
| D. Tendencias económicas del consumidor | 424 |
| III. Análisis jurídico | 426 |
| IV. Consumidor | 426 |
| V. Acciones del consumidor | 428 |
| VI. Acción de información engañosa | 428 |
| A. Qué es la información | 429 |
| B. Lo que se protege | 430 |
| C. Información engañosa | 432 |
| D. Forma de protección del Derecho | 434 |
| E. Desarrollo de la acción y estructura de responsabilidad | 434 |
| VII. Acción de efectividad en la garantía | 435 |
| A. Producto defectuoso | 436 |

| | |
|--|-----|
| B. Información engañosa | 438 |
| C. Las fallas | 438 |
| D. Protección del Derecho y acciones | 438 |
| E. Responsabilidad | 440 |
| VIII. Competencia de un tribunal de arbitramento para conocer asuntos de consumidor | 442 |
| IX. Erosión al Derecho civil | 443 |
| X. Alternativas de acciones y procesos | 444 |
| | |
| CAPÍTULO SEGUNDO | |
| RÉGIMEN PUBLICITARIO | 445 |
| I. Régimen publicitario | 445 |
| A. Régimen de competencia desleal | 446 |
| B. Régimen de protección al consumidor | 448 |
| C. Prácticas comerciales restrictivas | 449 |

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

La segunda edición de este libro nace debido a dos razones fundamentales: la primera, como consecuencia de la expedición de una nueva ley que contiene cambios en ciertos temas tratados en la primera edición de este libro y, la segunda, en la medida en que la parte procesal de los temas sustancialmente tratados en la primera edición no se encontraba incluida en el libro.

De igual manera, existe un cambio de posición respecto de algunos tópicos dejando fluir la interpretación de la ley de acuerdo a los cambios sociales.

Ya próximo a culminar esta complementación, dentro del trasegar profesional conocí a THOMAS B. LEARY, un hombre de más de 70 años, quien en algún momento de su carrera se desempeñó como Presidente de la Federal Trade Commission de Estados Unidos, más precisamente en la administración del Presidente CLINTON. Aprovechando la oportunidad de la noche donde él fue premiado por la comunidad profesional del Derecho de la competencia, cobijada mundialmente por la *Global Competition Review*, adelanté la siguiente conversación con él, al extremo de un salón:

–Mauricio: Señor Thomas, con su experiencia, ¿podría darme usted una definición de Derecho de la competencia?

–Thomas: (sonriendo) Las empresas tienen el derecho de hacer negocios. Dicho derecho lo tienen tanto las empresas grandes como las que hasta ahora comienzan. Entonces, de

lo que se trata es de crear un escenario donde las personas o empresas con un verdadero “talento” tengan la oportunidad de hacerlo exitosamente, sin que nadie se oponga.

Medellín, 15 de febrero de 2011

PRESENTACIÓN

En el año 2007 tuve la fortuna de tomarme un año sabático en la ciudad de Londres. Esto sucedió cuando tenía 37 años. Es decir, a la mitad de mi vida. Londres me dio tranquilidad conmigo mismo y con la vida. Me permitió percibir que la vida sólo es una y que es larga y no corta, basta con ver qué pasa en la vida de cada uno año tras año y qué tanto tenemos para contar.

A lo largo de ese tiempo de reflexión decanté lo hecho y lo no hecho. Así, pensé acabar mi libro allá. Pero la ciudad de Londres me ganó, por fortuna, porque nunca me hubiera perdonado restarles tiempo a esas experiencias, sentado en una escalera de la calle, con café en mano, viendo pasar todas las culturas del mundo a mi lado.

Una vez culminado mi sabático, me acerqué a mi casa de estudios, la Universidad Externado de Colombia, que siempre me acoge con cariño, y estando allí, frente a mi rector, la expresión fue de admiración. Y tuve que reconocerle, cara a cara, que después de mi sabático, tengo claro que en Colombia estudié en una universidad con corte europeo, principalmente francés, donde se pregona la libertad de pensamiento y se practica la tolerancia hacia el otro. Eso lo llevo ya en mi subconsciente, que es más profundo que el consiente.

Muchas gracias a mi casa de estudios, con la que estaré siempre agradecido, así como con mi maestro FERNANDO HINESTROSA.

A aquellos con quienes he tenido oportunidad de compartir momentos académicos y a quienes sin pasión lean este libro: ánimo, confianza en sí mismos, perseverancia, seguridad y relatividad, sin dejar de pensar que todos somos de carne y hueso, y que la verdad no existe, existen argumentaciones lógicas que convencen, y lo que no sepan, dedúzcanlo por lógica; además, todo depende.

Un abrazo,
M. V. [www.mauriciovelandia.com]
Medellín, 15 de febrero de 2008

INTRODUCCIÓN

A fin de brindar separación y claridad en los temas tratados, esta obra se divide en tres grandes libros: I. “Daño al mercado”; II. “Derecho de la competencia”; y III. “Derecho del consumo”.

El libro primero, denominado “Daño al mercado”, es básico, fundamental e indispensable para el entendimiento de la totalidad del tema, ya que contiene la esencia de la regulación atinente a la competencia y al consumo bajo la óptica de responsabilidad. Allí se explica la interrelación entre la economía, el *marketing* y la responsabilidad civil y administrativa, dando una definición de que quien dañe con culpa el mercado es responsable.

El libro segundo se compone de dos partes. La primera parte relata opiniones acerca de las prácticas comerciales restrictivas bajo el ropaje del daño. En tal sentido, se expresa la adecuación normativa y la tipificación compleja de las normas antimonopolio, definiendo cada supuesto. En el mismo sentido, se tratan temas particulares cercanos a esta materia, inclusive el procedimiento en las investigaciones administrativas y en los juicios civiles que se adelanten al respecto. La segunda parte de este libro contiene opiniones en materia de competencia desleal también bajo la óptica del daño. En ese orden se describen los supuestos de deslealtad, las acciones de perjuicio y amenaza, así como los presupuestos de deslealtad y la cercanía del tema con la

propiedad industrial. Por último, la descripción de figuras procesales propias del juicio atinente al tema.

El tercer libro contiene opiniones acerca del derecho del consumo. Se explican las bases económicas de esta regulación, las cuales permiten definir cómo el Derecho administrativo se inmiscuye en el Derecho comercial. Para darle una visión general al tema, se tratan las acciones más relevantes mediante las cuales se protege al consumidor.

LIBRO PRIMERO DAÑO AL MERCADO

I. INELUDIBLE COMBINACIÓN DE TEMAS

La economía, el mercado y el Derecho cada vez se encuentran más unidos. Son materias que guardan un parentesco, lo cual significa que cada materia no es más que la otra. Son de igual importancia en el andar de las relaciones humanas.

La economía, una ciencia que en nuestro sentir contiene la crudeza de la escasez, la generosidad y la dirección del Estado.

El mercado representa el esfuerzo por ofrecer, por vender, girando en torno a un producto, a su precio y a su distribución.

El derecho, a mi modo de ver, es la reproducción de la razón, de la inteligencia del hombre para el hombre. Son sus reglas, equivocadas o no. Es su juicio de responsabilidad basada en el deber ser.

La economía se desarrolla en virtud de la escasez y la abundancia. Se pretende la prosperidad trabajando para el bienestar común intercambiando bienes. Sin embargo, en la búsqueda de ese bienestar pueden presentarse comportamientos de terceros que afecten el intercambio de bienes, obteniendo con ello un enriquecimiento injustificado. Es así como entran en interacción la economía, el mercado y el derecho. Nace así un marco normativo que castiga el daño a la economía y al mercado. Es decir, un juicio de respon-

sabilidad por el comportamiento de un tercero que causa una afectación a la economía o al mercado, e inclusive al patrimonio privado.

En un principio es ineludible referirnos por separado a cada una de las materias comprometidas para entender el bien tutelado, es decir, tanto al mercado como a la economía, para después definir un daño a ese bien tutelado causado por el comportamiento de un tercero; hacer juicios de responsabilidad por dañar a la economía y al mercado.

Para adelantar dicha unión e intercepción de temas es necesario analizar la temática de cada uno, conceptualizar, opinar, para así desarrollar su entendimiento, pues la lectura de este libro requiere ligar los tres temas (mercado, economía y derecho), ya que serán utilizados con frecuencia.

II. ECONOMÍA

A. Definición

La economía estudia las formas de asignar los recursos escasos¹. Algunos han definido la economía como la ciencia de la elección.

La economía estudia la forma como los individuos deciden utilizar los recursos productivos escasos o limitados (el trabajo, el equipo y los conocimientos técnicos) para producir los diversos bienes (como trigo, abrigos, conciertos y alimentos) y distribuirlos para su consumo. La economía es el estudio del dinero, la banca, el capital y la riqueza.

1 HOMERO CUEVAS. *Fundamentos de la economía de mercado*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 37.

B. Clasificación

La economía a su vez se divide en dos grandes ramas: la macroeconomía, que estudia el funcionamiento de la economía en su conjunto, y la microeconomía que analiza componentes específicos, como las industrias, las empresas y las economías domésticas.

La microeconomía examina la conducta de cada una de las partes de la economía como mercados, los cuales a su vez son estudiados de forma particular. La macroeconomía tiene un lente más amplio, pues analiza la producción, la inflación, la comparación regional, las divisas, las aceleraciones, los estancamientos, etc.².

Para el asunto que nos ocupa, solo analizaremos la microeconomía, detectando más adelante comportamientos que dañan el desarrollo normal de las partes o sectores de la economía entendidos como componentes específicos.

Dentro del estudio microeconómico cobran vigencia e importancia tres puntos en especial: la demanda, la oferta y el mercado de los productos.

C. Demanda

Demanda indica la cantidad de un producto que el consumidor está dispuesto y puede comprar a cada uno de los posibles precios en determinado lapso. Es importante resaltar que la demanda está relacionada inversamente con el precio, por ello, a mayor precio, menor demanda³.

Demanda no es lo mismo que necesidad o que deseo. Para satisfacer la necesidad se requiere contar con el dinero suficiente que permita acceder al producto. Las personas

2 WILLIAM A. McEACHERN. *Microeconomía. Una introducción contemporánea*, 4.^a ed., México, Internacional Thomson, 1998, p. 142.

3 WALTER NICHOLSON. *Microeconomía intermedia y sus aplicaciones*, 8.^a ed., Bogotá, McGraw Hill, 2001, p. 57.

que cuentan con el dinero requerido para adquirir hacen parte de la demanda. Si no se cuenta con el dinero requerido para la compra no se hace parte de la demanda.

Sin perjuicio de que el precio es el principal factor para medir la demanda, existen factores que influyen también para hacer esa medición:

Cambios en el ingreso del consumidor, puesto que en el supuesto de que el ingreso del consumidor aumente, éste tendrá la posibilidad de comprar mayor cantidad de bienes. Para que esto ocurra, el valor de los productos debe permanecer constante.

Cambios en los precios de bienes relacionados. Los bienes relacionados son aquellos que pueden sustituir la demanda de otro. De tal suerte que se pueden sustituir unos bienes por otros cuando el precio resulta medianamente similar y otorgan la misma satisfacción de necesidades. Jugo y refrescos son sustitutos, pues ante el aumento del precio de los refrescos algunos se trasladarán a jugo (elasticidad de la demanda). De esta forma, el precio de los bienes relacionados hace también cambiar los hábitos de la demanda.

Cambios en la expectativa del consumidor: consisten en las predicciones que tiene el consumidor. Así, si dentro de sus aspiraciones laborales él supone un aumento de sueldo, comprará mayor cantidad de bienes basado en esa suposición. También cuando supone que los precios van a subir: entonces comprará en cantidad a menor precio, con lo que neutraliza el alza. Lo anterior lleva al aumento de demanda basado en expectativas.

Cambios en el número de consumidores, lo cual puede ser producto de un aumento en la población, pues en este caso el número de personas que buscarán satisfacer la necesidad cambia respecto de la producción.

Cambios en los gustos del consumidor: esto tiene relación con el agrado o desagrado. Los dos dependen de las preferencias que tengan los segmentos económicos. Sin embargo, el gusto es una variable que generalmente se mantiene constante. La

información nueva acerca de productos antiguos es la principal causa de hábitos: por ejemplo, los productos a los que se les descubre colesterol llevan al cambio de preferencia.

Culminada la explicación de los factores que influyen en la demanda, vale la pena indicar cómo es el comportamiento habitual de la misma, a fin de determinar cuándo un daño a la demanda es consecuencia del comportamiento de un tercero:

De la demanda hacen parte los consumidores, quienes tienen necesidades que desean satisfacer. A su vez los consumidores reciben un ingreso periódico llamado sueldo, jornal, mesada, etc., con el cual podrán satisfacer sus necesidades. Pero, al observar los consumidores que el ingreso que reciben no es suficiente para satisfacer todas sus necesidades, nace para ellos una restricción presupuestal, que no es más que el reconocimiento de que su ingreso no alcanza para adquirir todo lo que desean, teniendo así que renunciar a la satisfacción de algunas de sus necesidades, quedándose con las prioritarias. Al querer satisfacer una de esas necesidades prioritarias, encuentran que el mercado ofrece diferentes marcas o productos y, de acuerdo con la definición subjetiva de sus necesidades, escogerán la marca de su predilección, libres de cualquier patología de terceros que les impida ejercer su preferencia, en otras palabras, en ejercicio de su libertad de escogencia.

D. Oferta

La oferta es la relación entre el precio y la cantidad ofrecida. La oferta indica qué tantos bienes el productor está dispuesto y puede ofrecer a la venta por periodo a cada uno de los precios posibles. Al igual que la demanda, la oferta guarda una relación con el precio de los bienes. Así, a más bajo precio menor es la cantidad ofrecida, así como a mayor precio mayor será la cantidad ofrecida. Los pro-

ductores tienden a ofrecer más bienes para la venta cuando el precio es mayor⁴.

Entonces, si el precio aumenta, los productores estarán dispuestos a ofrecer más. Al mismo tiempo aumenta la oportunidad de negocio, ya que según el costo de oportunidad de este negocio, permitirá obtener un mejor retorno respecto de otros.

Es necesario diferenciar la oferta de mercado con los bienes ofrecidos. La oferta de mercado es el valor promedio de los bienes, en tanto que el concepto de bienes ofrecidos corresponde a la cantidad de unidades disponibles.

Aparte de la variable del precio para los cambios de la oferta, existen otras variables importantes para que ésta se modifique:

El *cambio en la tecnología*, ya que hace más eficiente la operación. En tal sentido, las empresas producen a menores costos lo cual se ve reflejado en el precio; así pueden producir y vender más bienes aumentando su utilidad por volumen.

El *cambio en los precios de los recursos relevantes*, es decir, de los insumos. De tal suerte que la oferta aumenta si los costos de los insumos bajan, y en sentido contrario: si los costos de los insumos suben, la oferta baja. En conclusión, el valor de los insumos tiene un efecto en la oferta.

El *cambio en los precios de bienes alternativos*: está relacionado con el costo de oportunidad. En tal medida, si la utilidad que reporta el negocio no es alta y existen otros negocios que reportan una mejor oportunidad, la oferta se desplazará hacia el negocio más rentable, dejando de producir en el anterior.

Los *cambios en las expectativas del productor*, ya que en su horizonte puede intuir el aumento de precios en el futuro dejando de ofertar esperando el futuro de su expectativa.

4 Ídem.

En el mismo sentido, si la expectativa es que el precio baje en futuro, podría generar un desplazamiento de los recursos hacia otro sector.

El *cambio en el número de productores*, puesto que en la medida en que aumente o disminuya el número también aumentará o disminuirá la cantidad de bienes ofrecidos.

Mencionados algunos factores que participan en la formación de la demanda, se señala ahora el desarrollo habitual de la oferta, a fin de detectar posteriormente si el comportamiento de un tercero es causa de su daño a la oferta.

De la oferta hacen parte las empresas, quienes son las encargadas de proponer negocios, satisfaciendo necesidades de los consumidores. Dicho proceso de oferta requiere de una inversión en dinero por parte de las empresas, a cambio de lo cual, la Nación les brinda un entorno jurídico de protección a la inversión. Bajo ese entorno las empresas son libres de escoger qué producto o servicio ofrecerán; cómo venderán esos productos, es decir, bajo qué condiciones; cuándo los pondrán a la venta, en circunstancias de tiempo; y dónde adelantarán su actividad, en otras palabras, el territorio donde sentarán su negocio. Ninguna persona puede limitar los derechos que tiene cualquier empresa de elegir un mercado: esto es lo que se conoce como libertad de entrada, libertad de empresa o libertad empresarial.

E. Mercados de los productos

El mercado de los productos se constituye cuando existen compradores y vendedores. Los primeros pagan un precio y los segundos lo reciben. Nace acá un conflicto que se resuelve en el mercado.

Mercado es el lugar geográfico donde se cruzan las empresas interesadas en ofrecer un producto con los sujetos económicos interesados en satisfacer sus necesidades, es

decir, donde se adquiere un bien o servicio a cambio de un precio⁵.

Dentro de un mercado se encuentran interactuando: 1. Sujetos de la oferta, como son las empresas; 2. Sujetos de demanda, adquirentes y consumidores; 3. Un territorio; 4. Los bienes objeto de la relación negocial.

El desarrollo de estas variables es una constante en todos los ciclos de la cadena de mercado.

F. Estructuras de mercado

La estructura de mercado describe las características importantes de un segmento, como el número de empresas que lo integran, la uniformidad del producto entre las distintas empresas, factibilidad de ingreso y tipos de competencia.

Las estructuras de mercado son: competencia perfecta, monopolio y competencia imperfecta⁶.

G. Competencia perfecta

La *competencia perfecta* se presenta cuando existen numerosos compradores y vendedores plenamente informados respecto de un producto homogéneo, sin ningún tipo de obstáculos para que las empresas ingresen o salgan a largo plazo. En otras palabras, cada vendedor tiene una porción pequeña del mercado, el producto es igual y no existen muchas diferencias entre uno y otro. No existe asimetría de la información, y todos tienen acceso fácilmente a las bondades del producto.

Al presentarse estas características, los participantes individuales no tienen control alguno sobre el precio, y éste es determinado por la oferta y la demanda. El mercado

5 CUEVAS. *Fundamentos de la economía de mercado*, cit., p. 308.

6 MCEACHERN. *Microeconomía. Una introducción contemporánea*, cit., p. 210.

establece el precio. La cantidad ofrecida por una empresa es tan pequeña que no influye en la determinación del precio de mercado.

La competencia perfecta es una estructura lejana en un mercado, resulta teórica.

H. Monopolio

Monopolio es una palabra de origen griego que significa "una sola empresa". Esta empresa se encuentra sola en el mercado y enfrenta toda la demanda. Al enfrentar sola toda la demanda decide qué cantidad de bienes producir; así, su voluntad es la que determina el precio.

Se presenta un monopolio cuando las empresas encuentran imposible entrar o cuando la rentabilidad del negocio no es atractiva, lo que es conocido como las barreras de entrada al mercado.

Existe un monopolio natural cuando las empresas grandes ya establecidas resultan más rentables, eficientes y productivas que las pequeñas que entran; de esta suerte, no existen condiciones favorables para competir con la ya establecida, lo cual no estimula la entrada o permanencia.

Se presenta monopolio legal cuando la regulación interna de un país adjudica un mercado a una empresa en especial, de modo que esta es la única que puede ofrecer productos, y los consumidores se ven obligados a comprarle solo a ella.

I. Competencia imperfecta

El modelo de competencia imperfecta se sitúa entre el modelo de competencia perfecta y el monopolio.

La primera variante se presenta en el modelo cuasicompetitivo o conocido como oligopolio. Dentro de esta estructura de mercado existe un número reducido de empresas cuyo comportamiento es interdependiente. Son pocas las empresas que dominan el mercado. Tres o cuatro empresas aportan

más de la mitad de la oferta. La oferta de cada oligopolista afecta la política de los demás competidores.

La segunda variante es el modelo de cartel. Dentro de este modelo las empresas coordinan sus decisiones para actuar como un monopolio de múltiples plantas. Los costos y las utilidades para todos los agentes económicos son los mismos. Las empresas no compiten y comparten los beneficios del monopolio. Esta estructura, sobra decirlo, es ilegal.

La tercera variante es el modelo de duopolio, En esta estructura de mercado sólo aparecen dos productores, los cuales compiten entre sí. La redistribución de cada competidor depende de la estrategia del otro competidor.

La cuarta variante es el monopsonio, situación en la cual una empresa es la única contratante de un determinado mercado de insumos.

III. MERCADO

A. Definición

Mercado es el lugar territorial en donde se cruzan las empresas interesadas en ofrecer un producto con los sujetos económicos interesados en satisfacer sus necesidades con la adquisición de ese bien o servicio.

Dentro de un mercado se encuentran interactuando sujetos de oferta, sujetos de demanda, un territorio, unos bienes objeto de la relación negocial y un precio. El desarrollo de estas variables es una constante que se presenta dentro de un ciclo a lo largo de la cadena de mercado. Son varias las etapas que deben ser recorridas para la configuración de un mercado⁷.

7 CUEVAS. *Fundamentos de la economía de mercado*, cit., p. 88.

B. Etapas

La primera etapa del mercado es 1. La de *libertad empresarial*. Dentro de esta etapa un empresario elige una actividad económica para desarrollarla. Para ello estudia el mercado identificando las barreras de entrada que existen en ese segmento. Observa el entorno del mercado, determina los competidores, las preferencias de los consumidores, el grado de especialidad de los productos, los sustitutos de los bienes, la procedencia empresarial, los costos, el precio de los competidores y la rentabilidad que le puede dar en un futuro el negocio⁸. En tal sentido, el empresario observa las oportunidades de negocio (tasa de interés de oportunidad) y escogerá la que más le reporte retorno (tasa interna de retorno).

En caso de no encontrar grandes barreras naturales o artificiales, el interesado decide hacer empresa en ese segmento. Entonces constituye una estructura jurídica a través de la cual ejercerá la actividad. Adquirirá materia prima procediendo a transformarla, implementándole tecnología y mano de obra, y obtiene por último productos terminados.

Culminado el proceso productivo se inicia 2. La *etapa de distinción*. Dentro de esta etapa el comerciante pretende que su estructura empresarial sea conocida así como sus productos. Para ello se bautiza a sí misma, y a sus productos con expresiones que solo ella podrá utilizar y sobre las cuales ostentará un monopolio dentro del segmento en que participe: será la única que podrá utilizar dichas expresiones. En esta etapa se hace referencia especial al nombre comercial y a la marca. La primera identifica al empresario y la segunda identifica al producto.

8 La teoría de lo lleno y lo vacío. Es más fácil entrar en lo que está vacío que en lo que está lleno (teoría de la cultura china).

Agotada la etapa dentro de la cual se obtiene el derecho sobre ciertas expresiones mediante las cuales serán conocidos la empresa y sus productos, se inicia 3. La *etapa de posicionamiento* en la cual el comerciante inicia las campañas publicitarias para hacer que el consumidor sepa de su existencia. Sin hacer uso de la publicidad el consumidor difícilmente sabría de la vida que otorgan los signos escogidos. Para ello, el empresario utiliza medios publicitarios a través de los cuales viajan mensajes publicitarios que son recordados al momento en que el consumidor quiera satisfacer su necesidad.

Una vez conocidos los productos por el mercado, se inicia de inmediato una 4. *Etapa de distribución*. En ese momento decide si adelanta esta labor a través de una red interna o con una red ajena a su empresa. En el primer caso son sus trabajadores quienes adelantan tal labor de promoción y venta. En el segundo caso son terceros ajenos a la empresa quienes ejercen tal función haciendo para su contratación uso de los múltiples negocios jurídicos y figuras que existen en nuestro régimen para crear mecanismos que permitan rápidamente responder a la demanda de los consumidores con intermediarios-asesores o con otras empresas bajo un simple sistema de reventa; así se constituye la cadena de distribución. En ese momento debe decidirse la forma del canal y su intensidad⁹.

La forma del canal depende del desarrollo de la empresa. Entre otros se encuentra la siguiente estructura del canal:

La conformación podrá ser:

- Fabricante - consumidor
- Fabricante - detallista - consumidor
- Fabricante - minorista - detallista - consumidor

9 WILLIAM STANTON, MICHAEL ETZEL y BRUCE WALKER. *Fundamentos de marketing*, 11.^a ed., México, McGraw Hill, 2000, pp. 122 a 140.

- Fabricante - mayorista - minorista - detallista - consumidor
- Fabricante - agente - mayorista - minorista - detallista - consumidor
- Fabricante - representante - agente - mayorista - minorista - detallista - consumidor

La cadena de valor termina con 5. La etapa del *momento de la verdad*, llamada también compraventa. Se denomina “momento de la verdad” ya que si la empresa no vende productos no obtendrá ingresos, y por ende no podrá repartir utilidades, sino que obtendrá pérdidas y estará destinada a desaparecer. Entonces debe convencer al consumidor a probar, y adicionalmente debe esperar que al consumidor le guste el producto, para así romper la fidelidad que tenía el comprador con una marca anterior. En el proceso de escogencia los consumidores observan las calidades y características de los bienes ofrecidos buscando una identidad entre lo ofrecido con lo escogido. La falta de identidad entre lo ofrecido y lo obtenido genera en el consumidor derechos para que éste pueda quedar satisfecho con su necesidad, lo cual se denomina efectividad de la garantía.

El proceso de mercado culmina cuando el consumidor se siente satisfecho con lo recibido, y es sano para el mercado la existencia de una multiplicidad de empresas oferentes, que generan con su presencia una variedad de bienes, servicios y precios.

Como se observa, a lo largo de la cadena del mercado existen múltiples etapas, desde el inicio de una empresa hasta que es entregado un producto al consumidor y éste obtiene una satisfacción, conjugando la oferta, la demanda, un producto y un territorio.

IV. DERECHO Y RESPONSABILIDAD

El Derecho romano-germánico, por ser un Derecho escrito, está compuesto a su vez por normas escritas.

Cada una de esas normas contiene unas hipótesis de comportamientos prohibitivos o permisivos. Esas hipótesis de comportamiento (supuestos fácticos) están compuestas por los denominados “elementos de la norma”, los cuales, al guardar identidad con un comportamiento humano, llevan de manera directa a una consecuencia jurídica.

La adecuación normativa comentada no es más que lo que se conoce por “tipicidad”. Sin embargo, en materia civil dicha adecuación entre norma y comportamiento humano solo conlleva a una consecuencia jurídica absoluta cuando el contenido de la norma indica que se trata de una “presunción de Derecho”, la cual, por definición legal, no admite prueba en contrario. Es decir, si en la norma se indica que se trata de una presunción de Derecho, la adecuación entre norma y comportamiento humano conlleva de manera absoluta y única a la consecuencia jurídica, por no admitirse prueba en contrario.

Pero si la norma dentro de su contenido no contiene dicha especificación de ser “presunción de Derecho”, se tiene que la adecuación entre norma y comportamiento humano no siempre conlleva a la consecuencia jurídica, pues dicha identidad admite prueba en contrario, la cual estará probatoriamente en cabeza de la parte demandada, quedándole solo la posibilidad de alegar que, no obstante la adecuación señalada, el comportamiento estudiado no afecta el bien tutelado salvaguardado por la norma.

Así, el juicio deja de ser sólo tipicidad y se convierte en un verdadero juicio de responsabilidad, probándose el daño, la culpa y el nexo causal; siendo lo más importante dentro del juicio definir cuál es el bien tutelado salvaguardado por la norma, pues la sola tipicidad no brinda seguridad de responsabilidad.

Es tan importante la definición de bien tutelado salvaguardado que puede ocurrir que, ante el daño a un bien tutelado, sin que exista una norma que lo prohíba, se hable de abuso

de Derecho. Dicho lo anterior, es necesario adelantar unas cortas notas acerca de responsabilidad.

Responsabilidad es la obligación de reparar el daño. Es la obligación de responder por sus actos. Es la sanción jurídica de comportamientos¹⁰.

Teniendo en cuenta que dentro del Derecho de la competencia se presenta una vulneración administrativa y una vulneración civil, se hace necesario definir algunos aspectos de una y otra responsabilidad, para que así, al llegar a tratar los temas pueda apreciarse la estructura de responsabilidad cuando se afecte el bien jurídico tutelado para uno y otro caso.

A. Estructura de responsabilidad civil

La responsabilidad civil está basada en la reparación del daño¹¹. Las fuentes de este tipo de responsabilidad son el contrato, el delito y cuasidelito y la ley. La primera fuente agrupa el estudio de la responsabilidad civil contractual, en tanto que las dos siguientes fuentes hacen parte de la responsabilidad civil extracontractual. En cada una de ellas se desarrolla la tesis objetiva y subjetiva de responsabilidad.

Dentro de la teoría subjetiva cobra vigor el elemento doloso o culposo, es decir la intención y voluntad del responsable en el desarrollo del comportamiento. Para su configuración se requiere la presencia de tres elementos como son: el daño, el dolo o culpa grave y el nexo causal entre los dos.

Dentro de esta clase de responsabilidad se observa el comportamiento de quien causó el daño, la diligencia y

10 FERNANDO HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 182 a 194.

11 RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ. *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Civitas, 1993, p. 127.

previsión que se tuvo en su ejecución, así como la antijuridicidad del mismo.

La relación causal se rompe por la diligencia y prudencia, así como por la causa extraña, es decir, caso fortuito o fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima o hecho de un tercero¹².

| | |
|-----------------|--------------|
| Responsabilidad | Daño |
| | Culpa o dolo |
| | Nexo causal |

Otra es la teoría objetiva de responsabilidad, cuyo fundamento no es la culpa sino el riesgo creado, es decir el peligro que genera un comportamiento para terceros. La culpa deja de ser un elemento y se pasa a observar la consecuencia del comportamiento en la víctima, tratando de restablecerle el daño sufrido por la ejecución del hecho riesgoso. Basta con comprobar que el daño se genera por la realización del comportamiento riesgoso.

Para romper el vínculo de responsabilidad sólo puede alegarse una causa extraña¹³.

| | |
|-----------------------|-----------------|
| Responsabilidad civil | Daño |
| | Hecho generador |
| | Nexo causal |

En cuanto al elemento daño, tanto para teoría subjetiva como para la objetiva, es necesario para su configuración que el mismo sea cierto, directo, que lesione un interés

12 ARTURO ALESSANDRI. *Responsabilidad extracontractual en el Derecho civil*, Santiago, Ediar, 1983.

13 DE ÁNGEL YAGÜEZ. *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p. 83.

legítimamente protegido, así como que no haya sido indemnizado¹⁴.

B. Estructura de responsabilidad en el Derecho administrativo sancionador

Tiene aplicación ante el incumplimiento de un deber contenido en el ordenamiento jurídico o del interés público. Este tipo de responsabilidad no pretende reparar el daño. Se castiga con pena punitiva o multa en pro de la prevención especial. Por ser una manifestación del ordenamiento punitivo, se ha pregonado en su aplicación los principios del Derecho penal. De tal suerte, el comportamiento debería ser típico, antijurídico y culpable.

La tipicidad se presenta cuando la acción u omisión encaja en una descripción legal.

Existe antijuridicidad cuando el comportamiento contraviene el ordenamiento legal lesionando o poniendo en peligro, sin justa causa, un interés jurídicamente tutelado.

Se habla de culpabilidad cuando al sujeto se le puede hacer un juicio de reproche por su comportamiento material y psicológico que lesionó el mencionado bien jurídico¹⁵.

| | |
|--------------------------------|--------------|
| Responsabilidad administrativa | Típico |
| | Antijurídico |
| | Culpable |

A nivel nacional existe una corriente por parte del contencioso que pregona la responsabilidad objetiva en materia de Derecho administrativo sancionador, excluyendo la culpabilidad de esa estructura, situación que no compar-

14 JAVIER TAMAYO. *De la responsabilidad civil*, Bogotá, Temis, 1999, p. 77.

15 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Curso de Derecho administrativo II*, 8.ª ed., Bogotá, Civitas, 2002, p. 347.

ten otras corrientes. Para esta corriente, la estructura de responsabilidad estaría conformada así:

| | |
|--------------------------------|--------------|
| Responsabilidad administrativa | Típico |
| | |
| | Antijurídico |

Las causas excluyentes de antijuridicidad son: el ejercicio legítimo de un derecho, la legítima defensa y el consentimiento del comportamiento.

Considero que el concepto de daño como figura reparadora del Derecho civil es en este caso administrativo remplazado por la antijuridicidad, donde se castiga la vulneración al interés tutelado por la administración. Me aventuro a señalar que la noción de daño también es aplicable en el caso de la responsabilidad dentro del Derecho administrativo sancionador, no a un interés privado pero sí a un interés colectivo o interés tutelado a través de la antijuridicidad. La descripción del tipo, es decir la tipicidad, permite cumplir con el debido proceso. Por último, el elemento culposo y doloso guarda armonía sin diferenciarse del régimen civil.

| | |
|--------------------------------|--|
| Responsabilidad administrativa | Típico: se entiende que existe una norma previa |
| | Antijurídico: erosión al interés público |
| | Dolo: intención o culpa: negligencia o imprevisión |

Siendo la administrativa una responsabilidad particular donde prima la prevención especial.

V. MEZCLA DE TEMAS

Un gráfico puede resumir lo dicho hasta el momento, específicamente el desarrollo de la economía y del mercado, evidenciando la generosidad del tema en su agrupación, donde finalmente llega la teoría general de responsabilidad como invitada para ser parte del grupo.

| Mercado |
|--|
| Son cinco etapas a través de las cuales se desarrolla el mercado: |
| Primera etapa: la persona escoge actividad económica. |
| Segunda etapa: la empresa necesita identificarse mediante signos distintivos (marcas y nombres). |
| Tercera etapa: se requiere emitir publicidad para que el mercado-meta sepa de la existencia de la empresa. |
| Cuarta etapa: la empresa requiere decidir la forma como distribuirá el producto: de manera directa e indirecta, decidiendo la forma del canal (representante, agente, mayorista, minorista, detallista, etc.), así como su intensidad del mismo (selectivo, masivo o exclusivo). |
| Quinta etapa: es el “momento de la verdad” para que la empresa logre: 1. que el consumidor pruebe, es decir, se atreva a la novedad y 2. que le guste, rompiendo la fidelidad con la marca anterior. |

| Economía |
|---|
| Demanda |
| <ul style="list-style-type: none"> – De ella hacen parte los consumidores. – Desean satisfacer necesidades. – Reciben un dinero. – Observan que la satisfacción de todas sus necesidades supera su capacidad económica (restricción presupuestal). – Solo pueden satisfacer las primarias, renunciando a las secundarias. – Eligen la preferida, desarrollando su libertad de escogencia. |

| Economía |
|--|
| Oferta |
| <ul style="list-style-type: none"> - De ella hacen parte las empresas. - Desean invertir dinero en una actividad económica, esperando un buen retorno (TIR). - Escogen: <ol style="list-style-type: none"> 1. Qué venden. 2. Dónde lo venden. 3. Cuándo lo venden. 4. Cómo lo venden. - Mediante estas facultades una empresa ejerce su libertad empresarial. |

| Responsabilidad |
|---|
| <p>Existen acá dos clases de responsabilidades: la responsabilidad civil y la responsabilidad del Derecho administrativo sancionador, y en cada una de ellas, la responsabilidad objetiva y subjetiva</p> <p>La responsabilidad subjetiva tendrá la siguiente configuración:</p> <p>Dentro de la responsabilidad civil se tendrá como elementos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - El daño; - La culpa; - El nexa causal. <p>Cuando se trate de responsabilidad del Derecho administrativo sancionador, la estructura de responsabilidad será:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Tipicidad; - Antijuridicidad y - Culpabilidad. |

El Derecho de los mercados se presenta como una rama especializada en la cual se aglutinan los derechos y obligaciones que poseen las empresas para ejercer la libertad de entrada a una actividad comercial y los consumidores en desarrollo de su libertad de escogencia. En virtud de este derecho,

los consumidores quedan satisfechos con lo adquirido, y se reprime administrativa y jurisdiccionalmente a quienes implementen distorsiones que impidan el desarrollo de las mencionadas libertades.

La diversidad de relaciones que se presentan a lo largo de la cadena del mercado lleva a que el Derecho de los mercados sea dividido en diferentes ramas:

Derecho de la competencia, rama que salvaguarda la intervención del Estado en la economía, en busca de proteger el interés público, así como la propiedad privada. Este tema a su vez se divide en: *prácticas comerciales restrictivas*, subtema que agrupa la prohibición de comportamientos de empresas que impiden el libre juego de oferta y demanda dentro de un mercado, castigando los acuerdos y actos restrictivos, así como el abuso de la posición dominante de los agentes económicos. Dentro de la misma materia se cuenta con labores preventivas como es la autorización sobre operaciones de integración empresarial, luchando contra la excesiva concentración de poder económico, dispersando el poder, siempre en un contexto de libertad, no de impedimento de esta. Esta rama se sitúa en el mercado-institución. Su finalidad es proteger la capacidad adquisitiva de bienes del consumidor y la redistribución equitativa del dinero dentro de una economía (el orden público económico). El otro subtema es *competencia desleal*. Normatividad que involucra la defensa de los empresarios frente a ataques perpetrados por participantes de un mercado que afectan la competencia. Su base fundamental radica en el reproche a comportamientos con los cuales se afecta la competitividad, se amenaza o causa daño a una empresa. Su finalidad última es proteger el interés privado, es decir, la propiedad, situando el tema en el mercado negocio-individual.

Signos distintivos. Materia cuya finalidad es que las empresas sean individualizadas en el mercado mediante expresiones que distinguen a la persona, el establecimiento y sus productos de las demás empresas competidoras.

El mercado sólo puede escoger a aquel que se identifica y diferencia por medio de signos distintivos, siendo estos signos bienes integrados dentro del patrimonio de una empresa, sobre los cuales ejerce un monopolio que debe ser protegido de ataques adelantados por terceros.

Régimen publicitario. Sistema bajo el cual se pretende persuadir a través de mensajes a un grupo de personas conservando en ellas un grado de recordación o imagen que será tenido en cuenta al momento en que el consumidor haga su elección. Para adelantar esta gestión debe tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos: durabilidad, ambiente de difusión, concentración provocada, base o universo, grupo objetivo-target, cobertura, penetración y audiencia. Todos estos aspectos deben adelantarse bajo una libertad de expresión que no contraríe las normas de mercado.

Canales de distribución. Acápite que determina los negocios jurídicos que pueden ser contratados por las empresas para manejar su red de distribución con terceros ajenos a la empresa. Dentro de este punto se agrupan los contratos atípicos y típicos utilizados por los comerciantes para profundizar y dar respuestas rápidas a la demanda volviendo eficiente el alcance de sus productos. De acuerdo con la figura adoptada, una empresa podrá fijar comportamientos de su cadena de distribución, situación que no puede ser adelantada bajo otro contrato de distribución.

Protección al consumidor. Los problemas de asimetría de la información dentro de un mercado, en donde las empresas vendedoras poseen mayor información que los consumidores, han creado un sistema de protección implementado por el legislador encaminado a crear estándares mínimos de calidad en los productos puestos en el mercado estos estándares deben ser observados por las empresas al momento de comercializar sus bienes, y se les exige en todos los casos la identidad y cumplimiento de las calidades ofrecidas frente a lo entregado, pudiéndose alegar responsabilidad por producto defectuoso, responsabilidad en el proceso de

producción o responsabilidad por información engañosa o insuficiente. No debe olvidarse que en todo negocio jurídico existen cargas para las partes, como la carga de sagacidad que debe tener un consumidor al momento de contratar. A través de la protección al consumidor se salvaguarda la legítima expectativa del consumidor frente a un comerciante, que es un profesional en su actividad.

En este libro serán abordados los temas de prácticas comerciales restrictivas, competencia desleal y Derecho del consumo.

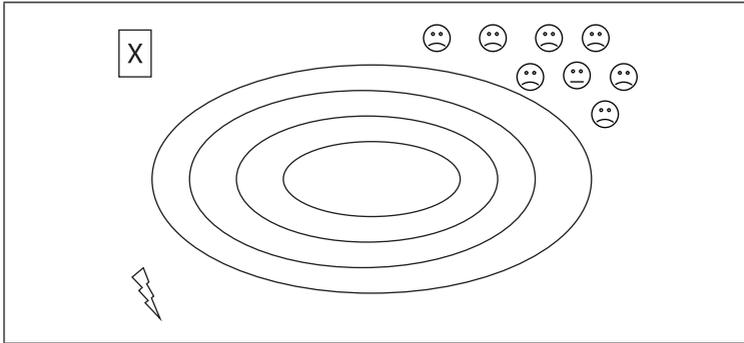
LIBRO SEGUNDO

DERECHO DE LA COMPETENCIA

I. CONCEPTO ECONÓMICO DE COMPETENCIA

La competencia es el enfrentamiento de las empresas por la clientela. El diccionario de la Real Academia de la Lengua define competencia como la “disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre alguna cosa”. Se trata de luchar por ser escogido, de ganar. Para ello una empresa determina las necesidades que tiene un consumidor y trata con su actividad de satisfacer dicha necesidad a fin de buscar el beneplácito del mercado.

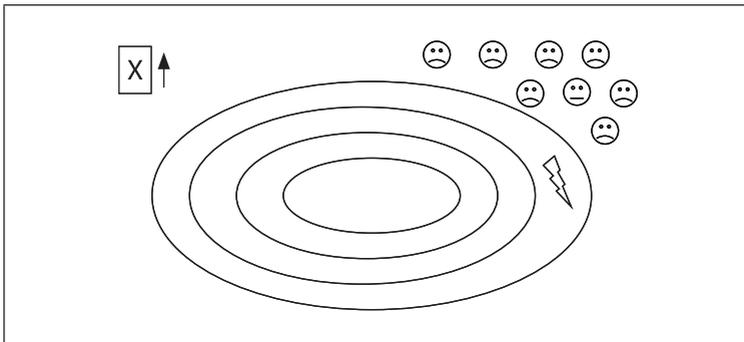
La competencia se explica de mejor forma mediante la teoría de los juegos. En el siguiente juego, denominado “la carrera de atletismo” se grafica la competencia. En el gráfico se observa una pista de atletismo, tres carriles, unos espectadores y un reloj.



- Gráfico de una carrera de atletismo.
- Las caras son espectadores.
- El rayo es un atleta por fuera de la pista.
- La X es un reloj.

La pista representa un mercado, cuyo dueño es el Estado. Las caras representan a los espectadores. El rayo representa un atleta. Por último, el reloj marca el tiempo de los atletas.

Primera escena del juego

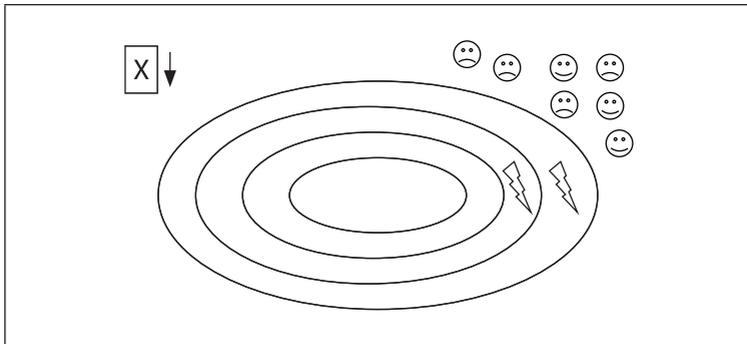


- Un atleta en la pista.
- El reloj desmejora.

En la primera escena del juego sólo existe un competidor. Trote, corra, camine, él siempre será el ganador pues no cuenta con

competencia. Con seguridad, el tiempo no va ser bueno, ya que no está siendo exigido por otro competidor. Los consumidores no tienen opción de escoger a otro diferente.

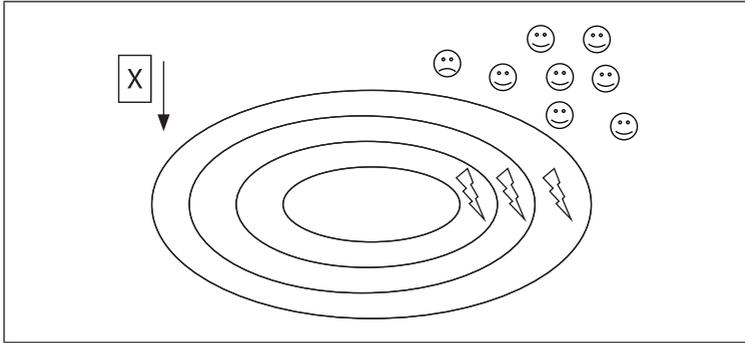
Segunda escena del juego



- Dos atletas en pista.
- El reloj mejora.

En un segundo escenario aparecen dos carriles llenos. Los participantes compiten entre sí. El tiempo no es manejado por uno solo de los atletas. Si alguno de ellos trota, el otro muy seguramente ganará. En tal sentido, el tiempo mejora debido a la lucha de los dos por el premio. Existen espectadores satisfechos por la mejoría del espectáculo. Pero aún queda un carril vacío.

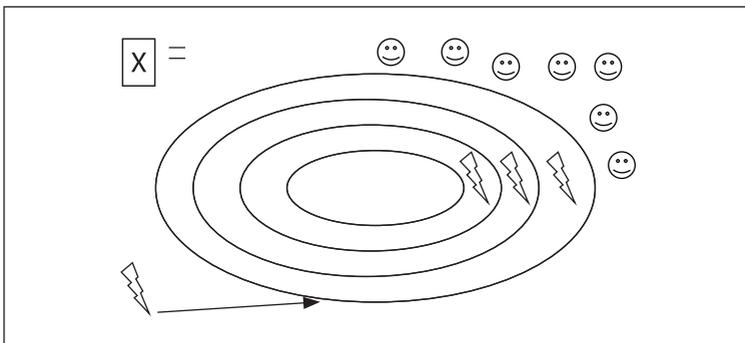
Tercera escena del juego



- Tres corredores.
- Los espectadores contentos.
- El reloj mejora.

En un tercer escenario, aparecen los tres carriles llenos. Los participantes compiten entre sí. El tiempo mejora aún más. Son más los espectadores satisfechos, quienes cuentan ya con tres opciones. Los tres atletas se esfuerzan por ganar.

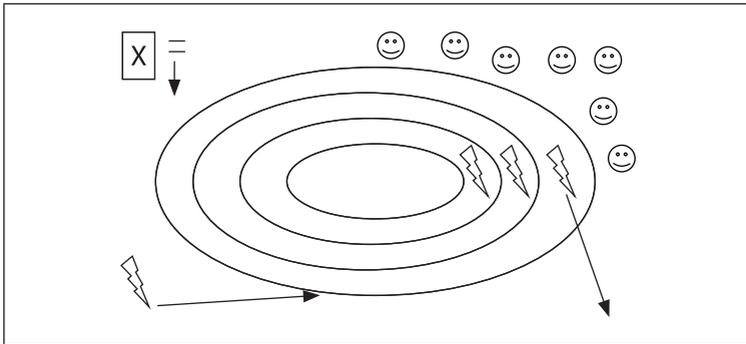
Cuarta escena del juego



- Tres atletas.
- Uno afuera más veloz.
- El reloj igual.

En el cuarto escenario, no obstante que los carriles se encuentran llenos, existe un cuarto atleta que quiere entrar a competir. La entrada del cuarto, sin la salida de uno de los otros daña el espectáculo. El dueño del estadio tiene que pensar si sostiene a los tres antiguos o permite la entrada de uno nuevo. El tiempo se mantiene constante mientras el dueño del estadio decide. Es decir, no por mucho tiempo.

Quinta escena del juego



- Tres atletas en pista.
- Sale el de peor tiempo y entra uno nuevo más veloz.
- El reloj mejora.

En la quinta escena del juego, el dueño del estadio permite la entrada del nuevo atleta, quien demuestra que corre más rápido que los otros. La decisión se basa en que el tiempo puede mejorar. La salida de uno de ellos se debe a la entrada de alguien mejor. Por tanto, no es aventurado afirmar que la ineficiencia de uno de ellos es la causa de su salida (culpa de la víctima). Los espectadores ven que el tiempo puede mejorar y que las alternativas cada vez son más eficientes.

Cada una de las escenas se puede interpretar así: el Estado es el dueño del estadio; las empresas son los atletas; los consumidores son los espectadores; el precio es el tiempo.

Con este simple juego económico se explica la importancia de la competencia, donde la eficiencia es la herramienta utilizada para permanecer en el mercado y al mismo tiempo la que permite una mejor escogencia del consumidor.

II. CLASIFICACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El Derecho de la competencia se divide en dos grandes ramas: competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas.

PRIMERA PARTE
PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS

CAPÍTULO PRIMERO
ESTRUCTURA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA
(PRINCIPIOSPENALESANTI JURÍDICO, TÍPICO Y CULPABLE)
Y CIVIL (DAÑO, CULPA O DOLO Y NEXO CAUSAL)
DE UNA PRÁCTICA COMERCIAL RESTRICTIVA

I. BIEN TUTELADO

Dentro del tema de prácticas comerciales restrictivas se salvaguardan asuntos de interés general como es 1. la capacidad adquisitiva de bienes del consumidor y 2. la redistribución equitativa del dinero dentro de una economía.

1. La *capacidad adquisitiva de bienes del consumidor* representa el grado de satisfacción de necesidades que puede ejercer una persona adquiriendo bienes y servicios en relación con el ingreso periódico constante que reciba. Existen variables económicas que limitan dicha capacidad adquisitiva de bienes, como son, entre otras: *la escasez de productos*, de ahí que se presenten principios como el de a mayor demanda que oferta el precio será alto, y viceversa; *el monto del ingreso*, pues la satisfacción de la necesidad es lo que pretende el consumidor cuando adquiere productos o servicios. Ahora, una cosa es tener la necesidad y otra satisfacerla. Para satisfacer la necesidad es necesario contar con el dinero suficiente para poder adquirir los bienes y servicios. De esta forma, si no se tienen ingresos no es posible satisfacerla. Por último, hay que tener en cuenta que *la política tributaria* de un país

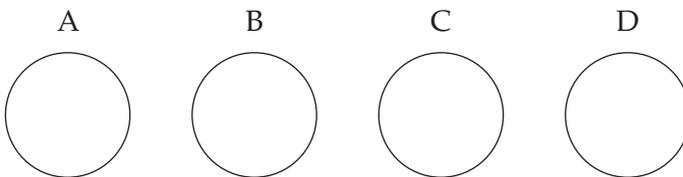
también incide en el consumo de bienes y servicios, ya que disminuye la cantidad de dinero destinada a consumo¹.

2. La *redistribución equitativa* del dinero consiste en el flujo de dinero dentro de toda una economía, incluyendo cada uno de los sectores que la conforman, los cuales son requeridos para que el consumidor pueda satisfacer todas sus necesidades. En este sentido, cada sector económico está compuesto por empresas encargadas de ofrecer bienes y servicios. El dinero fluye en cada sector si el consumidor requiere la adquisición de ellos. La dirección del dinero hacia esos sectores depende de las prioridades del consumidor.

A cualquier Estado le interesa que los consumidores cuenten con una importante capacidad adquisitiva de bienes y además, que la mayoría de los mercados requeridos en su economía cuente con una importante participación de empresas. Estos dos factores permiten que la economía tenga una buena raíz para funcionar.

No obstante lo anterior, existen comportamientos de terceros que erosionan la capacidad adquisitiva de bienes del consumidor y al mismo tiempo rompen la equidad en la distribución del dinero en los diferentes sectores, causándole daño al bien tutelado, siendo ello regulado por las prácticas comerciales restrictivas.

Con un simple ejemplo puede observarse el daño al bien tutelado. Veamos:



1 MCEACHERN. *Microeconomía. Una introducción contemporánea*, cit., pp. 45 a 75.

A, B, C y D son fabricantes del producto Y. En un periodo determinado cada uno de ellos cobraba precios diferentes. Pasado un tiempo decidieron entre ellos adelantar un arreglo con la finalidad de aumentar el precio de su producto duplicándolo ($x + 1$).

Como se puede deducir, los consumidores, para satisfacer su necesidad, deben pagar el doble. Dicho pago implica que deben renunciar a adquirir otros bienes, pues su ingreso ya no les alcanza para todo lo que tenían presupuestado (daño a la capacidad adquisitiva de bienes). De la misma manera, el presupuesto que tenían planeado ya no puede ser ejecutado para otros sectores económicos, ya que tienen que renunciar a adquirir otros bienes de menor necesidad (daño a la redistribución equitativa del dinero).

Todo el daño al bien tutelado es consecuencia de la falta de competencia que se generó producto del acuerdo entre competidores.

Las prácticas comerciales restrictivas castigan comportamientos mediante los cuales como consecuencia de falsear la competencia las empresas aumentan su capital sin justa causa; tal comportamiento es reprochable.

Otra forma de verlo es retomando palabras de FREDERIC BASTIAC, según el cual, la única forma de adquirir la propiedad privada lícitamente es mediante el trabajo. Entonces, si la propiedad privada se adquiere por una forma diferente del trabajo, dicho medio es calificado como ilícito. Ahora, si ese medio es la falta de competencia, tal actuar es ilícito por restrictivo.

II. RESPONSABILIDAD

Como se indicó, se trata de un tema de Derecho mediante el cual se protegen unos bienes tutelados de carácter económico que finalmente termina con una calificación de responsabilidad.

En tal sentido, antes de describir los supuestos fácticos prohibitivos contenidos en la ley, es indispensable que se determine qué tipo de responsabilidad existe para reprimir el daño al bien tutelado.

En la medida en que las prácticas comerciales restrictivas salvaguardan un interés público, en principio se trata de una responsabilidad propia del Derecho administrativo sancionador, con toda la estructura que ello implica, descrita en la introducción a este libro. De la misma manera, puede ocurrir que dicho comportamiento cause también daño de rebote a la propiedad privada de un particular, y se trate dicho suceso bajo las formas propias de la responsabilidad civil.

Para mayor claridad se tiene que, por una parte, se puede sancionar el comportamiento, lo cual estará a cargo del Estado; y por otra parte, se puede exigir una indemnización del daño integral cuando dicho comportamiento sea la causa del daño a alguien, bajo acción ordinaria.

III. ESTRUCTURA DE RESPONSABILIDAD SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA POR UNA PRÁCTICA COMERCIAL RESTRICTIVA

La responsabilidad administrativa obedece en su estructura a los principios penales, donde cobran vigor la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Para algunos jueces, la culpabilidad no es un elemento de la estructura de responsabilidad del Derecho administrativo. En nuestro entender, la culpabilidad es un elemento imprescindible. Para el Consejo de Estado también lo es, pues para dicha Corporación los supuestos restrictivos tienen un componente subjetivo².

2 Señala en Consejo de Estado, en Sentencia del 28 de enero de 2010, que: “Lo dicho, además, descarta de plano la teoría del actor según la cual el tipo de responsabilidad en el que la demandada sustentó la imposición de la multa es objetiva, como quiera que se aprecia un claro componente subjetivo en el tenor literal del numeral 1.º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al señalar

| | |
|--------------------------------|---|
| Responsabilidad administrativa | Típico: comportamiento prohibido |
| | Antijurídico: afectación al interés jurídico tutelado (lesión cierta) |
| | Culpable o doloso (objeto o efecto) |

En tal medida es necesario determinar la tipicidad exigida por las normas de prácticas comerciales restrictivas.

La tipicidad de estas normas se encuentra en la identidad que guarde el comportamiento estudiado con la norma prohibitiva. Entonces, es necesario observar la normatividad y sus exigencias. En cada país las normas serán diferentes, pero en nuestro entorno los países mantienen matrices iguales dentro de las normas correspondientes a prácticas comerciales restrictivas.

En Colombia, por ejemplo, para una tipicidad dentro del tema de prácticas comerciales restrictivas se requiere que el comportamiento estudiado se adecue de manera típica a las normas que contienen las prohibiciones de abuso, cartel o acto contenidas en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992.

La antijuridicidad envuelve el interés tutelado. Que el comportamiento dañe el interés tutelado significa que afecte la libertad de escogencia, la libertad de entrada, es decir, que el comportamiento prohibido trascienda afectando el interés público siendo significativo (num. 1 art. 2.º del Dcto. 2153 de 1992, modificado por el parág. del art. 6.º de la Ley 1340 de 2009, concordante con el num. 10 del art. 4.º del Dcto. 2153 de 1992).

Adelante se analizarán todos estos puntos; sin embargo, en este cuadro se puede observar lo dicho hasta ahora: que

que son prácticas comerciales restrictivas, aquellas que tengan 'como objeto o como efecto, la fijación directa o indirecta de precios'".

la autoridad debe probar estos elementos para que proceda la sanción contra un investigado.

| | |
|---|---|
| Responsabilidad administrativa por prácticas comerciales restrictivas | Típico: que el comportamiento esté descrito en la ley, que son las prohibiciones legales de los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992. |
| | Antijurídico (lesión cierta al interés tutelado): que el comportamiento afecte el interés público, es decir, que sea significativo, que afecte la libertad de entrada y la libertad de escogencia (num. 2 del art. 2.º del Dcto. 2153 de 1992, modificado por el parág. del art. 3.º de la Ley 1340 de 2009, concordante con el num. 10 del art. 4.º del Dcto. 2153 de 1992). |
| | Doloso o culpable (que tenga como efecto [culpa grave] o como objeto [intención]). |

Entonces, un comportamiento puede ser típico pero no antijurídico, ni ilegal, bajo la luz del régimen de prácticas comerciales restrictivas; como cuando dos tiendas de un barrio donde existen muchas tiendas adelantan un acuerdo de precios, siendo elástica la demanda. Acá el comportamiento está tipificado en la ley, pero no daña el interés tutelado, es decir no es antijurídico, ya que los consumidores se pueden desplazar a otras opciones dentro del mismo mercado. Lo anterior no significa que no sea desleal: lo que significa es que no es restrictivo, siendo necesario observar cada caso en particular.

El caso contrario también se presenta, y es que el comportamiento sea antijurídico, pero no típico, es decir, que dañe el mercado, pero que el comportamiento no esté

prohibido en la ley. En este caso la tipicidad debe buscarse dentro de la prohibición general de competencia (art. 1.º de la Ley 155 de 1959), o como un abuso de derecho. Si se daña el bien tutelado, es decir, el mercado, la conducta debe ser castigada.

La obligación principal de una empresa cuando ingresa al mercado es competir; por ello, la Constitución Política expresa que el Derecho de la competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades, y una de esas responsabilidades es competir³. La vigilancia para que esta obligación se cumpla está a cargo del Estado, que es el protector y garante del mercado, en ejercicio de su función de agente económico.

En ese orden, el Estado emite normas de intervención económica con las cuales limita la autonomía de la voluntad de las empresas. Desde tal perspectiva, el Derecho de la competencia hace parte del Derecho administrativo, y el Estado es el vigilante a cargo de custodiar que el mercado esté libre de distorsiones que permitan la concentración de dinero en algunos mediante un recurso diferente de la competencia. Al Estado le interesa proteger su economía, pues es la única forma de que los inversionistas se sientan seguros de que contarán con normas que protejan su inversión y el ambiente de contienda que les permita asegurar que ganarán los mejores, es decir los eficientes.

Las infracciones al régimen de competencia aparecen contenidas en el Decreto 2153 de 1992. Allí aparece la anti-juridicidad, particularmente en el artículo 2.º, modificado por el párrafo del artículo 3.º de la Ley 1340 de 2009, concordante con el numeral 10 del artículo 4.º del Decreto 2153 de 1992, donde se describen las finalidades que busca el Estado al aplicar estas normas. Esas finalidades son las siguientes: a. Libertad de entrada de una empresa al mer-

3 Artículo 334 de la Constitución Política.

cado; b. Libertad de escogencia para los consumidores; y c. Eficiencia del aparato productivo.

Estas tres finalidades contienen de manera más específica el *interés jurídico tutelado*. Es decir, el bien común que el legislador pretende cuidar del daño ocasionado por terceros. En otras palabras, cualquier comportamiento de una empresa que impida el desarrollo de alguna de esas tres finalidades causaría daño o distorsión en lo tutelado por el Estado bajo este régimen.

Ahora bien, para cuidar ese bien tutelado aparece la tipicidad, conformada por supuestos normativos o hipótesis de comportamiento que el legislador consideró que podían dañar el bien jurídico tutelado, como son los acuerdos restrictivos, el abuso de la posición de dominio y los actos restrictivos. Se exige, según las normas, que el investigador, es decir, el Estado, para calificar un comportamiento como restrictivo, pruebe el daño al bien tutelado (antijuridicidad) y un acuerdo para causarlo, un acto o un abuso (la tipicidad).

Puede resumirse así: para que un comerciante pueda ser considerado responsable de un comportamiento restrictivo debe probarse la antijuridicidad del comportamiento (parág. del art. 3.º de la Ley 1340 de 2009, concordante con el num. 1 del art. 10.º del Dcto. 2153 de 1992), es decir, que obstaculice la libertad de entrada y la libertad de escogencia (lesión cierta al interés tutelado), y que, además, sea típico, o sea, que esté dentro de las prohibiciones de los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, carteles, abuso o actos.

Las normas de competencia, con la reforma implementada en el año 2009 a través del Decreto 1340, demandan de la autoridad a cargo de la calificación ilegal de la conducta no sólo probar la identidad entre el comportamiento de la empresa investigada frente al supuesto fáctico prohibitivo –acuerdo, acto o abuso (tipicidad)–, sino probar también el daño al bien jurídico tutelado (antijurídico), puesto que exigen que al momento de iniciar una investigación

se observe que los principios están en riesgo, sin que ello implique prejuzgamiento; es decir, se debe probar dicha situación también al final del trámite cuando se decide sobre la ilegalidad de la conducta, después de haber puesto en contradicción las pruebas iniciales en las que se basa la Administración para afirmar la afectación a los principios de competencia comentados, o sea, la afectación al interés tutelado, sin que por ello se trate de un prejuzgamiento.

Además, para reforzar lo dicho, el legislador introdujo en el numeral 10 del artículo 4.º del Decreto 2153 de 1992 la norma imperativa de acuerdo con la cual el Superintendente de Industria y Comercio debe prohibir y sancionar los comportamientos descritos en ese Decreto, con *sujeción a las finalidades* del Derecho de la competencia comentadas, es decir, al bien jurídico tutelado. La sujeción es imperativa. Por tanto, la administración debe tener probado dentro del expediente que el comportamiento se encuentra dentro de las prohibiciones, pero además debe probar que se dañó el bien tutelado. Es su carga según la ley.

Con lo anterior, resulta claro que para estos asuntos el legislador implementa un sistema de *normas complejas*, donde no es suficiente la tipificación de un comportamiento como restrictivo, sino que, además, para su aplicación el Estado está en la obligación de probar que el comportamiento de la empresa creó distorsiones en el mercado que vulneran las finalidades de este régimen (antijuridicidad).

Entonces, la consecuencia jurídica de restricción al mercado sólo nace en la medida en que el Estado pruebe: que 1. Existe una identidad entre el comportamiento de una empresa y la descripción legal de acuerdo, acto o abuso de la posición dominante, y 2. Que el Estado pruebe que el comportamiento creó barreras de entrada o afectó la libertad de escogencia.

Entendiendo que fuera de estar el comportamiento estudiado en identidad con el supuesto fáctico prohibitivo (abuso, cartel o acto), el Estado, para sancionar a un investi-

gado, debe probar que el comportamiento sea significativo; por tanto, se hace necesario identificar qué se entiende por significativo para encontrar la tipicidad y antijuridicidad exigida para la sanción.

Resulta de la mayor importancia resaltar que el párrafo del artículo 3.º de la Ley 1340 de 2009 es muy afortunado y dejó en claro que el hecho de que en la apertura de investigación se analice preliminarmente si el comportamiento afectó la libertad de entrada de las empresas al mercado y/o la libertad de escogencia de los consumidores, dicho hecho no resulta ser prejuizgamiento, pues la apertura no afecta el juicio de ilicitud de la conducta, siendo así lógico y obligatorio para la Administración, al final del juicio, probar: 1. La afectación al bien tutelado; 2. El adelanto de un comportamiento prohibido, y 3. La culpa grave (falta de diligencia o previsión) o el dolo de su autor. Es decir, si bien se requiere para la procedencia de una investigación observar preliminarmente que el interés tutelado hubiere estado afectado (prueba sumaria), dicha evaluación preliminar no resulta prejuizgamiento, pues así lo expresa la ley al indicar que el hecho de dar apertura a una investigación no afecta el juicio de ilicitud de la conducta (prejuizgamiento). Entonces, el juicio final (con pruebas con contradicción) será el que determine si verdaderamente el comportamiento genera responsabilidad, es decir, si el comportamiento es típico, antijurídico y culpable. Afortunadamente el párrafo mencionado aclaró que el hecho de abrir una investigación no significa prejuizgamiento, sino que al final, al momento de fallar, es cuando la Administración deberá probar que el comportamiento es un acuerdo, un acto o un abuso, y que, además, daña la libertad de entrada de las empresas y la libertad de escogencia de los consumidores, siendo el acto de apertura tan sólo un pliego de cargos basado en prueba sumaria que debe ser probado bajo contradicción de la prueba al final de la investigación para encontrar responsabilidades.

Esta antijuridicidad, es decir, la prueba de que el comportamiento daña el interés tutelado (que sea significativo), es una constante en todas las legislaciones del mundo, donde sólo se castiga lo que afecta intereses públicos o generales, estando nuestra normatividad en consonancia con ellas, inclusive con las normas de corte romano-germánico, así como con el sistema anglosajón.

Cabe indicar que en el texto conciliatorio de la Ley 1340 de 2009 se dejó en claro todo lo dicho acá acerca de la no existencia de prejujuicio por el hecho de abrir investigación de prácticas comerciales restrictivas, basado en los principios de afectación de libertad de entrada de las empresas y libertad de escogencia de los consumidores, siendo necesaria la configuración de todo el análisis de responsabilidad propio de acciones administrativas (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), ya que en la conciliación de la Ley 1340 de 2009 se lee en el punto número 1 que ésta “Definió más claramente el ámbito de aplicación de la ley y aclaró que los propósitos de la aplicación del régimen de protección de la competencia se refieren a aquellos que determinan la apertura de un procedimiento administrativo y no a un juicio de ilicitud o no de la conducta.”, situación que reafirma lo comentado, pues el juicio de ilicitud final de la conducta requiere, además de probar que el comportamiento es antijurídico, es decir, que afectó los principios, probar también que es típico (acuerdo, acto, abuso, o falta de aviso en una integración, o en los condicionamientos) y culpable (dolo o culpa grave).

Entonces, queda claro por el texto de la ley, y por la conciliación de la misma, que la apertura de investigación bajo los principio tutelares de competencia no significa prejujuicio ni responsabilidad, pues la Administración al final de la investigación debe resolver la configuración del ilícito a través del trípede de responsabilidad comentado, y en caso de no estar probado uno de los tres elementos no podrá declarar su ilicitud.

Se resalta nuevamente que en la apertura de investigación la Administración se basa en pruebas sumarias, en tanto que al momento de definir responsabilidades debe contar con pruebas controvertidas, para probar la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

La Administración teme tener que probar el elemento subjetivo en este tipo de investigación, quizás pensando que en dichas investigaciones debe probarse la “intención” del agente investigado, olvidando que eso representa dolo pero no culpa grave, la cual está definida como “la falta de diligencia o previsión de un comportamiento” asimilándose a dolo. Con sólo probar la falta de diligencia o previsión en el comportamiento del investigado sería suficiente para configurar el elemento subjetivo.

La Administración debería ser más pacífica con el asunto, y asumir estas investigaciones bajo la teoría general de la responsabilidad administrativa, configurando disciplinadamente sus elementos en las investigaciones que adelanta, sin inventar nuevos derechos o teorías anglosajonas, que solo desorientan a los administrados y a los abogados de un Derecho romano-germánico como el nuestro.

IV. ESTRUCTURA DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRINGIDAS

Según el artículo 1494 del Código Civil, las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya como consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

La ley considera que el daño causado a otro es fuente de obligaciones.

El régimen de prácticas comerciales restrictivas aparece contenido dentro de la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009. Allí se castigan los comportamientos por medio de los cuales los diferentes agentes económicos “falsean la competencia”.

La obligación de las empresas, según se desprende del artículo 333 de la Constitución Política, es competir. El resultado de la competencia es un derecho de todos que supone responsabilidad de las empresas.

Lo que se castiga es que las empresas obtengan utilidades como consecuencia de la falta de competencia. Es decir, se reprimen las concentraciones de dinero provenientes de la falta de competencia. Con esto se intenta cuidar la capacidad adquisitiva de bienes de los consumidores, y la exclusión indebida de competidores (num. 1 art. 2.º del Dcto. 2153 de 1992, concordante con el parág. del art. 3.º de la Ley 1340 de 2009).

En teoría económica el precio es resultado de la oferta y la demanda. En esa medida, en un mercado competitivo los precios serán el resultado del enfrentamiento por la clientela (la competencia). En el supuesto que el ofrecimiento a cargo de las empresas esté arreglado o con imperfecciones, el precio subirá y por ende se disminuirá la capacidad adquisitiva de bienes de los consumidores. Otra forma de falsear la competencia es con comportamientos que excluyen a otros competidores, lo que disminuye las opciones de escogencia que tenía el consumidor y tiene un efecto inmediato en las variables económicas.

Estos comportamientos pueden ser resumidos en la premisa “quien causa daño con culpa es responsable”. Responsable por dañar al mercado. Es decir, lo que se protege es el mercado, del cual es soberano el Estado, que determina las reglas de participación como ente interventor en la economía y sanciona el comportamiento.

Sin embargo, quedan a salvo las acciones privadas de aquellos que sufrieron daño en su patrimonio como conse-

cuencia de la restricción (comportamiento), las cuales son transigibles.

Al gobierno le compete el fallo administrativo cuidando el mercado, en tanto que a la jurisdicción ordinaria le corresponde declarar el daño privado por los daños sufridos por un comportamiento generador de perjuicio. Producto de estos comportamientos, proceden dos acciones: por una parte, 1. la investigación administrativa, y por otra, 2. la pretensión de perjuicios por el daño sufrido por un comportamiento. Esta última, independiente del daño al mercado, pues bien puede suceder que un comportamiento no dañe el mercado, pero sí restrinja la competencia de un particular (abuso de derecho). La restricción al mercado la califica el gobierno, pero el perjuicio al particular, por ser fuente de Derecho civil, lo califica la jurisdicción: dañó el patrimonio, independientemente de que dañe al mercado.

El siguiente cuadro resume lo dicho frente a la acción civil con ocasión de una práctica comercial restrictiva.

| | |
|---|---|
| Responsabilidad civil por una práctica comercial restrictiva. | Daño |
| | Hecho generador, es decir, la práctica comercial restrictiva. |
| | Nexo causal |

V. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

¿Puede una empresa perjudicada por una conducta violatoria del régimen de competencia pretender indemnización de perjuicios de parte de la culpable?

En la tendencia internacional se encuentra que en la Unión Europea se plantean ante los órganos jurisdiccionales indemnizaciones por infracción al régimen de competencia, en contraste con lo que ocurre en Estados Unidos, donde el material al respecto resulta abundante desde hace tiempo, tanto en casos, como en jurisprudencia.

En nuestra teoría general de las obligaciones, el daño es presentado como una fuente de ellas. La regla enunciada se introduce como una constante en todo el derecho, sin que escapen de él las empresas que incumplan el régimen de competencia.

Imaginemos el caso en que una empresa con posición de dominio oferta bienes por debajo de costos y quiebra a otras empresas competidoras. La Superintendencia investiga a la empresa dominante y la sanciona. ¿Qué pasa con las empresas que desaparecieron del mercado? Resulta incuestionable que el perjudicado pueda pretender perjuicio; lo complicado es definir la vía procesal que debe utilizarse para adelantar la declaración de esos perjuicios. Veamos:

Acción declarativa con resarcimiento de perjuicios para la empresa. La libre competencia se presenta como un asunto de interés general a cargo de entidades públicas, que previa investigación del asunto, y en caso de encontrar que el comportamiento de una empresa se tipifica dentro de los supuestos restrictivos, imponen una sanción cuyo destino es el erario. En este sentido, la empresa que decida denunciar una práctica comercial restrictiva no puede esperar nada más que el denunciado sea sancionado por su comportamiento contrario al libre juego de oferta y demanda, pues el trámite administrativo no permite la vinculación de las partes para una contienda particular a través de la heterocomposición donde se debatan los perjuicios. Si el escenario administrativo no es la vía para debatir los perjuicios, sí lo es el jurisdiccional, donde es común pedir una indemnización por los perjuicios causados. Es clara la posibilidad de calificación de la conducta bajo la vía administrativa, pero el punto central de discusión no se encuentra ahí. Lo que resulta interesante y complejo es definir si los jueces de la República son competentes para conocer asuntos donde se pretenda la calificación de un comportamiento como restrictivo. La declaratoria jurisdiccional del asunto en donde se pruebe el daño de la empresa competidora así como el

nexo causal con la práctica restrictiva y la culpa o dolo, debe adelantarse bajo los parámetros del artículo 396 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, se ventilará y decidirá en proceso ordinario todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial. Si la empresa perjudicada decide demandar jurisdiccionalmente a quien le causó perjuicio, nace de inmediato una contienda que no está sometida a un trámite especial, siendo la vía, según nuestras normas, el proceso ordinario. No existen fundamentos para afirmar que el proceso administrativo excluye la posibilidad que tiene la empresa de recuperar lo perdido por culpa de la empresa restrictiva. En ninguna parte del ordenamiento se indica que lo administrativo excluye lo jurisdiccional: en un escenario se califica la vulneración del interés general; en el otro escenario se califica la contienda particular y se resarcan los perjuicios, y vuelven las cosas a su estado anterior.

Sin embargo, y exponiendo todo el escenario, en nuestro sistema cabe la posibilidad de interpretar que el régimen de suspensión del proceso, contenido en el Código de Procedimiento Civil, regule de manera general la situación, al mencionar que es causal de la misma, cuando la sentencia que deba dictarse en un proceso civil dependa de lo que deba decidirse de un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo, salvo lo dispuesto en otra ley. El juez civil está en capacidad de decidir si existe infracción de una norma que comercialmente causa perjuicio a una empresa, dejando a salvo autonomía y libertad para que la Superintendencia elabore su análisis y determine si procede una sanción del comportamiento. Soy del criterio de la primera interpretación, según la cual el juez ordinario es competente para fallar el asunto restrictivo así como los perjuicios, independientemente de la actividad de la Administración.

Más adelante se trata a profundidad el tema, cuando se explica la competencia de los tribunales de arbitramento para fallar perjuicios ocasionados como consecuencia de una práctica comercial restrictiva.

Sin perjuicio de lo mencionado, es importante indicar que existen otras acciones con las cuales se refuerza la idea de que el Derecho de la competencia tiene múltiples foros.

Acción de grupo o popular de libre competencia (perjuicio in generi). Si el anterior argumento no fuera suficiente y se encontrara una razón que desvirtúe que a través de un proceso ordinario se pueda reclamar una indemnización, quedaría otra vía, más expresa, que dejaría en claro que nuestro legislador considera que las conductas restrictivas generan daños que pueden ser exigidos por los particulares, como son las acciones de grupo, de origen constitucional, sin esperar decisiones administrativas. Dentro de la regulación de estas acciones se califica la libre competencia como un derecho colectivo. Según la Ley 472 de 1998, en la sentencia sobre acciones de grupo el juez debe condenar en perjuicios al culpable sobre el daño causado al Derecho colectivo y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas a su estado anterior. Dos puntos para observar: la necesidad de informar la demanda a los miembros de la comunidad, habida cuenta de los eventuales beneficiarios; es decir, la posibilidad de que terceros afectados participen en estas acciones; y la condena de perjuicios *in generi* que es ordenada en la ley. Es preciso recordar que de esta acción conoce la jurisdicción civil. La acción de grupo será indemnizatoria y la acción popular será preventiva y de eliminación del hecho.

Nulidad de la prestación restrictiva. Según el Código Civil, hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho público de la Nación. En el mismo sentido, indica que cualquier persona que tenga interés en ello puede alegar nulidad absoluta. Entonces, cualquier persona puede alegar la nulidad absoluta de cláusulas en negocios cuyo contenido

sea contrario al régimen de competencia. En este sentido, puede ser solicitada ante la jurisdicción civil la invalidez de la prestación restrictiva por objeto ilícito, otra razón para indicar que la jurisdicción civil puede recibir denuncias de empresas que pretendan erradicar situaciones restrictivas de otros por las cuales se les causan daños.

Abuso de derecho. Se presenta cuando, estando dentro de la ley, el comportamiento de la persona abusa de él, no dañando el mercado, pero sí al privado, es decir, utiliza la permisión de la norma para pasar lo pretendido por la norma, pero causando perjuicio a una empresa. Por ejemplo, comportamientos restrictivos típicos y no antijurídicos bajo la óptica del mercado, pero sí bajo la óptica del Derecho privado.

CAPÍTULO SEGUNDO

COMPORTAMIENTO SIGNIFICATIVO Y MERCADO RELEVANTE (ANTI JURIDICIDAD)

I. ANTI JURIDICIDAD: QUE SEA SIGNIFICATIVO. AFECTACIÓN CIERTA AL INTERÉS TUTELADO

De acuerdo con las normas de competencia, para que un comportamiento sea restrictivo se requiere que sea significativo, es decir, que dañe el bien tutelado (num. 10 art. 4.º Dcto. 2153 de 1992).

Según la regulación, la competencia tiene tres finalidades o principios económicos, lo cual se denomina como significativo: a. Libertad de escogencia del consumidor; b. Libertad de entrada de las empresas a un mercado; c. Eficiencia del aparato productivo nacional.

Estas finalidades aparecen contenidas en el numeral 1 del artículo 2.º del Decreto 2153 de 1992, modificado por el parágrafo del artículo 3.º de la Ley 1340 de 2009, donde se ordena probar sumariamente la afectación de dichas finalidades al momento de abrir una apertura de investigación, sin que dicha apertura signifique prejuzgamiento, pues el estudio definitivo será al momento de fallarse el asunto, donde debe probarse bajo prueba controvertida la antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad.

Sólo se afectará el bien tutelado en la medida en que sean creadas distorsiones o fallas de mercado que impidan el libre desarrollo de estos principios. Inclusive estando la

conducta dentro de la tipificación de los supuestos fácticos como acuerdos, abuso o actos restrictivos contemplados en la ley, si no existe una vulneración a estos principios no resulta válido alegar daño al bien tutelado, y por ende el comportamiento estaría dentro de la legalidad administrativa, pues faltaría la antijuridicidad, al no existir daño cierto en lo tutelado

Como se mencionó, la principal finalidad de las normas de competencia es propender a la redistribución equitativa del dinero, así como el cuidado del excedente del consumidor; para ello se busca que el precio de los productos en un mercado sea reflejo de un mercado en competencia, se cuida la capacidad adquisitiva de bienes del consumidor y se construye un mercado eficiente.

En las siguientes líneas se trata cada uno de los principios:

A. Libertad de entrada de las empresas al mercado

Las empresas tienen libertad para escoger la actividad económica que desarrollarán.

Por el lado de la oferta se encuentran las empresas. Estas proponen negocios a los consumidores. Son los agentes económicos que venden los bienes y prestan los servicios para satisfacer las necesidades de los compradores.

El ciclo de la oferta inicia con el estudio de necesidades del mercado (investigación del mercado meta), el cual contiene un análisis de lo requerido por el consumidor. Una vez reconocida la necesidad del mercado meta, la empresa debe desarrollar las labores suficientes para fabricar un producto que pueda satisfacer la necesidad identificada¹.

La otra cara está representada en la posibilidad de que el negocio sea rentable para la empresa, es decir, que exista un

1 STANTON, ETZEL y WALKER. *Fundamentos de marketing*, cit., p. 203.

interesante retorno de la inversión (TIR). Cuando la empresa cree que puede satisfacer la necesidad del consumidor y que el negocio reportará una buena utilidad inmediatamente entra a ejercer su derecho de ingresar al mercado, es decir, su autonomía.

En desarrollo de la autonomía mencionada, la empresa establece el producto ofrecido y sus características, el lugar donde lo venderá, el precio al cual será ofrecido y el tiempo o periodo en el cual desarrollará su actividad empresarial. Estos cuatro factores se agrupan en lo que se denomina la libertad de entrada de una empresa al mercado. Cualquier comportamiento de una empresa encaminado a impedir que el ciclo de oferta de otra empresa se desarrolle en un mercado genera de inmediato problemas de competencia.

En otras palabras, la libertad de entrada significa la inexistencia de barreras² que impidan a una persona adelantar una actividad económica (libre iniciativa privada y libertad económica)³. Las barreras a la entrada son obstáculos que impiden la entrada al mercado. Las barreras se presentan bajo las siguientes formas: 1. Barreras regulatorias; 2. Barreras de mercado, y 3. Barreras impuestas por los competidores.

Entonces, el fenómeno que impide el normal ingreso al mercado se denomina barrera a la entrada, que no es más

2 “Barrera a la entrada es cualquier impedimento que evite que nuevas empresas compitan en igualdad de circunstancias con las ya existentes en una industria”: MCEACHERN. *Microeconomía. Una introducción contemporánea*, cit., p. 200.

3 “La libre iniciativa privada, conocida también como libertad de empresa, 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.

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. En esa medida, la misma constituye un valor colectivo que ha sido objeto de especial protección constitucional”, Sentencia T-291 del 22 de junio de 1994, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

que una carga o límite para que una empresa entre a competir en un mercado.

Barrera regulatoria. Esta barrera se presenta por la imposición normativa que ha establecido un Estado en virtud de su poder de intervención en una economía⁴.

La regulación puede estar dirigida a establecer los sujetos calificados que pueden ofrecer el bien o servicio, las formas de oferta del producto, los aspectos tributarios y otros que llevan a la generación de costos o de características mínimas que debe tener un comerciante para ingresar, los cuales significan la imposibilidad de ingreso a un mercado⁵. Un ejemplo de mercado regulado se presenta en servicios públicos, que por ser un tema de interés público y de orden público económico⁶ se encuentran absolutamente regulados; allí el mercado está regulado desde el ingreso de una empresa hasta la prestación del servicio final al consumidor. Se determinan como barreras regulatorias,

4 Artículo 334 de la Constitución Política de Colombia.

5 "A veces los poderes públicos limitan la competencia en algunas industrias. Importante ejemplos son las patentes, las restricciones de entrada y los aranceles y contingentes sobre el comercio exterior": PAUL SAMUELSON y WILLIAM NORDHAUS. *Economía*, 14.ª ed., McGraw Hill, 1993, p. 202.

6 "La noción de orden público económico hace referencia al sistema de organización y planificación general de la economía instituida en un país. En Colombia, si bien no existe un modelo económico específico, exclusivo y excluyente, el que actualmente impera, fundado en el Estado Social de Derecho, muestra una marcada injerencia del poder público en las diferentes fases del proceso económico, en procura de establecer límites razonables a la actividad privada o de libre empresa y garantizar el interés colectivo. En el sistema político colombiano, el orden público económico se consolida sobre la base de un equilibrio entre la economía libre y 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, evitando los abusos y arbitrariedades que se puedan presentar en perjuicio de la comunidad, particularmente, de los sectores más débiles de la población", Sentencia C-083 de 1999, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

entren otras, las patentes⁷, las licencias⁸ y las restricciones a las importaciones⁹. Esta última no es ilegal (principio de legalidad); sin embargo, es usada muchas veces, sin lógica, causando daño a la competencia. Existen regulaciones nulas o inconstitucionales.

Barrera estructural. Es aquella barrera creada por la estructura particular de un mercado, como es el caso de la inversión mínima requerida para participar en un segmento, por ejemplo en el sector de los envases de vidrio, donde el capital es una barrera de ingreso en la medida en que el inversionista debe contar con el respaldo económico para crear su empresa y activarla para competir. Esta barrera depende de situaciones inherentes al mismo mercado. Otro ejemplo son los costos hundidos y las necesidades tecnológicas¹⁰. Esta barrera no es ilegal, pues no es imputable a

7 “Las patentes constituyen una forma muy especial de restricción legal a la entrada. Se conceden a los inventores para permitirles tener el uso exclusivo (o monopolístico) temporal del producto o proceso patentado. Por ejemplo, Polaroid tiene el monopolio absoluto del mercado de cámaras instantáneas gracias a la protección de una patente. Los poderes públicos conceden monopolios de patentes para fomentar la invención”: SAMUELSON y NORDHAUS. *Economía*, cit., p. 202.

8 “Los gobiernos también restringen la entrada o la salida en muchas industrias. A menudo conceden monopolios por licencia a las empresas, que son contratos por los que el estado les concede el derecho exclusivo a prestar un servicio (normalmente, agua, electricidad, gas natural o conexiones telefónicas), a cambio del cual estas acuerdan limitar sus beneficios y suministrar sus servicios a todos los clientes. Esta fórmula suele adoptarse en las industrias que son monopolios naturales de bienes y servicios importantes. Por ejemplo AT&T ha utilizado hasta hace poco barreras a la entrada autorizadas por el estado para impedir a los competidores entrar en el sector del teléfono de larga distancia”: ídem.

9 “Las restricciones de las importaciones, tiene una justificación económica de menor peso. Supongamos que en una industria es posible la competencia perfecta, pero todos los gobiernos imponen elevados aranceles o contingentes sobre los productores extranjeros. Como consecuencia, el mercado de cada país será mucho menor, pues los productores sólo pueden vender en el mercado de su país”: ídem.

10 “Las barreras estructurales a la entrada se originan en las características básicas de la industria, como la tecnología, los costos y la demanda. Existe un debate sobre cuales son los factores que constituyen barreras estructurales relevantes.

ningún agente económico, sino a las condiciones propias del mercado.

Barrera creada por competidores. Estas barreras se constituyen por empresas que se encargan de generar un escenario económico desalentador para potenciales competidores, en la medida en que les hacen difícil la entrada. Es decir, el interesado en el mercado lo analiza y encuentra que no obstante ser una buena oportunidad, su ingreso está lleno de obstáculos que no le permitirían sobrevivir a la fase de conocimiento, profundización o penetración, pues está muy posiblemente destinada a salir del mercado como consecuencia del comportamiento inapropiado de empresas que generaron la barrera¹¹. Como ejemplo, pensemos en un escenario

La definición más amplia establecida por JOE BAIN sugiere que las barreras a la entrada surgen de la diferenciación de productos, de las ventajas por los costos absolutos de las empresas afianzadas y de la economía de escala. La diferenciación de productos crea ventajas para las empresas afianzadas, por cuanto las empresas que entran a la industria deben salvar el obstáculo que representa la lealtad acumulada por el público hacia la marca de los productos ya existentes. Las ventajas absolutas de costo implican que estas empresas nuevas entran con costos unitarios más altos, independientemente del índice de producción, probablemente debido a que tienen un nivel tecnológico inferior. Las economías de escala limitan el número de empresas que puede funcionar con costos mínimos en un mercado de un determinado tamaño.

“Una definición menos amplia de las barreras estructurales es la de GEORGE STIGLER, quien sugiere que las barreras a la entrada surgen solamente cuando la empresa que entra debe incurrir en gastos que las empresas afianzadas no tienen. Esta definición excluye la economía de escala como barrera. Existen algunas divergencias sobre si la definición de STIGLER incluye costos en los cuales no incurren las empresas afianzadas en este momento o costos en los cuales nunca han incurrido”: CARLOS ALBERTO RUIZ (profesor de la Universidad Externado de Colombia). *Documento de definiciones*, s. f., s. 1.

- 11 “Las barreras estratégicas a la entrada surgen de la conducta de las empresas afianzadas. Específicamente, las empresas en ejercicio de su posición pueden actuar para fortalecer las barreras estructurales o pueden amenazar con tomar medidas retaliatorias contra las empresas nuevas en caso de que entren a la industria. No obstante, estas amenazas deben ser creíbles en el sentido de que las empresas afianzadas deben tener un incentivo para ejecutarlas en caso de que ocurra la entrada. La disuasión estratégica a la entrada generalmente tiene que ver con algún tipo de conducta preferencial excluyente por parte de las empresas afianzadas. Un ejemplo es la apropiación excluyente de recursos

donde a una empresa le es imposible entrar al mercado ante la imposibilidad de encontrar materia prima y transformarla en producto terminado, pues la empresa participante en el mercado creadora de la barrera compra bajo la modalidad "todo o nada", con lo que bloquea cualquier entrada de un potencial competidor, en la medida en que este no puede contar con la materia prima necesaria para el funcionamiento de su empresa. Como se observa, es una carga de ingreso al mercado que no depende de la estructura misma del mercado y mucho menos de la parte regulatoria, sino que es el resultado del comportamiento de un empresario que impide la competencia. Esta es una barrera ilegal, la que nos importa para el asunto que nos ocupa.

Debe quedar claro que la obligación de competir es una materia de orden público y por ende intransigible, por ello está por fuera del poder dispositivo de las partes.

De acuerdo con lo anterior, las empresas tienen, en principio, una amplia libertad de participación en el segmento económico que escojan; sin embargo, el Estado, en su función de intervención en la economía, muchas veces regula el mercado, y es el encargado de imponer barreras de entrada a este. Este tipo de barreras, por principio de legalidad, resultan válidas mientras no sean demandadas por inconstitucionales, generalmente por favorecer a unos sin atender el interés general de la colectividad. También se encuentran las barreras estructurales, que son las propias de cada mercado en particular, constituidas por el mismo desarrollo de los segmentos. Un ejemplo de barrera de

(es decir evitar el acceso de los competidores a las fuentes de materia primas o canales de distribución que son importantes para desarrollar una actividad comercial), mediante la cual una de las empresas afianzadas sobreinvierte en capacidad, con el fin de amenazar con una guerra de precios en caso de que ocurra la entrada. Otro sería la creación artificial de nuevas marcas y productos con el objeto de limitar la posibilidad de imitación. Esta posibilidad sigue siendo materia de debate", RUIZ. Ob. cit.

mercado se presenta en el campo de las telecomunicaciones, donde la tecnología es una alta barrera, pues la inversión de hoy está mañana desvalorizada por la nueva tecnología, que permite más cobertura y es menos costosa. La empresa no invierte en nueva tecnología por el temor de no poder recuperar el dinero. Por último, está la barrera creada por los competidores, la cual resulta ilegal pues impide la competencia en beneficio de pocos. Son comportamientos que causan daño imputable a su autor. Se genera responsabilidad por falsear la competencia.

Con esta finalidad, el bien tutelado por las normas de competencia es la autonomía de la voluntad de las empresas en su actividad, siendo inaceptables comportamientos que impidan ese desarrollo. Cuando esto ocurre, existe daño al bien tutelado.

Para mayor alcance del tema se describen las siguientes barreras:

- Barrera por economía de escala: la participación en las diferentes escalas permite a una empresa ahorrar costos en la producción final del bien o servicio, y reducir sus costos fijos. Esta situación desalienta a los competidores existentes o a los potenciales entrantes.
- Barrera por necesidades de capital: se refiere a los recursos financieros mínimos necesarios para abastecerse de los factores de producción necesarios para iniciar operaciones.
- Barrera de tecnología: es la suma de los conocimientos, de los medios y de los métodos destinados a producir bienes y servicios. La tecnología se considera como el cuarto factor productivo. Si esta es deficiente, no es posible lograr eficiencias ni economías de escala que permitan elaborar un producto con el menor costo de producción, lo cual impediría una entrada exitosa al mercado.

– Barrera por acceso a materias primas e insumos: la imposibilidad de acceder a los productos básicos utilizados en los procesos industriales para la producción de bienes. El retraso en la consecución de las materias primas trae como consecuencia suministrar al mercado los productos fuera de tiempo, lo cual se convierte en una ventaja para los competidores.

– Barrera por nivel de concentración: se relaciona con la forma en que un número reducido de empresas representa una gran parte de la actividad económica de una industria. La concentración generalmente se mide como un porcentaje sobre el nivel de ventas. En la medida en que existan menores competidores en el mercado y estos tengan altas participaciones, el nivel de concentración es una fuerte barrera de entrada al mismo.

– Barrera por escasez en los productos sustitutos: es la imposibilidad de conseguir productos que satisfagan las mismas necesidades con precios similares. En caso de existir suficientes productos sustitutos, el mercado del producto se amplía y la dificultad de entrar se hace mayor.

– Barrera por elasticidad en el precio: se refiere a los cambios en la demanda de un bien (aumento o disminución en su consumo) como consecuencia de cambios en el precio de dicho bien (aumento o disminución). Si el consumo disminuye en mayor proporción ante un aumento en el precio, esto implica la presencia de bienes sustitutos, que ampliarían el mercado-producto e influirán en el interés de entrada en el mercado.

– Barrera por ayudas estatales: subsidios a la producción nacional: son los pagos que se otorgan a los productores para incentivar la producción de un bien. Estos pagos se dan de diferentes maneras, tales como un pago en efectivo o una rebaja de impuestos. La existencia de subsidios implica una discriminación respecto de un potencial competidor y aumenta los costos de producción.

– Barrera por sistema o canales de distribución: son los mecanismos de los cuales disponen los productores para hacer

llegar sus productos a los consumidores finales. Un deficiente sistema de distribución no permite penetrar un mercado.

– Barrera por precios regulados como consecuencia del monopolio: es la intervención del Estado en el mercado por medio de la fijación de precios como consecuencia de la inexistencia de competencia.

– Barrera por el poder de negociación de los productores y demás proveedores, y de los distribuidores y demás compradores: es la capacidad de estos grupos para desestimular a un potencial monopolista en su intento de aumentar los precios de manera rentable y sostenida. Se dificulta la entrada por cuanto a menos número de compradores o proveedores, es posible esperar que los precios de venta del producto sean menores y que los precios de compra de las materias primas e insumos sean mayores.

– Barrera de competencia potencial: se refiere a los productores de bienes sustitutos que pueden reacomodar fácilmente y a costos razonables sus instalaciones productivas para entrar a competir con un potencial monopolista. A mayor número de potenciales competidores, la participación esperada será menor, lo cual puede desestimular la entrada.

– Barrera por normas y sistemas de publicidad: son los requisitos legales que se deben cumplir para publicitar un bien o servicio.

– Barrera por experiencia y tradición en el mercado: se refiere al conocimiento del mercado por parte de quien ha participado en él.

Las barreras enunciadas son tan sólo algunas de las que existen dentro de un mercado.

B. Libertad de escogencia del consumidor

La libertad de escogencia es la facultad que tiene una persona para satisfacer su necesidad definiendo su preferencia dentro de las diferentes alternativas que le brinda el mercado.

La libertad de escogencia del consumidor es explicada desde dos puntos de vista: uno económico y otro de *marketing*.

El punto de vista económico. Del lado de la demanda participa la persona que mediante de la adquisición de bienes y servicios satisface sus necesidades. Como consumidor, determina sus deseos y necesidades, representados por lo que anhela adquirir con su dinero. El consumidor recibe un ingreso y lo invierte de forma tal que cubra sus principales necesidades, y renuncia a aquellas que por su restricción presupuestal no puede satisfacer en este momento.

Una vez el consumidor ha definido sus necesidades prioritarias, debe proceder a escoger los bienes que más se ajustan a lo que él requiere. En tal sentido, son muchos los factores que debe observar para su mejor escogencia, como son: precio, servicio, calidad de los bienes, exclusividad de la marca, transporte, plazos de pago, etc. En esta labor, el potencial comprador recibe una información que le es entregada por el mercado, hace una valoración de ella y decide qué adquirirá.

Puede concluirse que de acuerdo con el comportamiento de la demanda descrito, el potencial adquirente de un producto cuenta con total libertad para hacer su elección en el mercado; por tanto, cualquier comportamiento de la empresa que atente contra este orden de libertad causa daño al bien tutelado. El ingreso es un dinero que entra a hacer parte de los bienes de una persona, y a partir de ahí esa persona tiene libertad de disponer de ese dinero, sin que sea posible que el comportamiento de terceros le impida el disfrute de ese bien induciéndolo a escoger mal o sin darle siquiera la oportunidad de escoger.

El punto de vista del marketing. Frente a la explicación económica de libertad de escogencia se encuentra la justificación de *marketing*, la cual parte de explicar las etapas del proceso de compra y encuentra la afectación a la libertad de escogencia en todo comportamiento humano que afecte la selección de un producto en una de las etapas comentadas. Para entender la situación es necesario precisar la forma como se desenvuelve el comportamiento de un potencial comprador al momento de hacer la elección, y así determinar cómo se restringe la escogencia.

El proceso evolutivo de selección de un producto consta de cuatro etapas: 1. El reconocimiento de una *necesidad* por parte de un sujeto; 2. La identificación de los productos disponibles dentro del mercado que pueden satisfacer esa necesidad; 3. El estudio de las alternativas que existen, donde se analizan las características, precio, calidad, idoneidad o servicio, variables pregonadas por las empresas que ofrecen los productos, y 4. La selección del producto.

El comprador detecta lo que requiere del mercado, despertando su deseo de adquirir un bien o un servicio que otro ofrece¹². Después define las alternativas¹³ (marcas disponibles). En esta fase el consumidor tiene la carga de informarse acerca de las empresas que ofrecen un producto, las cuales agrupadas representan las empresas con posibilidad de ser

12 “Todos tenemos deseos y necesidades insatisfechas que ocasionan malestar [...] La necesidad puede permanecer latente hasta que la despierta un estímulo externo, digamos ver un nuncio o un producto”: STANTON, ETZEL y WALKER. *Fundamentos de marketing*, cit., p. 123.

13 “Una vez reconocida una necesidad el consumidor identifica las opciones capaces de satisfacerla. En la búsqueda de alternativas influye:

- Cuánta información tiene el consumidor de experiencias anteriores y de otras fuentes.

- La confianza que el consumidor tiene de esa información.

- El valor esperado de información adicional”.

Ídem.

escogidas¹⁴. Posteriormente estudia cada alternativa¹⁵. En esta etapa el consumidor analiza cada opción que ofrece el mercado y determina cuál se acerca más a lo que él busca, bien sea en cuanto al precio, la calidad del producto, la forma de pago, las garantías, o por otras condiciones que para él son importantes. Por último hace su elección¹⁶. El consumidor define lo mejor para él y cancela una suma de dinero por el producto o servicio: su intercambio.

En estas cuatro descripciones aparece explicado el proceso de escogencia, desde que el posible adquirente se crea una imagen, la busca en el mercado, la estudia y por último la escoge. En ese sentido, se afecta la libertad de escogencia desde el punto de vista de *marketing* cuando se presentan comportamientos de terceros que afectan el libre desarrollo de estas etapas. Es decir, la libertad trata un proceso sin distorsiones que afecten la voluntad humana en la decisión de compra. Entonces, si una empresa impide que un competidor participe dentro de las alternativas de mercado; o impide la información necesaria para que un bien o servicio sea estudiado como posibilidad por el consumidor; o impide la verdadera escogencia del producto, se tiene que en esos casos se afecta económicamente la libertad de escogencia que posee un particular.

Lo perjudicial se presenta en la medida en que en el supuesto de que se impida al consumidor tener acceso a todas las alternativas éste podría no hacer su mejor elección para satisfacer su necesidad. En tal sentido, lo lógico es que el consumidor, para hacer rendir su dinero, observe todas las

14 Ver al respecto en libros de obligaciones cargas del negocio jurídico.

15 "Después de identificar todas las opciones razonables, el consumidor las evaluará antes de tomar una decisión. La evaluación supone establecer uno o varios criterios a partir de los cuales comparará cada alternativa. Por ejemplo: precio, facilidad, etc.": STANTON, ETZEL y WALKER. *Fundamentos de marketing*, cit., p. 123.

16 "El consumidor decide comprar o no y toma otras decisiones relacionadas con la compra": ídem.

alternativas sin límites para escoger, porque esto le permite disponer de una mejor capacidad adquisitiva.

Aunque sea reiterativo, es de señalar que cualquier comportamiento empresarial que impida o limite el proceso de compra y no permita el libre desarrollo de la demanda es un supuesto rechazado por las normas de competencia.

La afectación a la libertad de escogencia también es desarrollado por el ordenamiento jurídico, con lo que conocemos con el principio de la autonomía de la voluntad.

La autonomía de la voluntad¹⁷ es el desarrollo de libertades que tiene un sujeto para escoger: la parte con la cual

17 “La autonomía de la voluntad es aquel principio que confiere a la voluntad jurídica la atribución de crear negocios jurídicos sin ultrapasarse el ordenamiento coactivo, brindándoles su contenido y su eficacia jurídica [...] La autonomía de la voluntad parte de dos postulados clásicos en esta materia: en primer lugar, la igualdad jurídica de las partes, y luego, la libertad jurídica de ellas. La Igualdad Jurídica se debe relacionar con la igualdad entendida en el sentido de nuestra Constitución Nacional, todos los habitantes son iguales ante la ley; la Libertad Jurídica se concibe como libertad –desde el punto de vista jurídico– para contratar o no contratar, para anudarse o no mediante el acuerdo; es un proceder libremente dentro del ámbito de lo lícito, o sea, de lo no prohibido por la ley, sancionada esta, sin desconocimiento de la ley suprema nacional. Cuando esa autonomía tiene por efecto crear negocios jurídicos bilaterales en el campo patrimonial, nos hallamos ante “la libertad de contratar” y ante la “libertad contractual.”

La autonomía de la voluntad se manifiesta como libertad para (o de) contratar, o sea, la libre celebración del contrato de autodecisión. Es la atribución que tienen los particulares para contratar o no y, en caso de hacerlo, para elegir la persona del otro contratante. Se contrata porque se quiere y se contrata con tal persona porque así se desea.

El segundo aspecto en que se manifiesta la autonomía de la voluntad lo constituye la libertad contractual. Es la libertad que tienen las partes para establecer el contenido del contrato, o sea, la autorregulación. En uso de esta libertad, los contratantes pueden hacer su propio contrato, dejando de lado –si lo estiman conveniente– todas las reglas de derecho civil que no impliquen un interés de orden público o que hayan sido dictadas en resguardo de las buenas costumbres: es decir, las normas imperativas.

En síntesis, mientras la “libertad contractual” atañe a la autonomía de la voluntad en la fijación del contenido del contrato –exista o no esquema o tipo legal de contrato–, la “libertad de contratar” significa que las personas tienen la facultad de vincularse o no con contratos”: GRETA SPOTA. *Instituciones de Derecho civil. Contratos*, vol. 1, Buenos Aires, Depalma, pp. 20 a 23.

contrata; el producto objeto del negocio; y el contenido contractual que va a regir la relación jurídica. Al combinar la autonomía de la voluntad con la libertad de escogencia nace para el consumidor un derecho que le asegura poder escoger lo que el desee y lo que más se acerque a la satisfacción de su necesidad, siendo castigados los comportamientos de terceros que vulneren o afecten dicha libertad.

Pensemos en dos empresas competidoras de un producto X que deciden arreglar entre ellas a qué personas atenderá cada una. Según ese arreglo, el productor A se encargará del mercado al detal y el productor B tendrá a su cargo el mercado al por mayor. Así, los interesados en comprar pequeñas cantidades sólo tendrán una opción y no serán atendidos por quien vende en grandes cantidades. En tal situación la competencia se ve falseada por el arreglo entre competidores que privan a los consumidores de escoger un empresario diferente del que les fue asignado. Lógicamente, tal asignación lleva a más situaciones reflejadas en el precio y el servicio, variables que estarán siendo vulneradas por la falta de competencia entre empresas que prestan servicio dentro del mismo segmento. El consumidor no puede escoger a una empresa porque esta arregló limitar la oferta al consumidor. Otro ejemplo puede ser la publicidad engañosa, la cual daña el proceso de escogencia puro del consumidor.

Como se trata de una situación que jurídicamente está basada en una relación de causa y efecto, como todo el derecho, la causa que impide el ejercicio de la libertad de escogencia es el arreglo entre competidores para restringir la oferta a compradores con determinadas características.

La libertad de escogencia pretende cuidar el ingreso y el proceso de compra de las personas que hacen parte de la demanda, salvaguardando que en la búsqueda de su preferencia puedan maximizar su capacidad adquisitiva. Es decir, que puedan satisfacer la mayor cantidad de necesidades.

También la libertad de escogencia incluye la variedad de precios y de bienes.

Otro aspecto atinente a la libertad de escogencia es la variedad de bienes ofrecidos que permite que un mercado no dependa de una empresa en particular. En este orden, si una de las empresas aumenta el precio de sus productos de manera desbordada, el consumidor tendrá la opción de escoger otros productos cuyo precio no ha subido. Situación que no ocurriría si solamente existiera un productor dentro del mercado, pues ante un aumento de precios, los consumidores quedarían limitados a aceptar esas condiciones o a renunciar a satisfacer esa necesidad.

Este principio resulta estar protegido dentro de los diferentes supuestos restrictivos, como por ejemplo en el acuerdo de precios iguales, ya que si los precios han sido arreglados entre competidores bajo la figura de precio igual, el mercado no contará con variedad de precios.

Pero fuera de ser un principio que tiene su desarrollo en los supuestos restrictivos, también sirve de principal soporte para el tema de integraciones jurídico-económicas entre empresas, donde el Estado, en su función interventora, al momento de aprobar una operación trata de cuidar que el mercado quede con alternativas válidas, impidiendo que se formen estructuras atomizadas rodeadas de barreras a la entrada y de mercados no elásticos en la variable demanda y en la variable oferta. Cuando entremos en el tema de integraciones se verá con mayor profundidad este punto, y se entenderá mejor la aplicación de este principio también en la regulación de integraciones empresariales.

C. Eficiencia del aparato productivo nacional

La empresa cuenta con una responsabilidad social. Dicha responsabilidad es la de ser eficiente en el mercado, buscar que su actividad sea lo menos costosa posible en beneficio de la comunidad.

Si las empresas producen a bajo costo sin perder la calidad de sus productos, el consumidor obtendrá un buen precio

por determinado bien, y así tendrá capacidad adquisitiva para comprar más bienes que los que podría comprar si tuviese que enfrentar empresas ineficientes con altos costos de producción, pues en este caso los precios serían altos.

Al mismo tiempo, dentro de la competencia los eficientes permanecen. Los ineficientes tienen que abandonar el mercado, pues sus costos son altos y esto los obliga a salir en virtud del mejor desempeño de los eficientes, lo cual permite en últimas tener una economía fluida, y que la capacidad adquisitiva de bienes aumente.

Así, la eficiencia es la última razón de ser de la competencia, y el verdadero bien tutelado, pues a través de esta es como se protege indirectamente al consumidor y por ella las empresas adoptan comportamientos encaminados a volverse eficientes.

Entonces, la eficiencia no es más que una conducta adoptada por las empresas encaminada a reducir los costos finales de un producto para favorecer con ello a los consumidores, quienes en relación directa podrán, por el ahorro obtenido de la empresa eficiente reflejado en el precio final del producto, adquirir más bienes, con lo que se fortalece su capacidad adquisitiva dentro del mercado.

Todo este principio debe ser observado con realismo, pues al momento de calificar la eficiencia económica debe determinarse los costos que tiene un comportamiento para una economía. No puede caerse en el absurdo de calificar un comportamiento como restrictivo, cuando se demuestre que este es beneficioso para el mercado, pues se estaría contrariando el sentido socioeconómico del Derecho de la competencia. Puede resultar que sea más costoso para la sociedad convertir un comportamiento dirigido a una economía de mercado perfecto, que dejarlo como está, ya que la comunidad obtiene mayor beneficio en este último caso.

La eficiencia económica aplicada en materia de competencia espera que esta depure el mercado, eliminando a las

empresas ineficientes y manteniendo a las más preparadas y eficaces, con lo cual otorga un beneficio al consumidor.

En tal sentido, pensamos que los funcionarios, autoridades, gobernantes y litigantes deben observar este principio con toda claridad y profundidad, pues puede ocurrir que la competencia sea utilizada no para destruir, sino para construir. Por tanto, cada estructura debe ser estudiada en particular, observar su mecánica y encontrar si la conducta investigada afecta la economía o la favorece.

El hecho de que el Derecho de la competencia tienda a buscar un mercado perfecto, no hay que olvidarlo, desconoce que lo perfecto es una utopía, y en tal sentido de imposible realización. Por tanto, la autoridad no puede exigir lo imposible o costoso para las empresas desconociendo una realidad, como lo es el favorecimiento que obtiene una comunidad con un comportamiento empresarial. La búsqueda de lo utópico es destructiva para una economía, por ello resulta de la mayor importancia que antes de calificar un comportamiento como restrictivo, las autoridades evalúen la falla en el mercado y analicen si la búsqueda del mercado perfecto en su posible orden hace más costoso el mercado, repito, por buscar lo utópico.

En términos de responsabilidad, la eficiencia del aparato productivo es justificativa, es decir, una forma de probar que el bien tutelado no se vio afectado. Lo verdaderamente importante en materia de competencia es la eficiencia económica, siendo el directo y principal bien protegido, inclusive por encima de la estructura de un mercado.

No podrían dejar de nombrarse otros objetivos macroeconómicos que también pueden ser pretendidos por las normas de competencia externas, como son una política de empleo, el desarrollo regional, la protección a una industria nacional frente a extranjeras, el control de la inflación y la desigualdad en el poder negocial.

II. ANTIJURIDICIDAD DENTRO DEL MERCADO RELEVANTE

Las tres finalidades a que se hizo referencia como parte integrante del bien jurídico tutelado por las prácticas comerciales restrictivas deben ser observadas indistintamente en cada segmento de mercado, es decir, tienen aplicación en cada actividad escogida por las empresas. Con lo anterior se deja constancia de que el régimen de prácticas comerciales restrictivas tiene aplicación en todos los segmentos económicos, inclusive en los regulados.

Cada actividad económica está separada en lo que se define como mercado relevante, que es el escenario económico donde se presentaría el daño con el comportamiento restrictivo empresarial.

Se denomina “mercado relevante” al segmento económico donde presuntamente una empresa está impidiendo el libre desarrollo de la oferta o la demanda, es decir, donde se está presentando la falla de mercado causándoles daño a los principios comentados¹⁸.

Para definir qué es un mercado relevante, es necesario primero partir del alcance de la expresión mercado, para así entender la segmentación que se pretende del mismo¹⁹.

Mercado es el lugar geográfico donde se encuentran la oferta y la demanda de un producto determinado que se pretende intercambiar a cambio de un precio²⁰. Del lado de

18 COLOMA. *Defensa de la competencia*, cit., pp. 57 a 72.

19 CREUS CARRERAS y LACALLE MANGAS. “Comunicación sobre la definición del mercado relevante a los efectos del derecho comunitario de competencia”, cit. pp. 105 a 107.

20 “El mercado relevante es el ámbito geográfico en el cual se ofrecen o demandan los productos o servicios en un espacio temporal determinado.

En términos generales, el mercado relevante significa los límites que identifican a aquellos grupos de vendedores o compradores del producto u oferentes del servicio en los que el agente económico compete.

En forma más simple, el mercado relevante es el espacio geográfico en el que se ofrecen o demandan productos o servicios similares. Como consecuencia el mercado relevante tiene una doble dimensión: de productos o servicios y

la demanda se encuentra el consumidor, y del lado de la oferta, el empresario.

Son muchas las variables que se encuentran dentro de la definición de mercado: lugar, oferta, demanda, producto y precio. Todos estos ingredientes logran definir un mercado y diferenciarlo de otro. Por ello, un mercado, de acuerdo con el lugar donde se desarrolle, es diferente de otro ubicado en otro lugar, en cuanto a precio, participantes (consumidores y empresas) y demás.

Teniendo en cuenta la definición de mercado y sus elementos, es necesario delimitar previamente el segmento que se va a proteger (mercado relevante).

No es posible determinar si un comportamiento afecta a la competencia si antes no se ha definido el producto que venden las empresas; los competidores que enfrenta; los consumidores que requieren el servicio, así como el territorio, ya que el daño por el comportamiento anticompetitivo se sufre directamente dentro de un segmento específico de la economía que se denomina *mercado relevante*.

Así las cosas, tenemos que el Derecho de la competencia tiene aplicación en todos los segmentos de mercado existentes en una economía y en cada uno de ellos se exige el libre desarrollo de los principios o aspectos económicos indicados en puntos anteriores.

El mercado relevante es la segmentación de la economía en pequeños mercados autónomos e independientes, donde se exige siempre la realización y observancia de las finalidades de la competencia. Por tanto, el mercado relevante es el escenario económico donde se falsea la competencia.

Para establecer el mercado relevante se debe determinar primero el territorio donde participa y los bienes o servicios que ofrecen las empresas. Es decir, el mercado relevante se

geográfica o territorial”: GINEBRAU SERRABOU. *Derecho de la competencia*, cit., pp. 101 a 112.

conforma por el mercado-producto y el mercado-territorio. La sumatoria de estos dos permite segmentar un mercado de otro con miras a observar y estudiar el desarrollo de la competencia.

Por el lado del *mercado-territorio* se observa la segmentación de acuerdo con la zona de influencia de la empresa, que es la zona donde vende sus productos, y la extensión hasta donde el consumidor puede trasladarse y comprar ese bien²¹. No es lo mismo una empresa vendedora de cerveza ubicada en Chile que otra empresa ubicada en Colombia, ya que el mercado relevante por territorio de las dos es absolutamente diferente, no obstante que manejan el mismo producto. Lo mismo ocurre dentro de un país, pues en determinados mercados las empresas participan en unos territorios y en otros no, y ello significa que no todas compiten entre sí. Para la existencia del mercado territorio debe tenerse en cuenta específicamente la zona donde las empresas participan y compiten de manera efectiva. Las demás no hacen parte del mercado-territorio.

Para entender mejor el concepto de mercado-territorio también se utilizan definiciones económicas, como lo es elasticidad de la oferta, figura que analiza la posibilidad y facilidad que tienen algunas empresas de entrar rápidamente a otro lugar de competencia diferente de donde están establecidas, y esto se presenta, por ejemplo, con empresas de otro

21 “El mercado geográfico de referencia se define como la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquellas”, Comunicación de la Comisión Europea (comunicación 97/C372/03 relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia): JOSÉ MARÍA BENEYTO PÉREZ. *El control de concentraciones en España: un nuevo marco legislativo para las empresas*, España, Instituto de Estudios Europeos, Centro de Política de la Competencia, 2001, pp. 32 a 37.

lugar donde el precio es alto, y la empresa estudiada puede llegar fácilmente, pues todavía reporta un margen de utilidad respecto de las que se encuentran en otro lugar definido. Es decir, son productores que tiene experiencia en la elaboración del producto final, pero que en principio no tienen presencia, aunque son elegidas o pueden llegar a serlo²².

Entonces, no solamente hacen parte del mercado-territorio las zonas específicas donde participan, sino todos los territorios donde es fácil entrar a competir. En desarrollo de lo anterior, no sólo hacen parte del mercado-territorio aquellas empresas que compiten de manera efectiva en un lugar, sino todas aquellas a las que ante un posible aumento de precios les resulte fácil participar en ese territorio específico donde antes no participaban.

Las autoridades de competencia, al momento de segmentar el mercado relevante bajo la óptica territorial, tienen los siguientes criterios:

- Precios.
- Estructura de la oferta.
- Estructura geográfica de las compras de los clientes.
- Características de los productos.
- Preferencias del consumidor.
- Obstáculos arancelarios .
- Flujos comerciales verdaderos.

22 “La elasticidad de la oferta indica el grado de reacción que muestran los productores a un cambio en el precio. Su respuesta depende de qué tan fácil o difícil sea modificar la producción como consecuencia de un cambio en el precio. Si el costo de ofrecer cada unidad adicional se incrementa abruptamente a medida que la producción aumenta, entonces un precio mas alto propiciará poco incremento en la cantidad de oferta, de modo que la oferta tenderá a ser inelástica. Pero si el costo adicional se incrementa lentamente conforme la producción aumenta, el señuelo de fijar un precio mas alto generará un incremento mayor en la producción. En tal caso la oferta tenderá a ser más elástica.

La extensión del periodo de ajuste es un determinante importante de la elasticidad de la oferta. [...] la elasticidad de la oferta es mayor cuanto más extenso es el período de ajuste”: MCEACHERN. *Microeconomía. Una introducción contemporánea*, cit., pp. 100 a 103.

En resumen, el mercado territorio se puede representar así:

| | | | | |
|--------------------|---|--|---|---|
| Mercado territorio | = | Territorio donde participa la empresa con presencia efectiva | + | Territorios diferentes al de presencia efectiva donde todavía es rentable la venta del producto |
|--------------------|---|--|---|---|

En lo que se refiere al *mercado-producto* se puede señalar que este concepto agrupa los productos que satisfacen la necesidad requerida por el consumidor, es decir, los bienes o servicios que compiten entre sí²³. En este sentido, cada necesidad que el consumidor pretenda satisfacer representa en sí misma un mercado-producto. Bajo tal perspectiva, el mercado producto es una actividad empresarial diferenciada de otras.

Para segmentar el mercado producto primero se debe observar el *bien principal*, que es aquel que satisface la necesidad del consumidor. Este producto compite con todos aquellos de la misma clase. Es decir, el fabricante lucha por el mercado frente a todas las empresas que fabrican o producen diferentes marcas de productos de la misma gama. Por tanto, hasta acá se tiene que el mercado producto estará conformado por la actividad específica de una empresa.

Pero el mercado-producto no solamente está conformado por el *bien principal*, sino que también hacen parte de él aquellos bienes que se acercan a satisfacer la necesidad que proporciona al consumidor el producto principal. Es decir, hay productos que se denominan *sustitutos* porque pueden

23 "El mercado de referencia de producto es aquel que comprende la totalidad de productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos", Comunicación de la Comisión Europea (comunicación 97/C372/03 relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia): BENEYTO PÉREZ. *El control de concentraciones en España*, cit., pp. 32 a 37.

resultar admisibles para el consumidor ante una escasez del bien principal en todas sus marcas y que pueden remplazarlo en el mercado por un potencial comprador.

Para que se presente la sustitución se requiere que el bien sustituto tenga cercanía en cuanto a precio, así como en cuanto a la satisfacción que le brindará al consumidor²⁴.

Son productos *sustitutos perfectos* los bienes que pueden remplazar fácilmente al bien principal, los cuales compiten entre sí ya que también pueden ser escogidos por los consumidores. Entonces, el mercado producto estará conformado por los bienes principales y por los sustitutos perfectos.

Los sustitutos pueden ser a su vez de dos clases: perfectos e imperfectos²⁵. Los sustitutos perfectos, como se indicó, son

24 “La sustituibilidad de la demanda implica la determinación de la serie de productos que el consumidor considera sustitutos. Para llegar a esta determinación puede realizarse un ejercicio mental, que presuponga una variación pequeña y de precios relativos y que analice la posible reacción de los consumidores frente a esta variación. El ejercicio de definición del mercado se centra en los precios con fines operativos y prácticos, y mas concretamente en la sustitución de la demanda provocada por pequeñas variaciones permanentes en los precios relativos.

Desde un punto de vista conceptual, este enfoque implica que, partiendo del tipo de producto que las empresas afectadas venden y de la zona en que lo venden, otros productos y zonas se incluirán o excluirán de la definición del mercado según que la competencia de estos productos y zonas afecte suficientemente a la estrategia de fijación de precios de las partes a corto plazo o la restrinja [...].

La sustituibilidad de la oferta también puede tenerse en cuenta al definir el mercado relevante en los casos en que sus efectos son equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en términos de eficacia y de respuesta inmediata. Esto requiere que los proveedores puedan pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo, es decir, en un período que no suponga un ajuste significativo de los activos materiales e inmateriales para producir el producto, sin incurrir en costos o riesgos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos [...]”: GINEBRA SERRABAU. *Derecho de la competencia*, cit., pp. 101 a 112.

25 “La sustituibilidad por el lado de la demanda de un producto puede dividirse en perfecta e imperfecta. En la primera encontramos aquella que representa una satisfacción de necesidad muy cercana a la otorgada por el producto principal. La segunda, no obstante de ser un sustituto se aleja de las

aquellos que ante un alza de precios de los bienes principales son fácilmente escogidos en su reemplazo porque la satisfacción de su necesidad es muy cercana a la que otorgan aquellos. Los *sustitutos imperfectos* son aquellos bienes que no obstante acercarse a satisfacer una necesidad, no son escogidos por los consumidores en razón de su precio o de otros factores, y por dicha situación no hacen parte del mercado relevante, pues no compiten con el producto principal.

Económicamente, puede determinarse la sustitución de los bienes mediante ejercicios de elasticidad de la demanda²⁶, según la cual a través de proyecciones se aumenta

necesidades del consumidor, como por ejemplo en lo que tiene que ver con la variable precio. Si se toma como ejemplo el mercado de los aceites, tanto la margarina como el aceite de oliva son sustitutos del aceite de maíz, sin embargo el aceite de oliva mantiene un precio que lo convierte en sustituto imperfecto. Cosa diferente ocurre con la margarina, la cual por producto y precio representa un sustituto perfecto del aceite de maíz. Entonces debe concluirse que la sustituibilidad para determinar un mercado relevante no puede ser observada desde la naturaleza del bien para ser sustituto, sino por el verdadero desplazamiento de la demanda por un aumento de precios del bien principal”: MAURICIO VELANDIA. “Fusiones y concentraciones empresariales dentro de la ley antimonopolio”, *Letras Jurídicas*, vol. 6, n.º 2, septiembre de 2001, pp. 161 a 163.

- 26 “Según la ley de la demanda decreciente, la cantidad demandada tiende a variar inversamente al precio. Pero a menudo queremos saber cuanto variara en respuesta a una variación del precio.

La elasticidad precio de la demanda (denominada a veces elasticidad precio) mide cuanto varía la cantidad demandada de un bien cuando varía su precio. El concepto elasticidad es análogo a sensibilidad. La elasticidad precio de la demanda, es la sensibilidad de la cantidad demandada de un bien a las variaciones de su precio, manteniéndose todo lo demás constante [...]

Las demandas de bienes se diferencian por sus elasticidades. La demanda de bienes necesarios, como los alimentos, apenas suelen responder a las variaciones de los precios, mientras que los bienes de lujo, como los viajes en avión, generalmente son sumamente sensibles a los precios. Los bienes se dividen en diferentes categorías dependiendo de la sensibilidad de su demanda a las variaciones de los precios. Un bien es elástico cuando su cantidad demandada responde significativamente a las variaciones del precio y es inelástico cuando su cantidad demandada apenas responde a las variaciones del precio”: MCEACHERN. *Microeconomía. Una introducción contemporánea*, cit., pp. 100 a 103.

hipotéticamente el precio del producto principal a fin de observar cuál sería el comportamiento racional de los consumidores definiendo los productos que serían escogidos en reemplazo de los principales. Posteriormente, se adelantará el mismo ejercicio, pero esta vez aumentando el precio del bien principal y del sustituto perfecto, observando hacia dónde se dirige el pensamiento racional de compra de un cliente habitual. Puede repetirse el ejercicio hasta encontrar que un consumidor renuncia a satisfacer la necesidad por considerar no ajustado un precio con esta²⁷.

Para definir el mercado producto las autoridades de competencia utilizan los siguientes criterios:

- Propiedades y uso del producto.
- Precio.
- Preferencia de los consumidores.
- Diferentes categorías de clientes.
- Barreras y costes que limitan o impiden la sustitución efectiva.

En lo que se refiere al mercado producto, éste se puede graficar de la siguiente manera:

| | | | | | | |
|------------------|---|--------------------|---|-----------------------------|---|-------------------------------|
| Mercado producto | = | Bienes principales | + | Bienes sustitutos perfectos | - | Bienes sustitutos imperfectos |
|------------------|---|--------------------|---|-----------------------------|---|-------------------------------|

27 En Europa para definir esta parte del mercado relevante utilizan el test SSNIP (Small but Significant non Transitory Increase in Price) quien utiliza el ejemplo de bebidas refrescantes para dar un ejemplo de su aplicación. Parten del supuesto de que todos los productores del sabor A deciden aumentar 5 a 10% los precios de su producto. Si un aumento de esta naturaleza es rentable para los productores, ello significará que el sabor A es el mercado del producto relevante. En caso contrario, es decir que los consumidores decidan comprarle a B, el mercado del producto será más amplio. Tendría que repetirse nuevamente el ejercicio suponiendo que A y B aumentan el precio de 5 a 10%, observando si los consumidores se trasladarían a C, y así sucesivamente.

Por último, el mercado relevante puede resumirse en el siguiente gráfico:

| | | | | |
|-------------------|---|--------------------|---|------------------|
| Mercado relevante | = | Mercado territorio | + | Mercado producto |
|-------------------|---|--------------------|---|------------------|

Para finalizar esta parte es oportuno traer algunas definiciones de la Comisión Europea al respecto.

El mercado de producto referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos. En algunos casos, un mercado de producto referencia puede estar compuesto por una serie de productos o servicios individuales que, en gran medida, presentan características físicas o técnicas de gran similitud y son intercambiables.

El mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro y demanda de productos y servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas.

Bajo tal orden de ideas debe segmentarse el mercado relevante y encontrar la antijuridicidad del comportamiento, es decir, la afectación y su significancia.

III. CAUSAS EXCLUYENTES DE LA ANTIJURIDICIDAD

Excluye que un acto sea antijurídico, entre otras, la legítima defensa y el uso legítimo de un derecho.

Un ejemplo permite dar aplicación a lo dicho respecto de la antijuridicidad, veamos: en materia de acuerdos restrictivos se castigan los comportamientos paralelos de empresas, es

decir, cuando las empresas comienzan a actuar de manera idéntica dentro del mercado sin ninguna explicación, lo cual resulta estar dentro de la tipicidad ubicada en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992; pero puede ocurrir que la conducta, no obstante ser típica bajo la luz de prohibición de acuerdos, no sea antijurídica, por encontrarse una causal que excluye la misma, como se presenta con la hipótesis que trae el último inciso del artículo 14 de la Ley 256 de 1996, donde se expresa que el seguimiento de unas empresas a otro empresario (paralelismo), como una respuesta natural del mercado, resulta ser válido si no se excede en ello. Entonces, no obstante ser el comportamiento un paralelismo (acuerdo), el mismo, en ciertos escenarios, no se ajusta a lo antijurídico, pues resulta ser ese paralelismo en algunos casos una respuesta natural de mercado (uso legítimo de un derecho o legítima defensa), teniendo causal excluyente de antijuridicidad, no obstante tratarse de paralelismo. Entonces, en este caso, el seguimiento de unas empresas a otra tendría justificación, en su falta de antijuridicidad, no obstante ser típico.

Puede ser alegado para neutralizar la antijuridicidad, lo siguiente:

- Mejoras en la producción.
- Progreso técnico.
- Progreso económico.
- Participación equitativa de los consumidores en el beneficio resultante.
- Carácter indispensable de las restricciones.
- No eliminación de la competencia.
- Autorización previa al acuerdo.

Para culminar esta parte no sobra transcribir las palabras del senador SHERMAN cuando se estaba aprobando la Ley que lleva su nombre: “La unión del espíritu emprendedor y el capital no se conforma con la creación de sociedades y corporaciones que compiten entre sí. Por ello, se ha inventado una nueva forma de asociación denominada *trust*, cuyo

objeto es evitar la competencia mediante la coordinación de las sociedades y las personas que actúan en un determinado sector ofreciendo el poder a un pequeño número de personas y, a menudo a una sola [...] El único objeto de esas empresas es hacer la competencia imposible.”

IV. CASOS DONDE SE DEBE DEFINIR EL MERCADO RELEVANTE

La definición de mercado relevante es necesaria para todos los asuntos donde se debata este tema. Sin ella no existe interés que tutelar.

Así se encuentra su importancia en:

– Los asuntos relativos a acuerdos o carteles de la competencia, para definir si la conducta es significativa, es decir si dañó el interés tutelado.

– Los casos de abuso de posición de dominio, a fin encontrar si dentro de ese segmento el señalado como responsable sobrepasó sus límites comerciales abusando.

– En el entorno de la concentración empresarial, a fin de definir dónde tiene incidencia la unión, y cómo quedarán las estructuras del mercado en la oferta y en la demanda.

CAPÍTULO TERCERO

SUPUESTOS FÁCTICOS DE PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS (TIPICIDAD)

I. SUPUESTOS FÁCTICOS RESTRICTIVOS

Analizados algunos fundamentos económicos, ahora es necesario indicar que la inobservancia de estos genera imperfecciones económicas que atentan contra el libre desarrollo de los mercados o de la economía.

Teniendo en cuenta que se genera una imperfección y que es inapropiado alterar las normas de oferta y demanda, el derecho, como un ordenamiento positivo y por ende obligatorio para los particulares, retoma estos fundamentos y los plasma en normas jurídicas cuyo contenido representa un deber ser para los comerciantes, y los expone por su violación a consecuencias jurídicas que generalmente son sanciones y prohibiciones.

La regulación de competencia aparece contenida en la Ley 155 de 1959 y en los Decretos 1302 de 1964 y 2153 de 1992. Allí están las diferentes formas que el legislador considera como contrarias a la competencia y por tanto reprochables. Sin embargo, con la regulación especial para ciertos sectores económicos se han venido creando normas especiales para algunos de ellos. En tal sentido en temas de servicios públicos domiciliarios, financiero, televisión, salud, puertos y transporte, vigilancia privada, y otros casos, existen regulaciones específicas, que, dicho sea de paso, en

la mayoría de casos son una copia de lo que aparece en las normas ya mencionadas.

Dentro de esta regulación los supuestos fácticos restrictivos se dividen en:

- Acuerdos restrictivos de la competencia.
- Actos restrictivos de la competencia.
- Abuso de la posición dominante.

Cada uno de estos supuestos fácticos es tratado bajo una normatividad específica; ellos limitan la autonomía de los comportamientos desarrollados por las empresas dentro de un mercado relevante.

*Los carteles*¹ agrupan la prohibición de comportamientos arreglados adelantados por dos o más empresas encaminadas a alterar la competencia, bien sea porque pretenden excluir a 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 dentro de un mismo mercado relevante. Entre ellas arreglan o falsean la obligación de competir. También son denominados *carteles*.

*El abuso de la posición de dominio*² trata un supuesto fáctico que tiene aplicación en mercados altamente concentrados en un solo agente económico, imponiéndole a este, mediante regulación mayores responsabilidades o cargas por los riesgos a que queda expuesto un mercado debido a la dependencia hacia una empresa. Es decir, lo que pretenden las normas de competencia es que existan muchas empresas en un mercado, pero existen algunos mercados donde esto no ocurre por su propia estructura o por la eficiencia de una empresa que acabó con sus competidores, sin que sea ilegal

1 GERMÁN COLOMA. *Defensa de la competencia*, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 2003, pp. 121 a 157.

2 JULIÁN PEÑA. *Control de las concentraciones económicas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, pp. 208 a 250.

que en un mercado exista posición dominante; sin embargo, dicha situación sí resulta riesgosa para una economía, y por tanto, mediante el poder interventor del Estado se imponen mayores límites al actuar de agentes que ostentan poder de dominio, prohibiéndose algunos comportamientos que en caso de ser adelantados por empresas sin posición de dominio no resultarían calificados como abusivos³.

Por lo anterior, es fácil afirmar que el abuso de posición de dominio es un supuesto fáctico con sujeto destinatario específico, ya que las prohibiciones sólo lo son para los agentes que ostenten posición de dominio⁴.

En los *actos restrictivos de la competencia* se reprimen comportamientos unilaterales independientemente del grado de concentración del agente económico. Es decir, no son una norma con sujeto destinatario específico, como el abuso de posición de dominio. Son conductas desarrolladas por una sola empresa cuyo comportamiento genera imperfecciones, generalmente de tipo vertical, por tanto están usualmente presentes en las relaciones entre productor y distribuidor y limitan el actuar de estos.

Los tres comportamientos descritos (acuerdos restrictivos, abuso de la posición de dominio y actos restrictivos de la competencia) agrupan las hipótesis de conducta consideradas nocivas para la competencia. Cada una de ellas contiene a su vez formas particulares en su descripción. Es extensa la literatura que se encuentra para explicar cada uno de los comportamientos descritos como las hipótesis planteadas en ellos.

3 ADRIANA PASCUAL SEQUEROS. "Doctrina reciente del tribunal de defensa de la competencia en materia de abuso de la posición dominante", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, septiembre-octubre, 2000, pp. 43 a 50.

4 EDUARDO PRIETO KESSELER. "Principales problemas de la regulación del abuso de la posición de dominio", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, enero-febrero, 2000, p. 127.

CAPÍTULO CUARTO

TIPICIDAD DE LOS ACUERDOS Y/O CARTELES RESTRICTIVOS

I. CONCEPTO DE ACUERDOS Y CARTELES

Los acuerdos restrictivos de la competencia son comportamientos adelantados por dos o más empresas mediante los cuales arreglan su actuar dentro de un mercado, falseando la competencia, bien sea porque dejan de competir o porque pretenden eliminar a un competidor.

De lo mencionado es fácil afirmar que la obligación principal de una empresa cuando entra al mercado es la de competir. Esa obligación nace de lo ordenado en la Constitución Política al afirmar que la competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades. En tal sentido, la obligación principal de una empresa es competir, buscando su diferencia con otra. De ahí que los comportamientos arreglados entre competidores sean castigados por la ley, en la medida en que acaban con la competencia, falseándola.

II. CLASIFICACIÓN DOCTRINAL

La doctrina ha determinado diferentes clases de acuerdos restrictivos: Los acuerdos verticales y los acuerdos horizontales. Con el desarrollo de la regulación de competencia se evidenció que los carteles no solamente tenían consecuencias sobre la competencia cuando se adelantaban entre empresas

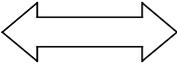
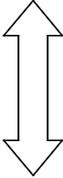
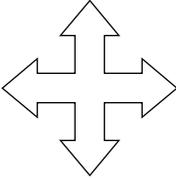
que se encontraban en la misma etapa de la cadena de valor, sino también cuando se presentan entre empresas con presencia en diferentes etapas de la cadena de valor. Entonces los mercados empiezan a clasificarse en verticales y horizontales.

Esta situación se presenta en la medida en que existen algunos agentes económicos que concentran un poder de mercado en una etapa previa a otra; esta situación tiene una consecuencia particular, y es que en ciertas ocasiones, en provecho de esta situación, las empresas pueden crear distorsiones en la cadena haciendo depender una escala de otra.

Así, un mercado relevante se observa desde el punto de vista *vertical* cuando se definen todos los pasos necesarios para obtener un producto final, desde la etapa de la generación de la materia prima hasta que el producto queda a disposición del consumidor para que este lo adquiera. Una descripción simple de un mercado vertical se presenta cuando se estudia el impacto de un comportamiento determinado en la fase de proveedores de materias primas; en la fase de productores de bienes terminados; y en la etapa de distribución. Las tres etapas son diferentes, y sin embargo están relacionadas entre sí; inclusive, una es dependiente de la otra. Debido a esa dependencia y a la relación de las fases de un mercado, el análisis de un mercado relevante bajo la óptica de competencia observa el impacto de un comportamiento vertical.

También se encuentra el mercado relevante observado bajo una óptica *horizontal*, según la cual se analiza la participación de las empresas dentro de una misma escala o fase de la cadena de valor. Es el caso de empresas que compiten entre sí en un mismo segmento económico y dentro de una misma fase, por ejemplo, productor con productor o distribuidor con distribuidor.

El mercado vertical y el horizontal se pueden representar de la siguiente manera:

| Mercado horizontal | Mercado vertical | Mercado relevante total |
|---|---|---|
|  |  |  |

Un acuerdo es horizontal cuando se presenta entre empresas que compiten en la misma escala de la cadena de valor, es decir entre empresas que compiten de manera directa, como el que se da entre dos productores de un mismo bien o servicio.

Los acuerdos verticales se presentan entre empresas que se encuentran en diferente escala de la cadena de valor, como los que se dan entre un productor y un distribuidor, o entre un proveedor de materia prima y un productor.

Acuerdos o carteles excluyentes y colusorios. El acuerdo *excluyente* es aquel que adelantan las empresas para eliminar a una empresa del mercado, reduciendo el número de alternativas para el consumidor¹. Este tipo de acuerdo está ligado a la creación de barreras que impiden la permanencia o ingreso de otra empresa al mercado. El acuerdo *colusorio* se presenta cuando las empresas arreglan no competir entre ellas, con lo que evitan la confrontación en una de las variables de competencia e igualan su actuar.

III. CLASIFICACIÓN LEGAL DE LOS ACUERDOS

En Colombia la definición de acuerdo aparece contenida en el numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992,

1 JORGE BOGO. “Conductas exclusorias y la legislación antimonopólica”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, enero-febrero, 2002, p. 54.

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.º de la Ley 155 de 1959.

En la primera parte de la definición de acuerdo aparece una numeración taxativa de las formas previstas por el legislador. Estas formas de acuerdo son las que a lo largo de este escrito llamaremos *vehículos conductores*; entre ellas encontramos el contrato, el convenio, la concertación, la práctica concertada y la práctica conscientemente paralela.

En la segunda parte de la definición se señala que para la configuración de un acuerdo se requiere la participación de “dos o más empresas”. De ahí que consideremos que el elemento primordial de un acuerdo es la participación de dos o más voluntades, entendiendo para este efecto que cada empresa debe tener una voluntad independiente y no sujeta a una unidad de control. Por tanto, los acuerdos tienen cabida en la medida en que se presenten entre empresas que no estén sujetas al dominio de un solo agente económico, pues ellas no se encuentran ya en competencia y su dirección está sujeta a un solo poder, que decide su destino empresarial, de ahí que los procesos de concentración económica sean autorizaciones para poder comportarse en bloque y no competir entre las concentradas.

Resumiendo, para que una conducta sea considerada como restrictiva se requiere:

vehículo conductor + dos o más empresas + supuesto restrictivo

Son cinco las formas de acuerdo o vehículos conductores:

1. Contrato.
2. Convenio.

3. Concertación.
4. Práctica concertada.
5. Práctica conscientemente paralela.

Estas formas son los medios o fuentes requeridos para ser combinados con los supuestos restrictivos contenidos en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 o en el artículo 1.º de la Ley 155 de 1959. Son doce los supuestos restrictivos:

1. Cartel de precios.
2. Cartel de repartición de mercado.
3. Cartel de limitación de oferta.
4. Cartel de imposición de ventas.
5. Cartel de condiciones discriminatorias.
6. Cartel de asignación de cuotas.
7. Cartel de limitación de desarrollos técnicos.
8. Cartel de ventas subordinadas.
9. Cartel de colusión de licitaciones.
10. Cartel de barrera a los canales de comercialización.
11. Cartel de afectación a las fuentes de producción.
12. Prohibición general de acuerdos.

IV. VEHÍCULO CONDUCTOR DEL CARTEL

Como se indicó, el vehículo conductor es la forma en que viene envuelto el comportamiento restrictivo, es decir, las formas de arreglo sin sumarles todavía el contenido restrictivo. En la ley se describen cinco formas:

La primera forma es el *contrato*. Según el artículo 864 del Código Mercantil el contrato es un acuerdo entre dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial. Otro tanto aparece en el artículo 1495 del Código Civil respecto del concepto de contrato al señalar que contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Dentro de la relación existente entre el Derecho civil y el Derecho mercantil encontramos el artículo

822 del Código de Comercio según el cual los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de Derecho civil, sus efectos e interpretación, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

Por su parte, el artículo 824 del mismo código dice que los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad.

El contrato aparece como una fuente para dar nacimiento a conductas restrictivas ya que es un acto por medio del cual las partes se obligan. Puede suceder que dentro de los elementos accidentales² de un determinado contrato se establezcan prestaciones entre las partes contratantes que por su contenido generan restricciones comerciales, pensemos en contratos de compraventa de mercancía donde en una de sus cláusulas el vendedor impide que el comprador revenda el producto, creando una barrera de ingreso al mercado. Dentro del contrato estarán presentes los elementos esenciales y naturales, los cuales no pueden ser ilegales por la misma regulación; entonces, el elemento restrictivo estará presente en los accidentales. En conclusión, los elementos accidentales son, dentro de un contrato, fuente de acuerdos restrictivos.

La segunda forma es el *convenio*. Convenio aparece definido en el diccionario de la lengua española como “ajuste, convención”. En nuestra legislación civil aparentemente se identifica contrato con convención. Así, al leer el contenido del artículo 1495 del Código Civil aparece una misma defi-

2 Dentro del artículo 1501 del Código Civil se determinan los elementos propios de cada tipo negocial, clasificándolos en elementos esenciales, accidentales y naturales.

nición para las dos figuras³. No obstante, la jurisprudencia y la doctrina intentan diferenciar las dos expresiones, señalando que contrato es la especie de convención, siendo esta última el género del primero.

Convención es la creación, modificación o extinción de obligaciones, mientras contrato sólo agrupa la creación de obligaciones⁴. Sin embargo, desde el punto de vista mercantil se tiene que la definición del Código de Comercio sobre contrato agrupa la constitución, regulación y extinción de obligaciones. Entonces, por ser mercantiles las normas anti-monopolio, deberían obedecer el contenido de la definición de contrato contenida en el Código de Comercio, la cual agrupa el género de convención y su especie, el contrato. En este sentido, no se encuentra diferencia entre contrato y convención como fuente de acuerdos restrictivos en materia de competencia, de conformidad con la definición de contrato contenida en el artículo 864 del Código de Comercio. Si fuera interpretada la expresión convención bajo normas del Código Civil será la extinción y las modificaciones de obligaciones creando restricciones en el mercado.

La *concertación* es la tercera forma. No aparece definida por nuestras normas, ni tampoco en la ciencia y arte; debemos entonces atender a su significado natural. *Concertar*: “Componer, ordenar, arreglar las partes de una cosa, o varias cosas. Ajustar, tratar del precio de una cosa. Pactar, ajustar, tratar, acordar un negocio. Traer a identidad de fines o propósito cosas diversas, intenciones diferentes”⁵. En tal sentido, nos encontramos frente a una fuente por medio de la cual dos o más voluntades traen a identidad sus intenciones y arreglan una conducta comercial determinada. La concertación trata actos unipersonales complejos, en

3 “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga...”.

4 GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ. *Teoría general del contrato*, Bogotá, Temis, 1998, p. 257.

5 Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1970.

donde voluntades autónomas, luego de una deliberación encuentran convergencia y unifican sus pareceres⁶. De este modo, la concertación agrupa voluntades individuales que pactan bajo concurso una decisión; como consecuencia, representa una voluntad única, y obliga con ello a los que participaron en esa decisión. Un ejemplo de concertación pueden ser las decisiones adoptadas en una agremiación de empresarios, donde las voluntades votan un punto y la decisión es obligatoria para todos. Dentro de esa decisión puede existir una conducta restrictiva.

La *práctica concertada*, cuarta forma, es una fuente de acuerdo de difícil definición, ya que la concertación es por sí sola un vehículo conductor válido para un acuerdo restrictivo. Entonces, ¿cómo explicar que una práctica concertada es diferente de una concertación? Desagreguemos la expresión para encontrar su alcance: práctica aparece definida como “uso continuado, costumbre o estilo de una cosa. Modo o método que particularmente observa uno en sus operaciones”⁷. Por su parte, concertación debe ser entendida en los términos explicados en el número anterior: como un acto unitario consecuente de voluntades complejas. Entonces, si se recoge el significado de práctica, se encuentra que en el mercado pueden existir concertaciones cíclicas, es decir que se repiten en el tiempo. Sobre el particular, consideramos que para su aplicación esta fuente debe ser interpretada de conformidad con el numeral 1 del artículo 2.º del Decreto 2153 de 1992, en el que se señala que es función de la Superintendencia de Industria y Comercio atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y “dar trámite a aquellas que

6 “En el acto unipersonal complejo, son unipersonales porque se imputan a un solo agente y complejos porque suponen el concurso de voluntades de todos aquellos que intervienen en su adopción”: OSPINA FERNÁNDEZ. *Teoría general del contrato*, cit., p. 43.

7 Real Academia Española. Ob. cit.

sean significativas". De esta manera, existen concertaciones que por ser realizadas una sola vez no resultan significativas para el ente de control. Ahora bien, a medida que se repiten o se presentan unidas en cadena se convierten en significativas y constituyen vehículos conductores válidos de un acuerdo restrictivo. El siguiente ejemplo clarifica lo dicho: Si dos productores de X bien con una participación inferior al 1% conciertan para un mes bajar la producción, este acuerdo no resulta significativo para el mercado. Pero en los seis meses siguientes continúan con su conducta y empiezan a afectar el mercado: la conducta, por ser reiterada, se convierte en una práctica concertada y adquiere la connotación de significativa exigida en el numeral 1 del artículo 2.º del Decreto en mención. Así, cada concertación aislada no resultaría significativa, y sólo el paso del tiempo y la cantidad de concertaciones hace que se convierta en una fuente de acuerdos restrictivos.

La práctica conscientemente paralela. Este tipo de vehículo conductor parte de un resultado de mercado donde las empresas igualan su comportamiento en una variable de competencia. Es el vehículo de más uso, pues no deja huella. Nace de la falta de prueba documental donde esté registrado el acuerdo; sin embargo, se presenta un resultado que no tiene explicación diferente de la imitación mutua de comportamientos entre competidores, que mediante la emulación mutua dejan de competir. Bajo esta fuente se requiere que exista conciencia de las políticas que están desarrollando otras empresas y se decida imitarlas o seguir las de manera reiterada, de tal forma que sea considerada una práctica. En este entendido, se sujetan las conductas entre sí a lo que decida comercialmente otro agente del mercado. No se requiere un verdadero acuerdo de voluntades, sino que las empresas mutuamente actúen conscientes de su paralelismo en el mercado (efecto espejo). Esta última fuente o vehículo conductor de acuerdos restrictivos resulta la más exigente desde el punto probatorio, pues para su configuración se

requiere probar o tener indicios de una práctica⁸, una conciencia en la conducta⁹ y un paralelismo. En este sentido, estamos en presencia de una conducta reiterada en el tiempo, la cual guarda identidad frente al comportamiento de otro sujeto con pleno conocimiento de que está actuando igual que otros comerciantes.

Para completar la conducta es necesario probar que los agentes son conscientes de seguir a otro en su conducta. Este último elemento, a nuestro modo de ver, resulta ser el elemento más difícil de probar a lo largo de una investigación; sin embargo, consideramos que el elemento debe ser probado tan solo con el indicio de no encontrar explicación económica de que el comportamiento se hubiera igualado en un momento de tiempo, quedando en cabeza de los investigados probar una causa lícita de dicho efecto.

Bajo la práctica conscientemente paralela se puede presentar un paralelismo activo y un paralelismo pasivo. En el primero, todos los investigados se comportan de manera idéntica, siguiéndose indistintamente entre ellos. La modificación de una variable por parte de uno de ellos hace que los demás la modifiquen inmediatamente en lo mismo. En el paralelismo pasivo, una de las empresas es seguida por las demás y a sabiendas de esta situación procede a fijar la variable en el mercado, a su conveniencia; se presenta generalmente con empresas líderes seguidas por sus pequeños competidores, que creen que la mejor forma de sobrevivir es siguiendo al líder. Con esta situación, el líder, observando lo anterior, saca el mejor provecho para sí, puesto que sube los precios a sabiendas de que los demás lo van a seguir, y así maximiza sus utilidades. En tal supuesto podría pensarse

8 "Uso continuado, costumbre o estilo de una cosa. Modo o método que cada particular observa en el desarrollo de cualquier clase de operaciones": *Diccionario de la Lengua Española*, t. II, p. 1651.

9 "Que siente, piensa y obra con cabal conocimiento y plena posesión de sí mismo", *ibíd.*

que el paralelismo no puede cobijar al líder, ya que este actuó unilateralmente y no paralelamente; sin embargo, con el ejemplo propuesto puede evidenciarse el provecho que saca el líder al saber que todos los siguen y que lo que él determine será lo que adopte su competencia. Entonces, conociendo que no existe competencia, se aprovecha de la situación para obtener el mejor provecho de ello, y en ese caso sería abuso de la posición de dominio.

En materia de responsabilidad es como actuar con dolo. En tal sentido, en el caso de una empresa que vea que la están imitando en alguna variable, su responsabilidad es denunciar la imitación—supuesto de competencia desleal—y no ser complaciente con el seguimiento, pues de no hacerlo queda expuesta a ser investigada por paralelismo pasivo.

No obstante, no se puede dejar de observar que muchas veces resulta válido en competencia seguir al otro, pues no queda opción diferente que repetir el comportamiento del competidor, ya que de otro modo la quietud llevaría a que la empresa saliera del mercado (legítima defensa). En la guerra de la competencia las empresas se enfrentan y cada una busca ganar; sin embargo, las variables del mercado son parecidas, y por tanto, a variables iguales se podrían presentar comportamientos iguales válidos, sin que sean comportamientos arreglados, sino respuestas naturales del mercado, lo cual llevaría en responsabilidad a hablar de legítima defensa o estado de necesidad, y así, es justificable la conducta. El siguiente análisis nos lleva a pensar que en algunos casos es legítimo seguir al otro:

En el mercado todo comienza cuando los comerciantes escogen una actividad económica que les resulte favorable. Favorable significa que ganen plata. Para ello, adelantan una investigación de mercado, donde estudian: el negocio, los clientes, los competidores, los sustitutos, los costos de producción, los valores marginales y la utilidad que reportaría el negocio.

Con la investigación de mercado el comerciante puede percibir cuál será la utilidad que obtendrá en el negocio (tasa interna de retorno). Si esa utilidad resulta inferior a la que puede obtener en otro negocio (tasa de interés de oportunidad), ese comerciante preferirá invertir donde más le rinda el dinero, y no entrará en ese mercado.

Para determinar la utilidad, el comerciante define los costos en que incurriría con la apertura de la empresa. Esos costos deben ser cruzados con el precio que estaría dispuesto a pagar un consumidor por comprar el bien o servicio que se ofrecerá, y ahí el empresario encontrará el margen donde podrá ubicar su utilidad. Sin embargo, el ejercicio resulta incompleto si él no observa cuánto están cobrando sus competidores por la venta de esos productos. Una vez adelanta este ejercicio, encuentra dos escenarios:

1. Es un mercado donde la tasa interna de retorno es inferior respecto de otros mercados que ofrecen una mejor tasa. No podría fijar un precio alto, pues existen otros competidores que tienen un precio inferior, por tanto sus productos no serían elegidos. En este caso, se puede tratar de un mercado donde las empresas trabajan eficientemente o están en un negocio de poca rentabilidad. Se trata de una barrera de entrada consistente en la poca utilidad del negocio.

2. Es un mercado donde la tasa interna de retorno es superior respecto de otros mercados. Todavía cabe la presencia de un competidor que puede ofrecer un mejor precio, dejándole un buen retorno a su inversionista. Es decir, lo anterior reflejaría que es un mercado ineficiente donde el inversionista ve una buena tasa de interés de oportunidad y entra en él.

Si la competencia funciona, y las empresas pelean por precio, la mayoría de mercados debería estar dentro del primer escenario, pues la competencia hace que las empresas luchen por la clientela y para ello buscan permanentemente la eficiencia, lo cual se traduce en menores costos que se ven

reflejados, en últimas, en la formación del precio. Cuando esto ocurre, las empresas sobrevivientes, por puro efecto de máxima competencia, mantendrían una similitud en precio, proveniente de no dejar ganar al otro, es decir de la lucha. La lucha continúa hasta que una de ellas no aguanta la eficiencia de otra y es desplazada, es decir, es eliminada.

Si todo este ejercicio es válido, tendríamos que afirmar que las normas que castigan por ejemplo el acuerdo de precios (num. 1 art. 47 Dcto. 2153 de 1992) no es una norma absoluta¹⁰, pues lo lógico es que en un mercado altamente competido las empresas mantengan precios cercanos, ya que este es el resultado final de la competencia misma. Entonces, los acuerdos de precios castigarían un escenario que la misma competencia busca, pues el mensaje es: "Luchen, y no se dejen ganar. Por tanto, si el otro baja el precio, bájelo usted también, y sea lo más eficiente posible". Entonces, la igualdad puede ser consecuencia de la competencia de empresas.

El anterior escenario se refuerza con un corto análisis a la filosofía contenida en la figura de posición de dominio, la cual, no sobra decirlo, no es ilegal. Esta posición se ostenta cuando un agente económico tiene la posibilidad de aumentar los precios independientemente de competidores y consumidores. Es decir, cuando la empresa puede subir los precios y no le interesa cuánto cobran sus competidores. Por tanto, si seguimos esa lógica, no tiene posición de dominio quien para subir los precios de sus productos tiene que tener en cuenta cuánto cobran los competidores, es decir, no tiene posición de dominio quien tiene como referencia en el proceso de formación de sus precios a los precios de sus competidores. Entonces, son las mismas normas de competencia las que pregonan y reconocen que los empresarios,

10 Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. 27 de noviembre de 2003, rad. 2001-364, M. P.: LIGIA OLAYA DE DÍAZ.

para fijar sus precios, deben observar a cuánto asciende el precio de sus competidores.

La conclusión sería que la competencia pretende que las empresas sean eficientes, y la eficiencia lleva a que las empresas luchen por la clientela en precio, aminorando costos y no dejando ganar al otro, lo cual implica razonablemente que entre ellas exista un precio parecido. Sin embargo, son las mismas normas de competencia las que investigan y castigan a las empresas que tengan un precio parecido, cuando éste es resultado de arreglos entre ellos para dejar de competir.

V. DOS O MÁS EMPRESAS

Dentro de la definición de acuerdo se encuentra el requerimiento de la existencia de dos o más empresas, lo que constituye en última instancia el elemento subjetivo de la adecuación normativa de una conducta restrictiva.

A lo largo del tiempo, la doctrina ha establecido que el concepto de empresa contiene dos acepciones: una económica y otra jurídica¹¹. La económica, según la cual empresa es una unidad de explotación económica que mediante el capital y el trabajo se dedica a la producción y mediación de bienes y servicios a fin de obtener una ganancia ilimitada. La jurídica, según la cual existe una actividad mercantil por medio de actos de comercio ejercidos por esa organización o unidad económica.

El Código de Comercio cuenta con una definición de empresa: es toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios. Dicha

11 JOAQUÍN GARRIGUES. *Curso de Derecho mercantil*, México, Porrúa, 1993, pp. 165 a 174.

actividad se realizará por medio de uno o varios establecimientos de comercio¹².

Así, el Código adopta en su definición un concepto más económico que jurídico, señalando que una empresa es una actividad económica organizada.

El concepto de empresa que aparece contenido en las normas de competencia hace referencia a esa acepción descrita en el Código de Comercio, es decir, a *agentes económicos* que conforman por sí solos unidades de explotación dedicadas a la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios. Entonces, se trata de una organización en cabeza de una persona que busca hacer operante el comercio a través de la mediación o producción de bienes y servicios¹³.

Un acuerdo, como lo señala la definición del numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, requiere la presencia de dos o más empresas, sin que sea posible su realización entre un solo agente económico o una sola unidad empresarial, pues esto desconfigura su existencia, ya que lo que se encuentra bajo un solo control ya se encuentra concentrado, y por ende es inexistente la obligación de competir entre sí. En conclusión, para establecer si una conducta encuadra dentro de la hipótesis de acuerdo, debe previamente contarse con la presencia de dos o más voluntades, entendidas estas como empresas independientes.

Ahora bien, no se nos escapa la discusión de si la concepción de empresa requerida para la aplicación de las normas de competencia está necesariamente ligada a la participación de estas en un mismo mercado. Es decir, es necesario que las empresas desarrollen su actividad en un mismo campo. Para dar respuesta a la discusión debe tenerse en cuenta que

12 Artículo 25 del Código de Comercio.

13 DANIEL MANRIQUE. *Comentarios al Código de Comercio*, Medellín, Edijus, 1975, pp. 12 a 15.

todas las situaciones presentadas en la actividad mercantil deben ser observadas de manera particular; sin embargo, existe una multiplicidad de situaciones en las cuales agentes que no participan en un mercado determinado desarrollan conductas que alteran el libre desarrollo de la oferta y la demanda de productos y por tanto se convierten en restrictivos. Vale la pena anotar las siguientes situaciones, a fin de entender el punto:

- Un comerciante de un producto X se reúne con otro comerciante de ese producto y acuerdan no vender el producto Z.
- Dos comerciantes de productos X acuerdan que sin dejar la producción de X uno ingrese al mercado de productos Z y el otro al mercado de productos Q, con la obligación mutua de no participar en el mercado adjudicado para cada uno.
- La empresa A es matriz de la empresa B, y C es una tercera empresa. La primera es una empresa dedicada a la inversión y la segunda se dedica a la producción del producto Z. C se dedica a la misma actividad de B. En algún momento A y C realizan un acuerdo para dejar de producir el producto Z.

En los tres ejemplos las empresas no participan en los mercados comprometidos en donde se presenta la conducta, pero para los comerciantes partícipes en el acuerdo se creó una barrera de entrada a esa actividad mediante una repartición de mercados entre posibles actores oferentes o por la abstención de producir un bien.

Como se mencionó, cada situación debe ser analizada de manera particular; así, pueden existir conductas que no generen restricción, pero la sola no participación de las empresas en el mercado respectivo no representa justificación para concluir que la conducta no es restrictiva.

En este punto consideramos que la concepción de empresa requerida en la definición de acuerdo está ligada a la participación *independiente* y autónoma de los agentes

económicos en un mercado. En este sentido se trata de una noción que sigue una realidad económica y no una realidad jurídica.

VI. RESTRICCIONES POR OBJETO O POR EFECTO

Antes de comenzar la descripción de los acuerdos o carteles ilegales, es necesario explicar que las conductas de cartelización pueden ser castigadas “por objeto” o “por efecto”.

Lo primero para decir es que si un acuerdo restringe la competencia “por objeto”, no será necesario demostrar que es restrictivo “por su efecto,” y viceversa.

Bajo tal contexto, si dos empresas establecen contactos con objeto de restringir la competencia, la prohibición se aplicará aun cuando los efectos de dichos contactos no se materialicen en el mercado. Así, se trata de la misma tentativa, la cual, al igual que en lo penal, requiere para su presencia, en nuestro concepto, que se inicien actos idóneos e inequívocos dirigidos a la consumación del cartel, y que éste no se hubiere concretado como consecuencia de una voluntad diferente a la de los infractores. Ahora bien, dicha tentativa debe proyectarse y definirse a fin de establecer si, en el supuesto de que se hubiera efectivamente realizado la conducta dentro del mercado relevante, se puso en riesgo el interés tutelado, pues de no ocurrir ello, debido a la participación porcentual de los infractores en el mercado segmentado, se tendrá que el comportamiento fallido no fue, en caso de realización, antijurídico (significativo), ya que mal podría sancionarse la tentativa de un comportamiento que si se hubiera realizado no hubiese resultado ilegal.

En otras latitudes son castigados por su objeto tan sólo los acuerdos de precios, de repartición de mercado, la limitación de cuotas de producción, la restricción vertical de exportar o la fijación de precios de fabricante a distribuidor. Los demás carteles no lo son por tentativa, es decir, son sólo castigados “por efecto”, para lo cual se requiere una

prueba de efecto sensible y apreciable del comportamiento sobre el mercado segmentado. En nuestro país la tentativa de acuerdo existe para todos los carteles.

También la consecuencia directa de un comportamiento por objeto, es que los agentes o las empresas son responsables por la intención de una conducta (dolo). Por objeto se entiende, en su sentido natural, “propósito o intención”¹⁴. De esta manera, la intención en la realización de una conducta restrictiva genera dolo, el cual a su vez genera responsabilidad. Nuestros códigos definen que el dolo es intención, en tanto que en los diccionarios se indica que objeto es intención.

Entonces por objeto se castiga la tentativa y la intención.

En cuanto a los carteles castigados “por efecto,” se tiene que de acuerdo al significado natural, efecto es “el resultado de una acción independientemente de la intención”, es decir, culpa grave por falta de previsión¹⁵. Entonces, una conducta es calificada como acuerdo de precios por efecto cuando el resultado de la misma se presenta en el mercado relevante, independientemente de la intención procompetitiva de los ejecutores. De esta manera, la responsabilidad por efecto tiene una connotación asociada a la culpa grave o falta de diligencia, y en tal sentido el resultado de una conducta puede llegar a ser restrictivo sin importar que los agentes participantes de la misma no contaran con una intención en ese resultado, pues se entiende que les faltó diligencia en observar el resultado. Son comerciantes, y por ende profesionales, y su deber de vigilancia y de cuidado es superior al que se le exige al buen padre de familia.

El efecto del comportamiento será mayor cuando las empresas participantes del cartel tengan, sumadas todas sus participaciones, un importante poder de mercado entre sí.

14 *Nuevo Larousse Básico*.

15 *Ibíd.*

Así, se podrá ver el efecto real del comportamiento dentro del mercado relevante, siendo un mero juego probatorio de elasticidad de la oferta y elasticidad de la demanda, a fin de definir si se afecta el interés tutelado. De este modo, si la cuota de mercado de las partes es insignificante, no es posible esperar que los efectos negativos sobre la competencia se hagan sentir de manera sensible en el mercado¹⁶.

Es aceptado que un comportamiento de cartelización es significativo cuando el acuerdo horizontal tiene un 10% del mercado y de un 15% del mercado cuando el acuerdo es vertical. Si el cartel no se encuentra dentro de los umbrales comentados la conducta no resulta ser significativa, es decir, no resulta antijurídico el comportamiento (*minimis*)¹⁷.

VII. SUPUESTOS ILEGALES DE ACUERDOS Y CARTELIZACIÓN

Los supuestos de acuerdos restrictivos aparecen contenidos en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, así como en el artículo 1.º de la Ley 155 de 1959.

La primera de las normas indicadas contiene un catálogo de prohibiciones descrito en la ley, y lo que no está descrito ahí, pero que cause daño al bien tutelado, se castiga mediante la Ley 155 de 1959, donde se describe la prohibición general de competencia, o inclusive, por medio de la Constitución Política como norma de normas (art. 333).

A. Prohibición general de carteles o acuerdos

En la gran mayoría de legislaciones de competencia existe una prohibición general de competencia, que viene a sumarse a los supuestos enunciativos, como una forma de mantener

16 LUIS ORTIZ BLANCO et ál. *Manual de Derecho de la competencia*, Madrid, Tecnos, 2008, pp. 86 a 92.

17 Comunicación de la Comunidad Europea del 21 de diciembre de 2001.

viva la prohibición sobre supuestos que el legislador no pudo evidenciar bajo las normas enunciativas.

En Colombia dicha situación se encuentra en el artículo 1.º de la Ley 155 de 1959, de acuerdo con el cual queda prohibida “toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”.

El primer comentario que resulta a esta prohibición general es que esta sólo opera cuando los enunciativos del artículo 47 del Decreto 2153 no regulen ese comportamiento como restrictivo. Esta debe ser la conclusión, puesto que el principio de especialidad de las normas que rige nuestro Derecho así lo indica. De esta manera, si un comportamiento encuentra adecuación típica en normas especiales, la prohibición general quedaría relegada frente a esa norma particular. Por tanto, la prohibición general fue diseñada por el legislador con el objeto de rechazar situaciones o comportamientos que alteran o limitan la libre competencia y sobre los cuales no pudo prever de manera particular su realización¹⁸.

Es el reconocimiento que hace el legislador de que cuando regula un tema no alcanza a anticipar todos los casos en que el bien jurídico tutelado se encontraría vulnerado. Así, dispone unos enunciativos pero deja abierta la ventana para que sea castigada la conducta que por medio de un arreglo pueda falsear la competencia. Es una norma que permite que el juzgador aplique la ley respecto de las nuevas formas que se puedan ir presentado, y que serán analizadas bajo la óptica de la jurisprudencia.

Entonces, unas son las descripciones legales que aparecen contenidas en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, y otra la que aparece abierta dentro del artículo 1.º del Decreto 2153

18 En el numeral 1 del artículo 10.º del Código Civil se señala que “La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general”.

de 1992. La primera norma es especial, pero no contiene la totalidad de acuerdos restrictivos que pueden existir, ya que aquellos que el legislador no hubiera anticipado al regular el tema quedan agrupados en la prohibición general, donde se indica que están prohibidos los acuerdos por los cuales se restrinja la competencia.

Los acuerdos verticales que no están regulados en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, como cuando un productor le fija precios a su red de distribuidores, son regulados bajo la prohibición general, pues si ellos restringen la competencia deben ser castigados.

Existe una discusión en la doctrina respecto de si el acuerdo investigado como restrictivo bajo la prohibición general debe cumplir con las dos exigencias señaladas al final de la norma, es decir, que el comportamiento de los agentes económicos limite la competencia y que adicionalmente esa conducta permita mantener o determinar precios inequitativos en el mercado:

Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directamente 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* (cursiva fuera de texto).

En esta discusión surgen dos interpretaciones diferentes.

Según la primera interpretación, se considera que se debe cumplir sólo una de las dos exigencias para que el comportamiento sea calificado como restrictivo, es decir, que sólo basta que la práctica limite la competencia, sin que sea necesario que los participantes del acuerdo o un tercero queden con posibilidad de fijar precios inequitativos en el mercado. En el mismo sentido, la interpretación respecto de

la causal de “mantener o determinar precios inequitativos” sin depender de la primera condición.

En la segunda interpretación, sostenida por algunos, se exige que para considerar una práctica como restrictiva bajo la adecuación normativa de la prohibición general es necesario el cumplimiento de las dos condiciones. De tal suerte que sólo será considerado como restrictivo el acuerdo que limite la competencia y que como consecuencia de ello sus participantes o un tercero puedan determinar o mantener precios inequitativos en ese mercado.

Compartimos la primera interpretación, aquella que no exige el cumplimiento de las dos exigencias señaladas en la norma. La sola limitación de la competencia es suficiente para que el ente de control entre a sancionar y prohibir una conducta, sin que sea necesario que los agentes puedan determinar o mantener precios inequitativos. Esta sola situación es suficiente para que la prohibición general opere, lo cual concuerda con la Constitución Política.

En el mismo sentido, si mediante un acuerdo se busca “determinar o mantener precios inequitativos”, estaríamos en presencia de un acuerdo de precios, que por especialidad de las normas aparece regulado en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992¹⁹. No compartimos la segunda interpretación, porque de ser necesario el cumplimiento de las dos condiciones, es decir que el acuerdo limite la competencia y que éste tienda a determinar o mantener precios inequitativos, el comportamiento ya estaría comprendido en los acuerdos de precios, lo cual, como señalamos, aparece regulado de manera especial por el Decreto 2153 de 1992, dejando así sin vida operativa a la prohibición general de competencia. Del mismo modo, si se exige dicha situación, tendrían que participar dentro del acuerdo agentes con posición de

19 El numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 regula los acuerdos de precios.

dominio, que son los que por definición podrían generar precios inequitativos en el mercado.

B. Acuerdo restrictivo de precios

Están prohibidos los arreglos entre competidores para fijar el precio.

El supuesto restrictivo tiene como finalidad salvaguardar el principio según el cual el precio que rige en una compra y venta de bienes y servicios deviene de la interacción de las reglas naturales del mercado²⁰, así como de las decisiones autónomas de cada empresa. Por tanto, se considera que el arreglo mediante el cual entre empresas arreglan el precio restringe la libre competencia²¹.

En este sentido, lo lícito es que cada empresa fije independientemente su precio y lo ilícito es que acuerden entre ellas el precio. Es preciso anotar que los acuerdos de precios son la forma más directa para que las empresas maximicen su utilidad aprovechando el dinero de más que puede costar un bien en un mercado en competencia; esto, en contrapartida, disminuye el excedente del consumidor injustamente, es decir, su capacidad adquisitiva de bienes, por lo que el consumidor tiene que renunciar a adquirir otros bienes que ya no puede comprar por la reducción presupuestal que sufrió como consecuencia del acuerdo de precios entre empresas²².

20 "En los mercados competitivos, las curvas de oferta y demanda indican cuánto producirán las empresas y cuánto demandarán los consumidores en función del precio": ROBERT PINDYCK. *Microeconomía*, Madrid, Prentice Hall, 1995, p. 54.

21 "El precio y la cantidad dependen de las características de la oferta y de la demanda. Su evolución depende de cómo respondan estas a otras variables económicas, como la actividad económica agregada y los costes laborales, los cuales también varían": *ibíd.*, p. 17.

22 IGNACIO DE LEÓN. "Una nueva perspectiva jurídica y económica de los carteles de precios", *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n.º 17, julio, 2003, p. 29.

Con este supuesto de acuerdo de precios el legislador pretende salvaguardar que los precios de los bienes y servicios sean producto de la decisión autónoma de cada empresa al observar el libre juego de oferta y demanda. El precio es un concepto más económico que jurídico.

Desde el punto de vista económico, de forma básica, precio es igual a costos más utilidad. El precio en materia de competencia es importante por una sencilla razón, y es que representa la cantidad de dinero que pagan los consumidores por satisfacer una necesidad. En tal sentido, cualquier defraudación en el precio genera una disminución en la capacidad adquisitiva de los consumidores, y un aumento en la riqueza de los autores del ilícito. El Estado, protegiendo el mercado, busca que la repartición del dinero sea equitativa, y observando que el precio es lo que se paga por un bien, rechaza los comportamientos mediante los cuales se deja de competir en precio.

Entre otras, son modalidades de acuerdos de precios, las siguientes:

Precios idénticos. Con este mecanismo, empresas participantes en el mercado acuerdan fijar un mismo precio en sus productos; cuando A vende un producto X a \$45.000 y B vende el mismo producto a \$45.000. El resultado de la igualdad en precios es el arreglo.

Vale la pena indicar que el resultado de una igualdad en precio dentro de un mercado no siempre refleja ser consecuencia de un comportamiento que falsea la competencia. Todo lo contrario: una igualdad en precio puede ser consecuencia de la competencia misma. Veamos el siguiente caso:

En un mercado compiten A, B, C y D. El competidor A observa que siendo eficiente puede bajar el precio estando aún por encima de costos. El comportamiento racional de B, C y D frente a lo hecho por A es disminuir el precio a un monto igual que A en virtud de una respuesta natural de mercado. Si dicho ejercicio se adelanta en varias ocasiones

se tendrá que dentro de un mercado altamente eficiente el precio es parecido o igual.

En tal medida, la igualdad en precio en un mercado es tan sólo una foto que refleja un resultado, pero no su causa, la cual puede ser que se trate de un mercado altamente competido o que se trate de un comportamiento a través del cual se falsea la competencia.

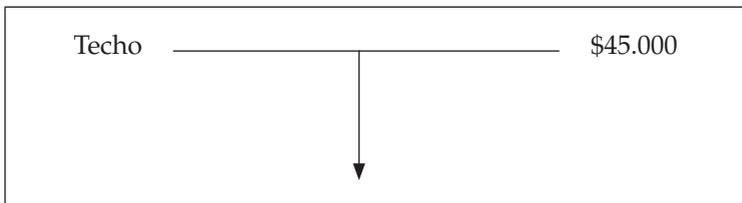
Precios desiguales. En este caso las empresas participantes en el acuerdo deciden vender a diferentes precios, pero cada uno ha deliberado y discutido el precio con la competencia, perdiendo la autonomía en la fijación del precio para sus productos, creando entre ellos un carrusel artificial de subida de precios, donde cada uno aprovecha el momento. Puede suceder como un carrusel donde A vende el producto X a \$45.000, B vende el producto X a \$50.000, y después A le sube a \$55.000 y B se mantiene con el precio anterior. Con este comportamiento arreglan la subida de precios del producto, tratando de ocultar el acuerdo de modo que sea siempre uno más caro que el otro y se turnen dicho momento.

Al observar los dos casos podría concluirse que tener precios iguales o tener precios desiguales resulta restrictivo; sin embargo, es de anotar que la conclusión es válida siempre y cuando el precio de esos productos sea consecuencia de un arreglo. Es decir, que los precios que rigen los productos sean el resultado de conversaciones y decisiones tomadas en conjunto con las demás empresas competidoras.

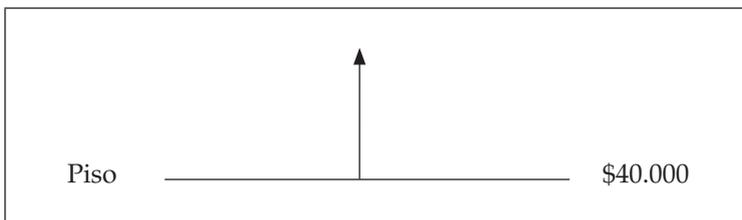
Puede suceder que en un mercado determinado los productos sean ofrecidos a un precio idéntico sin que esta situación sea producto de un acuerdo sino del resultado de una verdadera competencia en donde las empresas oferentes de los productos están al máximo de su eficiencia y no han acordado ningún precio, como fue explicado atrás.

Fijación de un precio techo. Dentro de esta modalidad de acuerdo de precios, las empresas participantes fijan un precio máximo de venta comprometiéndose a no vender o comprar por encima de ese precio y con la libertad de vender

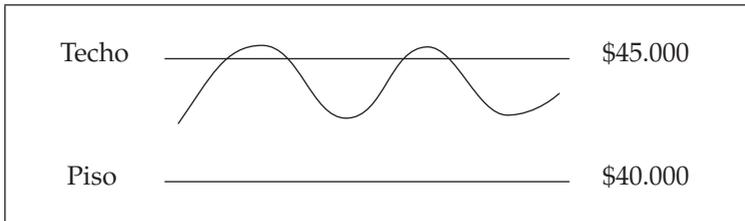
o comprar por debajo del precio estipulado. Para algunos, cuando se trata de la fijación de precio máximo del fabricante al distribuidor, la conducta favorece al consumidor, pues este termina estando protegido de abusos del distribuidor en el precio. Lo anterior no siempre es cierto, pues la fijación de precio techo por debajo del costo puede convertirse en una barrera de ingreso a un competidor o la salida de uno de ellos, que no aguanta la venta por debajo de costo; así pierde el mercado una alternativa, y el comportamiento se convierte en un acuerdo excluyente. Se puede tratar de un acuerdo para vender por debajo de costo mientras se elimina a un competidor. Otra forma de ver la anomalía es cuando todos los competidores venden al techo impuesto.



Fijación de un precio piso. Esta modalidad es opuesta a la anterior, puesto que en este caso existe un patrón de precio mínimo de venta, quedando cada empresa en libertad para vender por encima de ese precio. En este caso, el acuerdo de precios está encaminado a obtener la mayor maximización de utilidades, de modo que se despoja al consumidor de su excedente y disminuye su capacidad adquisitiva. Un mínimo de precio asegura una mínima utilidad arreglada.



Acuerdos de franja de precios. Esta modalidad combina las dos anteriores. Así, las empresas que participaron en el acuerdo fijan un máximo y mínimo precio de compra o de venta, comprometiéndose a vender o comprar el producto a un precio que fluctúe entre las fijadas e impidiendo que las participantes vendan por fuera de esa fluctuación.



Fijación de una variable. Tal como lo señalamos, el acuerdo indirecto de precios se presenta cuando lo que se fija no es el precio final, sino una de sus variables o los parámetros para encontrar el precio final. Esta modalidad de fijación indirecta por medio de variables se presenta por ejemplo cuando el aumento porcentual de un precio se adelanta de idéntica manera. En este caso los precios finales son diferentes, pero las empresas acordaron entre ellas que el aumento fuera el mismo.

C. Acuerdos restrictivos de condiciones de venta

Están prohibidos los arreglos entre dos o más empresas que tengan como efecto o como objeto determinar condiciones de venta.

Bajo esta prohibición se reprimen los arreglos de competidores mediante los cuales establecen las condiciones de los negocios jurídicos por medio de los cuales los consumidores adquirirán los bienes. De esta manera, se evidencia que la competencia no solamente se basa en el precio, sino también en la gama de posibilidades, ventajas y facilita-

des que otorgue una empresa para que los consumidores adquieran sus productos.

En la comercialización de productos cada empresa establece los parámetros que van a regir dentro de la oferta dirigida al consumidor. Así, cada consumidor observará el contenido de las diferentes ofertas presentadas por las empresas y determinará cual le brinda mayores beneficios en consideración a sus necesidades, y la escogerá²³.

Las condiciones de venta no son más que esas políticas establecidas por una empresa para vender sus productos. De esta manera, cada empresa es libre de fijar autónomamente las condiciones que regirán sus negocios. La consecuencia de esta libertad es que entre las empresas oferentes de un producto existirá una competencia por brindar condiciones más flexibles de acuerdo con la necesidad del consumidor, buscando ganar con ello, de manera legal, un nicho de mercado²⁴.

En este orden, cuando empresas que se dedican a la venta de determinados productos arreglan entre ellas las condiciones sobre cómo estos serán ofrecidos o vendidos al público en general, ese actuar se convierte en restrictivo, puesto que se elimina la competencia en el contenido comercial del negocio²⁵.

23 "La teoría de la elección del consumidor se basa en el supuesto de que los individuos se comportan racionalmente en un intento de maximizar la satisfacción que pueden experimentar comprando una determinada combinación de bienes y servicios": ПИНДУСК. *Microeconomía*, cit., p. 90.

24 "Los consumidores toman decisiones comparando cestas de mercados o conjuntos de mercancías. Se supone que sus preferencias son completas (pueden comparar todas las cestas posibles de mercado) y transitivas (si prefieren la cesta de mercado A a la B y la B a la C, prefieren la A a la C). Hemos supuesto, además, que siempre se prefiere una cantidad mayor de un bien a una menor": *ibíd.*, p. 61.

25 "La utilidad es el nivel de satisfacción que obtiene una persona consumiendo un bien o realizando una actividad. Tiene un importante componente psicológico, ya que los individuos obtienen utilidad recibiendo cosas que les dan placer y evitando otras que les causan dolor. Sin embargo, en el análisis económico la utilidad se emplea más a menudo para resumir la ordenación

Parecería que el supuesto está limitado a la conducta de los vendedores, quienes son los que pueden fijar las condiciones de venta. El alcance del artículo debe ser interpretado para que la conducta también sea reprochable a los compradores que fijan entre ellos parámetros de compra, cuando es un mercado concentrado del lado de la demanda (monopsonio). Ahora bien, si la interpretación que se le otorga al artículo es que este se refiere sólo a la venta y no a la compra, el comportamiento restrictivo asumido por los compradores fijando condiciones de compra encuadraría en la prohibición general de competencia contenida en el artículo 1.º de la Ley 155 de 1959, la cual ya fue explicada.

Las siguientes son algunas formas como se presentan los acuerdos restrictivos en las condiciones de venta:

Condición en la forma de pago. Mediante esta modalidad las empresas acuerdan la forma como los consumidores cancelarán el precio de la compra. Como cuando todas las empresas por medio de un acuerdo deciden no vender a crédito sino solo de contado, o cuando todas venden a un mismo plazo.

Condición en la entrega de bienes. Una de las condiciones que rodean cada compraventa es la forma y lugar donde serán entregados los bienes adquiridos. Así, puede suceder que las empresas fijen entre ellas la forma como serán entregados los bienes, como, por ejemplo, que la venta de unos bienes no incluya el embalaje ni el transporte de lo vendido, a no ser que el comprador cancele el valor de ese servicio. Entonces, en adelante las empresas se comprometen entre ellas a no competir excluyendo de todas sus ventas el transporte, obligándose a prestar el servicio sólo de manera onerosa.

de preferencias por las cestas de mercado. Si la compra de tres libros hace más feliz a una persona que la de una camisa, decimos que los libros le reportan más utilidad que la camisa”: *ibíd.*, p. 10.

Condiciones en las presentaciones y el contenido. La presentación, los envases en que son empacados los bienes, es la manera como las empresas ofrecen sus productos, para ello crean distintas gamas. El arreglo se basa en limitar presentaciones, renunciando a determinados volúmenes. Siendo así, las empresas pueden acordar que sólo competirán en determinadas presentaciones comprometiéndose a no ofrecer al público otras que contengan, por ejemplo, menos producto.

Estos acuerdos se castigan por *objeto* o *efecto*, siendo aplicable lo comentado al respecto cuando se expuso el acuerdo restrictivo de precios. Bajo este elemento se concluye que la conducta restrictiva contenida en ese numeral se reprime a nivel de responsabilidad tanto por su tentativa, como por la intención de las empresas en la realización de la conducta (dolo), o por la falta de previsión en el resultado de ésta (culpa grave).

D. Acuerdos restrictivos de comercialización discriminatoria

Están prohibidos los acuerdos entre dos o más empresas que tengan como objeto o efecto la comercialización discriminatoria para con terceros.

A través de este supuesto restrictivo los participantes del acuerdo deciden adoptar un comportamiento diferencial que favorece a un agente económico (comercializador) y, por otra parte, perjudica a otro agente en particular (comercializador). Lo que se pretende con esta prohibición es que los participantes en un mercado desarrollen su actividad bajo el principio de igualdad con su red de distribución. Por tanto, no es posible que de manera conjunta la empresa fabricante de un producto arregle con un comercializador otorgarle mayores ventajas que a otro comercializador, ya que crea una imperfección en la competencia de estos dos comercializadores. El comportamiento también puede ser

estudiado bajo formas desleales que serán explicadas dentro del tema de competencia desleal y en el de distribución.

Según el diccionario, discriminar significa separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra²⁶. Pero el punto jurídico que debe ser analizado recae sobre cómo determinar que existe un comportamiento en donde se separan, se diferencia o se distinguen unas empresas. Sobre el particular, al observar el contenido del numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, precepto que califica una conducta como abusiva por discriminación, encontramos que aparecen elementos que permiten, por analogía, dar luces de cómo debe presentarse una situación para ser considerada como discriminatoria, señalando que para ser calificada como tal se requiere que “existan operaciones equivalentes que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas”.

De acuerdo con lo anterior, si bien es cierto que en los acuerdos discriminatorios no aparecen los parámetros particulares para determinar si una conducta es restrictiva, en la misma ley, al calificar la discriminación como abuso de posición de dominio, aparecen esos parámetros que por vía de analogía vienen a suplir el vacío que deja la descripción del arreglo²⁷.

Para poder analizar una conducta discriminatoria se requiere contar con dos patrones de conductas o comportamientos adelantados por los supuestos infractores de la norma. En otras palabras, es necesario contar con un patrón de conducta con el cual se pueda comparar al discriminado²⁸.

26 Real Academia Española. Ob. cit., p. 490.

27 Numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992: “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”.

28 FERNANDO DÍEZ ESTELLA. “Precios discriminatorios en el sector de las telecomunicaciones (Comentario a la resolución del Tribunal de Defensa de

Para la adecuación normativa de este supuesto restrictivo se requiere que los presuntos comportamientos discriminatorios se presenten dentro de negocios jurídicos que guarden similitud. Es decir, los comportamientos o patrones de conducta que se van a comparar, a fin de encontrar si existe una discriminación, deben ser producto de una relación comercial similar o idéntica. Por tanto, los comportamientos cotejados deben provenir de contratos que entre sí guarden cierta identidad. De esta manera, por ejemplo, si lo que se investiga es la discriminación a un comercializador que compra pequeños volúmenes, no podrá compararse el actuar del fabricante frente a un comercializador que compra grandes cantidades.

Una vez encontrado que el comportamiento o conducta de los agentes se presenta en operaciones equivalentes, es decir en relaciones jurídicas comerciales que guardan similitud, el paso siguiente es analizar si las condiciones ofrecidas por los sujetos sobre los cuales recaen los comportamientos comparados son análogas²⁹. De esta manera deben ser analizados, entre otros: la calidad, el cumplimiento, las cantidades, la clase de productos, las características y especificaciones, los periodos de pago, etc., ofrecidos tanto al sujeto discriminado como al favorecido, determinando de esta manera si estas particularidades son similares. Lo que se busca es encontrar dos situaciones que guarden absoluta similitud a fin de ser comparadas.

Consideramos que para que una conducta sea considerada como restrictiva no es suficiente la presencia de una discriminación, de operaciones equivalentes y condiciones análogas, pues la norma contiene un ingrediente adicional, cual es la presencia de una desventaja para el discriminado. Entonces,

la Competencia, de 21 de enero de 1999, en el asunto BT/Telefónica)", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, marzo-abril, 2000.

29 "Análogo: que guarda semejanza". Real Academia Española. Ob. cit., p. 490.

debe probarse que la discriminación o diferencia se encamina a producir una desventaja o ha generado esa desventaja frente a otros que se dedican a la misma actividad.

De lo anterior resulta que para la discriminación restrictiva se requiere comparar el comportamiento desigual ejercido por agentes económicos dentro de contratos que guardan similitud en sus características cualitativas y cuantitativas entre sí.

Las siguientes son algunas formas de discriminación:

Discriminación horizontal. Esta modalidad de discriminación se presenta cuando el acuerdo es acordado por empresas ubicadas en la misma cadena de la economía. Así, este acuerdo se celebra entre productores para discriminar a un comercializador en especial.

Discriminación vertical. En esta forma de acuerdo participan empresas que están ubicadas en diferentes escalones de la economía, discriminando con ello a un competidor de uno de los agentes participantes en el acuerdo. Lo anterior se observa, por ejemplo, cuando un productor se reúne con unos distribuidores y deciden discriminar a otro distribuidor. Es importante en este caso resaltar que el comportamiento restrictivo de discriminación vertical debe provenir de un acuerdo acordado para otorgarle mayores ventajas a un competidor del discriminado. Para que se dé lo anterior deben existir operaciones equivalentes y condiciones análogas entre discriminado y uno o varios de los discriminantes.

E. Acuerdos restrictivos de repartición de mercados

Están prohibidos los acuerdos que tengan como objeto o como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.

Una de las finalidades del Derecho de la competencia es que exista una multiplicidad de empresas oferentes y demandantes para que así el mercado no esté sujeto al parecer de una única empresa y el mercado tenga alternativas. Esto se

consigue mediante un mercado competitivo. Este supuesto restrictivo se encamina precisamente a prohibir que tanto distribuidores como productores, e inclusive compradores, se dividan un mercado creando barreras entre ellos, limitando las posibilidades de escogencia o de compra.

Repartir significa distribuir entre varios una cosa dividiéndola por partes. De tal forma, la conducta que se prohíbe bajo este precepto es que entre las empresas se distribuyan el mercado. La repartición tiene como objeto limitar el campo de acción para cada empresa a cambio de que en su porción asignada no cuente con competencia.

Cobra entonces importancia la definición de mercado, para determinar las variables económicas que lo conforman y que pueden ser divididas. Mercado es el lugar geográfico donde se encuentran la oferta y la demanda, es decir donde las empresas ofertan sus bienes y donde los compradores los adquieren a cambio de un precio.

En la definición aparecen cuatro variables: territorio, oferta, demanda y producto. Cada una de ellas puede ser repartida.

Repartición de mercados vía zonas o territorio. La repartición de zonas se presenta cuando las empresas deciden adjudicarse un lugar específico donde pueden comprar o vender sus productos, obligándose a no ofrecer o demandar esos bienes en una zona o territorio diferente del asignado, creando entre sí monopolios sectoriales. Bajo esta forma de repartición no es necesario adjudicar una zona exclusiva para cada agente, ya que puede suceder que se asigne una misma para dos o más empresas, con la obligación de no participar en otras zonas adjudicadas a otros agentes partícipes del acuerdo. La implicación es que las personas interesadas en adquirir un producto tienen limitadas sus alternativas de compra sólo a la empresa que se encuentra en ese territorio, y no pueden tener acceso a otra en la medida en que las empresas arreglaron quiénes serán las que atiendan esa zona. En tal

sentido, en ese territorio el consumidor está obligado a la oferta impuesta.

En este punto se hace necesario hablar acerca de las cláusulas de exclusividad, entendidas como aquellas prestaciones dentro de los contratos mediante las cuales los fabricantes asignan un territorio exclusivo a su red. De acuerdo con la definición que se expresó, las cláusulas de exclusividad representan un acuerdo de repartición de territorio, pues se le asigna un territorio especial a una empresa, el cual va a ser atendido únicamente por el favorecido con la cláusula. No siempre la cláusula de exclusividad representará una restricción de la competencia, siendo válida cuando dentro del mercado específico se mantiene la vigencia de los principios de competencia, es decir, en la medida en que no se vea vulnerado el bien jurídico tutelado. No obstante, la cláusula de exclusividad puede llegar a ser desleal sin ser restrictiva, tema que será tratado en su momento.

Repartición de mercado vía la demanda o de clientes. Este acuerdo se presenta cuando los vendedores de un bien se dividen la clientela limitándose a dirigir su oferta a ciertos potenciales compradores, comprometiéndose entre sí a no ofrecer el bien o servicio a un cliente ya asignado a otro competidor.

Clientela se define como el conjunto de personas que utilizan con asiduidad los servicios de un profesional o empresa, o la que compra en un establecimiento o utiliza sus servicios³⁰. Otra definición señala que "La clientela puede definirse como conjunto de personas que, de hecho, mantienen con la casa de comercio relaciones continuas por demanda de bienes o de servicios. Lo que caracteriza al cliente es la participación habitual en el círculo de ventas o suministros varios de la empresa, habitualidad desde el punto de vista

30 Ídem.

de la empresa y no del cliente”³¹. Retomando lo anterior, existen dos clases de clientes: cliente real y cliente potencial. Consideramos que debe entenderse por cliente real aquella persona que de manera habitual³² o periódica³³ ha aceptado una oferta sobre la adquisición de un producto. Son estas dos características las que dan la connotación de cliente real. Por su parte, cliente potencial, al contrario del cliente real, es la persona que no guarda esas características frente a un establecimiento de comercio, pero que hace parte del universo que requiere ese bien para satisfacer su necesidad, es decir, hace parte del mercado meta. Se explicó el principio según el cual los consumidores tienen como facultad escoger libremente cualquier oferente de productos. Para que el consumidor pueda desarrollar esta facultad de libre escogencia, los comerciantes de un producto hacen llegar a éste sus propuestas de negocio. Así, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra es lo que se conoce en nuestro Derecho comercial como oferta³⁴. Este acto es el medio que permite al consumidor analizar las propuestas y escoger la que satisfaga su necesidad. Entonces, la repartición de clientes puede ser tanto de clientes reales como de clientes potenciales.

Bajo el arreglo comentado, se crea una barrera de entrada a la compra, por tanto el comprador pierde capacidad negocial

31 *Diccionario Jurídico Espasa*, Madrid, Espasa, 1999, p. 287.

32 *Diccionario de la Real Academia Española*, cit., p. 1081. “Habitual: que se hace, padece o posee con continuación o por hábito”. Se entiende por hábito “Modo especial de proceder o conducirse adquirido por repetición de actos iguales o semejantes, u originado por tendencias instintivas”. “Habitualidad: repetición del mismo hecho”, *Diccionario Jurídico Espasa*, cit., p. 457.

33 “Periódico: que se repite con frecuencia a intervalos determinados”: Real Academia Española. Ob. cit., p. 1577.

34 Artículo 845 del Código de Comercio “La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario”.

frente al oferente, pues no encontrará persona vendedora distinta de quien fue elegido ilegalmente para atenderlo; así, este último puede abusar e imponer sus condiciones.

Fuera de crearse un acuerdo, producto del arreglo nace una posición de dominio ilegal, lo cual también debe ser reprochado, pues se ostenta esa posición con un título doloso o culposo.

Repartición vía productos. Este acuerdo contiene la asignación de líneas de producción entre empresas con la obligación mutua de no ingresar al mercado asignado a otro. La empresa participante del acuerdo dirigirá su actividad a una línea o producto determinado, en tanto que las otras empresas harán lo propio con otro producto. Lo reprochable de la conducta es que el consumidor se ve privado del ingreso de un potencial oferente. La elasticidad de la oferta disminuye en este caso, pues alguien que puede ingresar renuncia para su futura participación. El desarrollo del acuerdo se puede presentar cuando una empresa ya participante renuncia al mercado para dedicarse a otro, o porque renuncia a entrar. Ocurre habitualmente cuando dos empresas compiten a la vez en dos segmentos, entonces, para evitar la competencia cada una decide renunciar a un mercado; así, dejan de competir entre ellas y se asignan de forma ilícita la exclusividad del producto.

Vale tener en cuenta para este asunto los acuerdos de *no competencia* que existen cuando se presenta una integración empresarial donde el negocio es vendido a terceros. En estas figuras es usual que el comprador se asegure de que el vendedor esté vendiendo algo real, pues sería muy fácil para éste vender su negocio y posteriormente constituir una nueva empresa dentro de ese segmento económico. La validez de este tipo de acuerdo de no competencia que deviene de una integración económica será tratada dentro del tema de concentraciones económicas.

Repartición de la oferta o de vendedores. Los acuerdos no sólo provienen de las empresas que ofrecen productos en un

mercado, ya que también pueden provenir de compradores, especialmente de los que adquieren materia prima para transformarla en producto terminado. Existen mercados donde el número de vendedores es superior al número de compradores. Cuando ello ocurre, el poder de mercado lo ostentan quienes adquieren los productos. Así, puede ocurrir que los compradores de materia prima acuerden repartirse los vendedores, limitando su oferta a uno solo, por tanto los vendedores no tendrán a quién más ofrecerle el producto, viendo disminuida su capacidad negocial como consecuencia del acuerdo. En tal forma, el vendedor sólo tendrá una opción de venta, y el comprador adquirirá ilegalmente la calidad de monopsonio. Cada comprador sólo le comprará a un vendedor, entonces el manejo de precio lo adelantan mediante una “cartelización” en los agentes de la demanda.

En la conducta restrictiva de repartición de mercado se reprime tanto la tentativa y el dolo (objeto) como la culpa grave (efecto).

F. Acuerdo de asignación de cuotas

Están prohibidos los arreglos entre dos o más empresas que tengan como objeto o como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.

La cantidad de bienes que se encuentren en un mercado es una variable que permite determinar el nivel de oferta en un mercado³⁵. Este precepto fáctico está encaminado a que la oferta tenga un desarrollo acorde con el desarrollo libre

35 “La cantidad que están dispuestos a vender los vendedores depende no sólo del precio que perciben sino también de los costes de producción, entre los cuales se encuentran los salarios, los intereses que han de pagar y los costes de la materia prima”: РИНОУСК. *Microeconomía*, cit., p. 22.

de la demanda exigida por los consumidores de bienes³⁶. De tal suerte que cada agente debe autónomamente determinar cuánto producto fabricará según la demanda requerida por sus consumidores, y en qué lugar lo venderá. Por tanto, es posible que exista una repartición por niveles o porcentajes de producción.

Asignar significa señalar lo que le corresponde a una persona o a una cosa. Entonces, no resulta válido, bajo las normas de competencia, que las empresas arreglen entre ellas lo que le corresponde a cada una producir o suministrar al mercado.

El comportamiento racional de las empresas es que de acuerdo con su capacidad instalada, su capacidad real efectiva, así como con el comportamiento de la demanda y de la cantidad de bienes ofrecidos por sus competidores, alcancen a determinar la cantidad de bienes que las hace competitivas en un mercado, para así profundizar y alcanzar un nivel de optimización en la producción sin aumentar sus inventarios más allá de lo que venden. Tal situación permite obtener un retorno y flujo de dinero adecuado que les permita avanzar en su actividad sin llegar a tener sobreexistencias por periodos largos de tiempo, con lo que pierden liquidez e interés de oportunidad en sus inversiones.

Sin embargo, en el comercio existen situaciones que los oferentes de productos aprovechan para manejar el mercado en el cual participan, como es la asignación de cuotas, en donde las participantes deciden en conjunto determinar cuál va ser el nivel de producción de todo un mercado, estableciendo el número de unidades que producirá o suministrará cada uno de los acordantes.

36 "Sin intervención del Estado, la oferta y la demanda determinan en condiciones de equilibrio el precio del mercado de los bienes y la cantidad de bienes producidos": *ibíd.*, p. 18.

Mediante este arreglo las empresas observan el nivel de demanda del producto y se comprometen a producir un número de bienes generalmente inferior al nivel de demanda para subir el precio, asignando a cada partícipe una cuota de producción por empresa.

Lo anterior hace que cada empresa tenga su porción de ventas asegurada, pues nunca va existir sobreoferta en el mercado relevante y todas las empresas vendedoras al final de cada producción venderán lo producido, manejando así el precio. La consecuencia es que en adelante no competirán, ya que las ventas de sus productos están totalmente garantizadas.

Tal como aparece descrito en el numeral comentado, la conducta restrictiva es aplicable en la producción o en el suministro. Según el artículo 968 del Código de Comercio el suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios.

Así, cuando los agentes que prestan suministro se asignan entre ellos las cuotas de esas prestaciones periódicas o continuadas estamos en presencia de este supuesto restrictivo. Esta es una forma como se reparte el suministro de un producto hacia un mercado dejando de competir por tener un nicho asegurado o garantizado. Esta conducta también puede ser desarrollada por los compradores, combinando el arreglo con el que se explicó anteriormente.

En igual sentido, la conducta puede ser observada desde un plano horizontal o vertical. En este último caso, cuando la red de comercializadores es la que reduce el suministro por producto o territorio, como un acuerdo de repartición de mercados.

La conducta restrictiva contenida en este numeral se reprime tanto por tentativa, como por el dolo, y por culpa grave.

Cercano a este acuerdo restrictivo se encuentran los acuerdos restrictivos de reducción de oferta, por ello se trata a continuación este acuerdo.

G. Acuerdos de reducción de oferta

Están prohibidos los acuerdos entre dos o más empresas que tengan como objeto o como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar los niveles de producción.

Cada empresario en un mercado tiene libertad para participar de la forma que considere pertinente, pero nunca vulnerando el derecho que les asiste a los demás (límite). Así como existe libertad para participar, también existe libertad para retirarse. Entonces, no se discute la facultad que tiene un agente para participar o retirarse de un mercado. Esta es una premisa general y fundamental del Derecho de la competencia.

Anotamos que esta conducta guarda cercanía con el acuerdo de asignación de cuotas, ya que producto de la asignación se presenta generalmente la reducción de oferta y por ende el aumento de precio. Sin embargo, bajo la especialidad de las normas, el que nos ocupa representa como consecuencia la abstención total de producir un bien o un servicio. Dentro del mismo cabrían los acuerdos de no competencia³⁷.

Dentro del supuesto normativo se tratan dos conductas. La primera, la abstención y la segunda, la afectación en la producción.

37 JULIO COSTAS COMESAÑA. "Acuerdos de reducción de capacidad de producción de menor importancia (Comentario de la Resolución del TDC en el caso Cajas Rurales Jalón y Zaragoza desde la Ley 52/1999, de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, mayo-junio, 2000.

Abstenerse significa contener o refrenar, apartar; privarse total o parcialmente³⁸. De acuerdo con esa definición, el supuesto castiga que los agentes que producen un bien o un servicio no sigan produciendo lo que se encontraba en oferta o inclusive se comprometen a no producir un bien en un mercado en el cual podrían ser potencialmente oferentes³⁹. Notemos que estos dos supuestos son diferentes, pues mientras que el primero requiere de una situación pasada de producción, el segundo refleja una situación futura de participación, acordando no producir en los dos casos.

Consideramos que una conducta de abstención no siempre deviene de la asignación de cuotas, sino que también puede provenir de un ánimo no productivo entre competidores para subir como consecuencia el precio, comprometiéndose todos a dejar de producir sin necesidad de asignarse cuotas entre ellos⁴⁰.

En este orden, los agentes participantes del acuerdo deciden no producir, sin que sea necesario para su configuración que se afecte la oferta del producto o servicio, ya que el precepto no plantea esta situación como un elemento esencial para la adecuación normativa.

De la misma manera será restrictiva la consecuencia de afectar los niveles cuando se impone una barrera de entrada a un competidor, renunciando éste a participar, como por ejemplo cuando le impiden la compra de materia prima, insumo necesario para su futura participación.

Bajo esta segunda conducta, el legislador reprime cualquier forma utilizada para *afectar* los niveles de producción,

38 Real Academia Española. Ob. cit.

39 Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto n.º 00058216.

40 "Las elasticidades describen la sensibilidad de la oferta y la demanda a los cambios de precios, la renta u otras variables. Por ejemplo, la elasticidad-precio de la demanda mide la variación porcentual que experimenta la cantidad demandada cuando el precio sube un 1 por ciento": ПИНДУСК. *Microeconomía*, cit., p. 10.

bien sea dejando de producir o mediante otro mecanismo que tenga ese efecto. No ocurre como en el anterior supuesto que existe una prohibición particular; esta segunda parte es general y no se refiere a un caso específico, sino que permite adecuar la norma a comportamientos que afectan la producción de bienes y servicios. Pensemos en el caso de que los distribuidores de un producto X se pongan de acuerdo para no prestar la distribución de ese producto y como consecuencia de ello los fabricantes de X acumulen más existencias de las necesarias y dejen de producir ese producto X. En este caso los distribuidores deberán ser investigados por dos conductas diferentes, pues se abstuvieron de prestar la distribución y en segundo lugar afectaron la producción del bien.

Entonces, no siempre la afectación de la producción deviene del acuerdo de no producción celebrado por los fabricantes de un bien, sino puede provenir de agentes que hacen parte de la cadena, quienes por tal conducta pueden violar variadas normas de competencia.

Como se observa, estos comportamientos restrictivos están ligados a precios, pues la cantidad de bienes que se encuentran en oferta es una de las determinantes para que el precio de los productos suba o baje, puesto que en mercados donde exista gran cantidad de bienes en un número mayor que la demanda el precio bajará, y por el contrario, en mercados donde exista una demanda superior a la oferta el precio inevitablemente subirá.

La conducta restrictiva contenida en este numeral se reprime tanto por tentativa, como por dolo, y culpa grave.

H. Acuerdos restrictivos de ventas atadas o subordinadas

Son restrictivos los arreglos entre dos o más empresas que tengan por objeto o tengan por 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.

La prohibición se presenta cuando una empresa obliga a comprar bienes o servicios con prestaciones que no guardan relación con el negocio, lo cual aumenta el gasto del consumidor y por ende disminuye la capacidad adquisitiva de bienes. Esta situación se conoce como ventas atadas o subordinadas⁴¹.

El análisis económico de las normas de competencia descansa sobre el equilibrio que debe existir entre los excedentes del consumidor y los excedentes del productor. El excedente del consumidor representa el valor que está dispuesto a pagar un consumidor frente a un producto ofrecido en el mercado. El excedente del productor es el beneficio máximo en utilidades que busca obtener una empresa con la venta de su producto. La interacción y el equilibrio entre el excedente del consumidor y el excedente del productor permiten en teoría la existencia de mercados competitivos donde el consumidor adquiere el mayor beneficio respecto de sus ingresos y el productor obtiene la mayor ganancia racional.

En uso de la libertad de escogencia, el consumidor define la oferta que más se acerca a su presupuesto y necesidad. En algunas ocasiones esa libertad no es tan clara, como en aquellos casos donde las empresas unen o vinculan un producto con otra prestación, condicionando el negocio a otras prestaciones extrañas al producto buscado por el consumidor. Una situación como la mencionada impide la interacción entre los excedentes mencionados y aminoran la capacidad de adquisición del consumidor, quien, por restricciones presupuestales, debe privarse de la compra de otros productos por adquirir uno que se encuentra acompañado

41 XAVIER GINEBRA SERRABOU. *Derecho de la competencia*, Ciudad de México, Cárdenas, 2001.

de prestaciones atadas. Se sancionan como restrictivas las conductas que subordinen el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituyen el objeto del negocio.

La venta atada se presenta como la condición o sujeción que impone el comerciante al consumidor sobre la compra de un producto. Esta conducta restrictiva exige que exista una condición o prestación extraña a la relación jurídica pretendida por las partes. No es cualquier tipo de condición o exigencia, sino que debe ser aquella que no guarde ninguna relación con la naturaleza del objeto del negocio.

Según el principio de libertad de escogencia, cada consumidor adquiere el producto que se acomoda a su necesidad; por ello, dentro del abanico de posibilidades el consumidor escoge libremente la compra de un bien o servicio. No obstante, en ocasiones los consumidores encuentran que para la adquisición del bien requerido el oferente une o vincula un producto con otra prestación, condicionando la adquisición del producto requerido a otras cargas para el consumidor, las cuales no resultaban necesarias para la adquisición del producto que éste inicialmente buscaba, y en cambio hacen más costosa su compra.

De acuerdo con su ingreso, los consumidores determinan qué productos pueden adquirir. Así, el valor de los productos resulta de la mayor importancia, pues en la medida en que suban y el ingreso no lo haga, se perderá paulatinamente capacidad adquisitiva. Entonces, el efecto económico de esta conducta es que al atar un producto con otro, los competidores harán que un consumidor pague más y compre más de lo que necesita. Como contrapartida, los comerciantes tendrán un mayor ingreso. Esto es lo perverso del comportamiento.

Es muy usual que para comprar un producto se exija adquirir un mínimo de unidades o bienes de otra clase. Dentro del precepto se menciona que este supuesto se presenta en relaciones de suministro de productos. Consideramos que el

alcance de la norma hace referencia a cualquier tipo de relación de compraventa de bienes o a la prestación de servicios. No obstante que la norma señala relaciones de suministro, pensamos que no hace referencia exclusivamente al negocio de suministro contenido en el artículo 968 del Código de Comercio, sino a cualquier tipo de relación en donde un comerciante provea, entregue, surta, proporcione, procure o aprovisione productos a consumidores. Entonces, al no referirse al contrato de suministro debe entenderse que la interpretación debe abarcar relaciones como las comentadas. Sin embargo, si no se comparte esta interpretación, el comportamiento por afectar la libertad de escogencia podrá ser tipificado bajo la prohibición general de competencia contenida en el artículo 1.º de la Ley 155 de 1959.

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, subordinar significa sujetar personas o cosas a la dependencia de otras. De esta manera, este tipo normativo exige que exista por parte del vendedor un condicionamiento extraño a la relación jurídica pretendida por el oferente. Ahora bien, no es cualquier tipo de condicionamiento o exigencia, pues debe ser aquel que no guarde ninguna relación con la naturaleza del objeto del negocio. Para elaborar el alcance de este acuerdo restrictivo vamos hacer uso de la teoría general del contrato, especialmente lo atinente al objeto del negocio, así como a los elementos que conforman un contrato, ya que consideramos que estos son los parámetros impuestos en la normas para encontrar si una prestación hace parte de la naturaleza del negocio celebrado.

Atendiendo esta situación, en cada relación de suministro debe determinarse los elementos accidentales que pretenden imponer los interesados al momento de efectuar sus ofertas o contraofertas, estudiando la relación de dependencia que existe entre el producto requerido por el consumidor y las obligaciones exigidas por el vendedor para celebrar el suministro. Depende de ese estudio la posibilidad de concluir que el producto puede ser adquirido sin necesidad de sumarle

al negocio otras prestaciones a las cuales se condiciona su celebración, haciendo de esta manera más gravoso o pesado el contrato a su contraparte. No debe perderse de vista que estamos en presencia de un acuerdo entre dos o más empresas, pues si la conducta es adoptada unilateralmente por solo una empresa deberá estudiarse tal conducta bajo una óptica diferente de los acuerdos restrictivos, como es la posición de dominio.

No existen reglas generales para establecer cuándo se presentan obligaciones que no tienen que ver con la naturaleza del negocio, pero creemos que la siguiente puede ser una guía para estudiar el caso:

- Que el producto sea físicamente independiente;
- Que no sea un bien mueble que accede a otro bien mueble;
- Que comercialmente le sea muy rentable ofrecer el producto de esa manera;
- que dentro de los elementos accidentales del negocio existan prestaciones leoninas o abusivas, y
- Que dentro de los elementos accidentales no existan prestaciones que no generen valor agregado a la satisfacción buscada por el comprador.

Las siguientes son las formas de ventas atadas:

Acuerdo de ventas atadas entre empresas de un mismo mercado. Esta clase de acuerdo se presenta cuando las empresas dedicadas a un mismo mercado deciden atar a un producto otras prestaciones también ofrecidas por cada una de las empresas. Por ejemplo, cuando todas las empresas oferentes deciden vender un producto, subordinando su venta a la adquisición de los repuestos del producto, sin ser posible adquirir por separado los repuestos o el producto. Sobre este punto es necesario diferenciar la venta subordinada de la promoción de productos, en donde es permitido regalar

un servicio o un bien por la compra de otro producto⁴². Pero nótese que es un regalo. Si el regalo (promoción) es cobrado y señala oferta estaríamos en un caso de publicidad engañosa.

Acuerdo de ventas atadas entre empresas de diferente mercado. Bajo esta forma de acuerdo las empresas atan sus prestaciones y obligaciones con las de otras empresas. De esta manera, encontramos que lo subordinado no pertenece a la misma empresa, sino que ellas atan entre sí sus productos, de modo que resulta imposible para el consumidor adquirir lo de una empresa sin adquirir lo de la otra.

Acuerdo de ventas atadas celebrado entre compradores. Mediante esta clase de acuerdos las empresas que subordinan el suministro son las adquirentes del producto. Por ejemplo, cuando los compradores de una materia prima deciden en conjunto no comprarle al vendedor que no les transporte la mercancía comprada puerta a puerta. En este caso nada tiene que ver la compra de la mercancía con el transporte de la misma, mucho menos si lo decidieron las empresas en conjunto.

Por último, vale la pena señalar que el precepto fáctico incluye una excepción a la adecuación normativa, según la cual en ciertos casos particulares la ley puede subordinar un producto a otro. Para hacer operante esta excepción deberá analizarse cada caso en particular.

La conducta restrictiva contenida en este numeral se reprime tanto por tentativa, como por dolo, y por culpa grave.

I. Acuerdos colusorios en licitaciones

Son restrictivos los arreglos entre dos o más empresas que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudica-

42 Artículo 16 del Decreto 3466 de 1982.

ciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

La elección por medio de licitaciones es una forma utilizada por entidades públicas y privadas para determinar cuál es la mejor opción del mercado a fin de satisfacer su necesidad. Para ello, mediante un pliego que contiene las especificaciones particulares para el negocio invitan a las empresas que prestan el servicio, vendan o suministren el bien requerido, con el objetivo que presenten sus ofertas y poder así elegir la más adecuada. Es una invitación a competir.

En nuestro ordenamiento, la licitación en materia de contratación pública aparece regulada en la Ley 80 de 1993. Allí aparecen los parámetros y trámites que debe observar la administración al elegir el contratista que servirá a sus requerimientos, así como la opción de contratación directa. De la misma manera, dentro del sector privado algunas compañías tienen implementada la licitación como medio para contratar servicios o adquirir bienes. Esto puede ser porque de manera facultativa lo realizan o porque la ley los obliga, como sucede en el caso de las licitaciones de los bancos para escoger la aseguradora que expedirá los amparos del seguro de vida grupo deudor que ampara los créditos otorgados a sus clientes.

Según su significado natural, “colusión” significa pactar en daño a tercero⁴³. De esta manera, la conducta principal es el pacto para desfavorecer a un tercero.

No es cualquier conducta la reprochada, pues no debe olvidarse que estamos en presencia de un tema típico de Derecho económico, en donde es menester verificar si la participación de los interesados se está viendo afectada por la conducta adelantada por otros. En este sentido, el pacto debe ser esencialmente ese, aquel que tenga la intención de

43 Real Academia Española. Ob. cit., p. 324.

no permitir la libre entrada o condiciones que defrauden a los interesados. Por tanto, el punto relevante recae en el móvil que debe observarse en la colusión, el cual debe consistir en conductas que no permiten el acceso o libre escogencia en el concurso⁴⁴ o en la licitación⁴⁵.

Es necesario aclarar que este acuerdo puede ser celebrado por los participantes en la licitación, así como por la misma empresa que crea el pliego para recibir ofertas, e inclusive por empresas que no participen en la licitación, formas que serán explicadas adelante.

Las licitaciones públicas están impregnadas del principio de legalidad. Desde tal perspectiva, la colusión en licitaciones se presenta como una causal de nulidad que debe ser alegada dentro de la justicia contenciosa. Sin embargo, nada impide que antes de la licitación se pueda solicitar como medida cautelar dentro de un proceso de competencia la suspensión de aquella por tener serios indicios sobre la afectación de la competencia en el proceso.

En las licitaciones privadas el precepto normativo es de aplicación constante. Si el culpable es el creador del pliego, la conducta puede estar acompañada de responsabilidad en la etapa precontractual, que corresponde a buena fe exenta de culpa. Si son los oferentes los que falsean la competencia se genera una causal de nulidad por contrariar normas de orden público.

Según la lectura, la colusión se divide en tres clases:

Distribución de adjudicaciones en contratos. Esta forma de colusión tiene como sujetos las empresas interesadas en presentar propuestas, que de manera acordada escogen entre

44 Según el párrafo del artículo 30 de la Ley 80, cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública.

45 RODRIGO ESCOBAR GIL. *Teoría general de los contratos de la Administración*, Bogotá, Legis, 1999, p. 151.

ellas el agente económico que presentará la mejor propuesta, introduciendo en cada propuesta elementos que la hacen más atractiva, lo que deja sin posibilidad de una verdadera escogencia a la empresa interesada en los servicios.

Distribución de concursos. Conforme a la ley de contratación administrativa, cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública. Así, el alcance de este supuesto hace referencia particular a los concursos, con los mismos elementos que ya mencionamos en lo referente al principio de legalidad.

Fijación de términos en las propuestas. Como lo mencionamos, las conductas colusorias pueden ser desarrolladas tanto por las empresas que convocan a la licitación como por las empresas potencialmente interesadas en participar en ella. La conducta que nos ocupa hace parte de aquellas que requieren obligatoriamente la participación de la empresa que pretende adjudicar los contratos. Lo anterior se explica si observamos el contenido del precepto fáctico, pues la conducta restrictiva debe ser desarrollada por la empresa que invita a presentar ofertas a otras.

La conducta que se reprime consiste en elaborar unos pliegos que no permitan la igualdad de oportunidades para los posibles participantes, pues por medio de estos puede la licitación estar dirigida para que uno de ellos se vea favorecido. En tal instancia la empresa o la persona encargada de elaborar los pliegos acuerda con uno de los potenciales contratistas la adjudicación del contrato, diseñando en conjunto un pliego que beneficiará al partícipe del acuerdo. Además de ser restrictiva puede llegar a ser desleal.

La conducta restrictiva contenida en este numeral se reprime tanto por tentativa, como por dolo, y por culpa grave.

J. Acuerdos restrictivos de limitación en desarrollos técnicos

Los arreglos entre dos o más empresas que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación de los desarrollos técnicos son considerados como restrictivos.

Cada mercado, fuera de contar con variables como son la oferta y la demanda, cuenta también con otros elementos que permiten que se desarrolle de acuerdo con su necesidad. Dentro de los elementos mencionados se encuentra la tecnología, conformada por todos aquellos avances que hacen más eficientes y menos costosos los mercados. Los productores buscan mediante departamentos especializados en investigación nuevas formas de elaboración del producto, nueva maquinaria industrial que finalmente permita un ahorro de costos.

De la investigación y el desarrollo depende la riqueza de un país. Una empresa sin estas características deja de ser competitiva. En el transcurso de las investigaciones las empresas incurren en unos costos que después son recuperados con la venta de un producto. Las patentes cobran entonces su mayor importancia, pues permiten a veces el monopolio de ciertos inventos, a no ser que sean necesarias las patentes obligatorias.

Según el diccionario, "técnico" significa perteneciente o relativo a las aplicaciones de las ciencias y de las artes; "desarrollo", significa acrecentar, dar incremento a una cosa del orden físico, intelectual o moral⁴⁶.

De esta manera, bajo este supuesto restrictivo se reprimen aquellas conductas encaminadas a bloquear para un mercado la entrada de aquellos avances que permiten mayores eficiencias, lo cual se refleja en una mayor competitividad, pues a medida que un comerciante implemente determinada

46 Real Academia Española. Ob. cit.

tecnología el resultado directo será su mayor competitividad frente a otros comerciantes del mismo mercado⁴⁷. De la misma manera, será restrictivo el comportamiento por medio del cual las empresas acuerdan por un tiempo no investigar, no competir en tecnología hasta tanto recobren el costo de la inversión en tecnología, dejando rezagado al mercado de nuevos productos con menores costos, lo que conlleva de manera directa a un perjuicio al consumidor.

Pensemos en la plataforma requerida para prestar mayores servicios en el sector de la telemática. Este sector, por ser altamente tecnológico, resulta absolutamente dinámico en cuanto a sus avances, al punto de que lo que hoy está vigente mañana es obsoleto, lo cual constituye la principal barrera de entrada, como lo es el riesgo del avance. Puede suceder que a fin de recuperar los costos provenientes de la adquisición de una tecnología, las empresas acuerden no competir con tecnología hasta tanto la anterior quede cubierta por las utilidades que reporte la empresa.

La conducta restrictiva contenida en este numeral se reprime tanto por tentativa, como por dolo, y por culpa grave.

47 "La función de producción permite combinar los factores en diferentes proporciones, para obtener un producto de muchas formas. Por ejemplo, el vino puede producirse con un método intensivo en trabajo por medio de personas que pisen uvas o con un método intensivo en capital por medio de maquinas que las aplasten. En toda ecuación de producción se aplica una tecnología (es decir, a un determinado estado de conocimientos sobre distintos métodos que podrían utilizar para transformar los factores en productos). A medida que la tecnología es más avanzada y la función de producción varía, una empresa puede obtener más producción con un conjunto dado de factores. Por ejemplo, un nuevo Chip más rápido puede permitir a un fabricante de computadoras producir más máquinas en un determinado período": PINDYCK. *Microeconomía*, cit., p. 168.

K. Acuerdos restrictivos sobre fuentes de abastecimiento de materias primas

Están prohibidos los acuerdos entre dos o más empresas mediante los cuales se asignen, repartan o limiten fuentes de abastecimiento de insumos productivos.

La creación y transformación de bienes por medio de la combinación de materia prima, mano de obra y tecnología representa lo que conocemos como producción. Por ser importante esta función para la economía, la regulación de competencia contiene un precepto fáctico que asegura una libertad en la oferta y demanda de materias primas o insumos productivos, necesarios para competir. Por ello, mediante este supuesto se previene y castiga cualquier conducta restrictiva en la comercialización de materias primas.

Ahora bien, resulta claro que el supuesto que analizamos se circunscribe exclusivamente a fuentes de abastecimiento de insumos productivos. Insumos productivos significa aquellos bienes intermedios que requieren de mano de obra para satisfacer necesidades de los consumidores. Por fuente entendemos tierra, capital, trabajo y tecnología. Entonces, en este caso lo que se limita no es el bien intermedio sino su fuente de abastecimiento.

La conducta restrictiva contenida en este numeral se reprime tanto por tentativa, como por dolo, y por culpa grave.

L. Acuerdo para impedir acceso a los mercados

Están prohibidos los arreglos por medio de los cuales los competidores deciden obstruir la entrada de un competidor al mercado, así como a los canales de distribución.

Este supuesto fáctico protege dentro de una economía la variedad de precios y de bienes. Se presenta cuando los competidores se apoderan del mercado creando barreras con las cuales impiden la presencia de nuevos competido-

res, lo que disminuye las opciones potenciales para otros interesados en entrar.

El bloqueo puede ser respuesta a la amenaza que representa el que está por entrar al mercado frente a las utilidades y ganancias de las empresas ya existentes. Se presenta con frecuencia en mercados oligopólicos, donde los ya presentes sienten temor de perder su lugar. La barrera se genera al saber que la eficiencia del nuevo puede poner en riesgo el mercado ya cautivado por las empresas existentes en el mercado. El perjuicio para el mercado es que se ve privado de nuevas alternativas que permitirían tener opciones diferentes de las existentes, disminuyendo la competencia.

La conducta restrictiva contenida en este numeral se reprime tanto por tentativa, como por dolo, y por culpa grave.

CAPÍTULO QUINTO

TIPICIDAD EN EL ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO DE MERCADO

I. INTRODUCCIÓN AL ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO DE MERCADO

Las siguientes líneas describen de manera rápida el alcance del abuso de la posición de dominio y en ellas se arma una fórmula que permitirá posteriormente desagregar su componente económico.

Para abusar de la posición de dominio se requiere tenerla, pues nadie puede abusar de la posición de dominio si no se encuentra previamente en esa situación. Siguiendo con esta línea de argumentación, el abuso de la posición de dominio requiere un sujeto calificado específico, como lo es aquel agente económico que cuente con posición de dominio de mercado, pues aquel que no ostente dicha posición no será sujeto destinatario de la prohibición definida como abuso.

En otras palabras, los comportamientos que son prohibidos para el que ostenta posición de dominio son permisivos para el que no la ostenta, sin perjuicio de que sean dañinos a la propiedad privada (abuso de posición dominante en lo privado), pero sí excluidos de la responsabilidad sancionatoria administrativa, pues ahí se necesita un sujeto calificado específico (abuso de la posición de dominio de mercado).

En tal sentido, la fórmula para definir si existe posición de dominio de mercado puede describirse así:

Abuso de la posición de dominio = posición de dominio en un mercado relevante + abuso

II. POSICIÓN DE DOMINIO EN UN MERCADO RELEVANTE

La posición de dominio en un mercado relevante es un estado económico¹. Se presenta cuando un agente económico no cuenta con competencia efectiva dentro de un mercado relevante, es decir, cuando existe una dependencia del mercado hacia ese agente económico, siendo un mercado no elástico, pudiendo esa persona actuar independientemente de competidores y consumidores, influyendo preponderantemente en el mercado, es decir, actúa sin tener en cuenta a otros agentes económicos².

Lo usual en un mercado con competencia efectiva es que cualquier actuar de un competidor sea precedido de un estudio sobre la consecuencia de su comportamiento comercial, particularmente sobre la respuesta que tendrán sus competidores frente a sus estrategias comerciales. En esa medida, si un comerciante aumenta el precio de sus productos lo usual es que él adelante una proyección y determine si los consumidores estarán dispuestos a pagar ese precio por el producto, así como la proyección de si los competidores también subirían el precio o lo deja estable, definiendo así las consecuencias comerciales de su actuar³.

Pero cuando un agente económico no cuenta con competencia efectiva, ese análisis sobra, ya que su comportamiento

1 The World Bank and Organization for Co-Operation and Development (OECD). *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, Washington-Paris, 1999.

2 Numeral 5, artículo 45, Decreto 2153 de 1992.

3 STANTON, ETZEL y WALKER. *Fundamentos de marketing*, cit.

depende de él, pues el mercado lo requiere, y el actuar del consumidor y de los competidores pasa a un segundo plano debido al gran poder y dependencia del mercado hacia esa empresa con poder de mercado⁴. De tal suerte, la posición de dominio se presenta cuando un mercado depende en gran medida de un agente económico, quien, al no contar con competencia efectiva que le sea contrapeso, decide la suerte de su mercado independientemente del actuar de consumidores y de competidores⁵.

Al estudiar la figura de posición de dominio es importante entender el concepto de “elasticidad”, ya que la primera está sentada sobre la segunda. Para que exista posición de dominio debe tratarse de un mercado no elástico.

Un mercado es elástico cuando existen sustitutos para un producto, los cuales ante el aumento en el precio de un bien principal son llamados a satisfacer la necesidad del consumidor, no estando el mercado dependiendo de un único agente económico. Entonces, si un mercado no tiene sustitutos será dependiente de un agente económico, ostentando éste la posición de dominio; en caso contrario, de no existir dependencia, siendo un mercado elástico no se ostentará tal posición.

En la siguiente gráfica puede entenderse mejor el concepto:

| Comerciante | Unidades vendidas | Capacidad ociosa | Precio |
|-------------|-------------------|------------------|--------|
| A | 200 | 2% | \$200 |
| B | 100 | 5% | \$230 |
| C | 50 | 7% | \$190 |
| D | 1.500 | 50% | \$210 |

4 NICHOLSON. *Microeconomía intermedia y sus aplicaciones*, cit.

5 PRIETO KESSELER. “Principales problemas de la regulación del abuso de la posición de dominio”, cit.

En el mercado graficado existen cuatro competidores. El precio es muy cercano entre ellos. La capacidad ociosa es grande para D, quien a su vez es el que más unidades vende.

En el supuesto de que A aumente el precio de sus productos a \$300, los consumidores muy posiblemente trasladarán su preferencia hacia otro competidor, y esas doscientas unidades vendidas por A ahora serán absorbidas por B, C o D (mercado elástico).

Pero si modificamos el ejemplo y ahora el que aumenta los precios de sus productos es D, la situación cambia, pues en la medida en que venda mil quinientas unidades los otros competidores no contarán con los productos suficientes para satisfacer la demanda, entonces los consumidores tendrán que adquirir el producto de D, ya que el resto de competidores no está en capacidad de abastecer el mercado (mercado no elástico). En tal medida, tendría que afirmarse que D está en la capacidad de actuar independientemente de competidores o consumidores, es decir, que ostenta posición de dominio.

La posición de dominio se presenta cuando no se cuenta con competencia efectiva, permitiendo que un agente económico (empresa) actúe independientemente de competidores y consumidores⁶.

Nótese que no se trata de la posición del agente económico frente a una persona en particular, sino frente a un mercado. Esa es la posición que le interesa al Estado al salvaguardar como bien tutelado la economía. Y en ese sentido, es la administración la que viene a definir que dicho sujeto es destinatario de unas prohibiciones, ya que la dependencia del mercado hacia aquel convierte en riesgoso su comportamiento, que en adelante estará limitado a fin de proteger el interés público⁷.

6 COLOMA. *Defensa de la competencia*, cit.

7 GABRIEL ALEJANDRO MARTÍNEZ. "El abuso de posición dominante en la ley argentina de defensa de la competencia", *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n.º 14, abril de 2002.

A. Legalidad de la posición de dominio

Adquirir posición de dominio es un premio a la eficiencia, pues el eficiente acaba con sus competidores en el supuesto de que estos sean ineficientes. De ahí que la posición de dominio no sea ilegal, pero sí lo sea el abuso.

Con base en el ejemplo anterior se entiende la situación, cambiando algunas variables:

| Comerciante | Unidades vendidas | Capacidad ociosa | Precio | Costos |
|-------------|-------------------|------------------|--------|--------|
| A | 200 | 2% | \$200 | \$190 |
| B | 100 | 5% | \$230 | \$200 |
| C | 50 | 7% | \$190 | \$170 |
| D | 180 | 50% | \$210 | \$150 |

En este ejemplo aparecen los costos de cada producto. Observando los costos, en condiciones iguales, se detecta que el empresario más eficiente es D, quien tiene menores costos para su empresa; sin embargo, su precio no es el más bajo. Pero en el supuesto de que D decida bajar los precios los consumidores en adelante muy posiblemente lo elegirán, teniendo D capacidad ociosa para responder a la demanda. En ese sentido, puede ocurrir lo siguiente:

| Comerciante | Unidades vendidas | Capacidad ociosa | Precio | Costos |
|-------------|-------------------|------------------|--------|--------|
| A | 200 | 2% | \$200 | \$190 |
| B | 100 | 5% | \$230 | \$200 |
| C | 50 | 7% | \$190 | \$170 |
| D | 180 | 50% | \$200 | \$150 |

Si D baja el precio a 200, la presencia de B estaría en riesgo, pues para competir con D debe bajar el precio, y de hacerlo no contaría con utilidad, por tanto B debe renunciar al mercado por culpa de su ineficiencia.

Ahora, si D vuelve a bajar el precio a 190 se tendría:

| Comerciante | Unidades vendidas | Capacidad ociosa | Precio | Costos |
|-------------|-------------------|------------------|--------|--------|
| A | 200 | 2% | \$200 | \$190 |
| | | | | |
| C | 50 | 7% | \$190 | \$170 |
| D | 180 | 50% | \$190 | \$150 |

En este caso A no aguantaría, pues no tendría utilidad y en tal suerte también tendría que renunciar al mercado, quedando en competencia C y D.

Si D decide nuevamente bajar el precio a 160, aún estaría vendiendo por encima de costos, pero C no aguantaría vender sin utilidad, ya que para competir con D tendría que vender a costos y tendría que salir del mercado.

Entonces, D adquiere posición de dominio basado en su eficiencia, y no puede ser juzgado por ello, pues aumentó la capacidad adquisitiva de bienes del consumidor basado en la responsabilidad social de ser eficiente. Por ello la posición de dominio no es ilegal, es tan solo un estado económico que convierte al agente económico que la ostenta en un sujeto calificado de prohibiciones que limitan su autonomía de la voluntad, constituyéndose la posición de dominio en un límite más a un sujeto calificado específico.

Las prohibiciones están basadas en el provecho que puede sacar un agente con posición de dominio, que es lo que se denomina abuso de la posición de dominio, lo cual no hubiera ocurrido, me refiero al provecho, si se estuviera en un mercado con competencia efectiva, donde cualquier

agente depende del comportamiento de competidores y consumidores⁸.

B. Posición de dominio individual o conjunta

Se discute si la posición de dominio deviene de un solo agente económico o si es posible pregonarla de dos o más agentes económicos, es decir, conjunta.

La posición dominante conjunta, dicen algunos, se presenta cuando en mercados muy concentrados los agentes económicos, sin arreglar expresamente su comportamiento, se comportan en provecho del grupo, con comportamientos que entre ellos no afectan su situación, dejando de competir, lo cual en circunstancias de competencia efectiva no ocurriría⁹.

Dicho comportamiento genera un daño a la economía, pues no se está compitiendo; sin embargo, no existe arreglo expreso entre los comerciantes, pero sí tácito.

Nuestra posición al respecto es que dicho comportamiento genera un paralelismo, que ya se encuentra castigado por el catálogo de acuerdos o carteles, bajo la forma de prácticas concientemente paralelas. En tal sentido, lo importante es probar el daño al mercado (antijuridicidad). Otra cosa es la tipificación, en donde se puede tratar de un acuerdo o cartel bajo la forma de paralelismo, dejando la posición de dominio reservada para comportamientos unilaterales. Sin embargo, como se señaló, algunos piensan que no es un cartel tácito sino un abuso de posición de dominio conjunta, problema de simple tipificación.

8 MARCELO QUAGLIA. "La posición dominante en el mercado y la defensa de la competencia", *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n.º 22, noviembre de 2006.

9 CHRISTOPHER BELLAMY. *Derecho de la competencia en el mercado común*, Madrid, Civitas, 1992.

III. MÉTODOS PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE POSICIÓN DE DOMINIO

Doctrinariamente existen tres métodos para definir la existencia de posición de dominio en un mercado relevante: 1. Método estructural; 2. Método conductista, y 3. Método de dependencia.

A. Método estructural

En el método estructural se observa la estructura del mercado mediante el análisis de diferentes factores:

- Número de competidores;
- Integraciones verticales;
- Cuotas de mercado;
- Barreras regulatorias;
- Volúmenes de venta;
- Precios;
- Elasticidad de la oferta;
- Sustitutos;
- Transportes;
- Materia prima.

En el análisis estructural resulta de la mayor importancia estudiar la cantidad de competidores que existen dentro del mercado relevante. No sólo los existentes sino también los potenciales, aquellos que ante una eventual subida de precios estarían interesados en ingresar al mercado por observar una buena rentabilidad, ya que ello disminuye el poder económico del presunto dominante.

Al mismo tiempo la cuota de mercado es un factor para tener en cuenta. Por lo general, una cuota de mercado superior al 65 % concentrada en un solo agente económico es un buen indicio para suponer su poder y dependencia del mercado hacia él. Sin embargo, la cuota de mercado observada de manera independiente no es razón suficiente para afirmar

que existe una posición de dominio. Puede ocurrir que un agente económico posea el 70% de un mercado pero el 30% restante sea una competencia efectiva para él. O también puede ocurrir que una persona con una cuota pequeña de mercado tenga posición de dominio, como, por ejemplo, las empresas generadoras de energía cuando superan la franja de potencia, que es la participación máxima de capacidad de generación que puede tener un generador en un mercado para que el mercado no quede dependiendo de él¹⁰.

Las barreras permiten identificar qué tan fácil es ingresar al mercado, particularmente qué obstáculos existen para el ingreso de nuevos competidores. Ahí también cobra importancia la integración vertical hacia arriba o hacia abajo en manos del presuntamente dominante.

Los sustitutos son la principal forma de descartar la posición de dominio, pues ellos hacen que los competidores aumenten, y por tanto debilitan la posición de dominio, pues aumenta el mercado relevante. Así, por ejemplo, puede existir monopolio pero no posición de dominio, y esto ocurre cuando el mercado monopolístico tiene sustitutos que impiden afirmar la posición de dominio ya que en el mercado de sustitutos existen gran cantidad de competidores.

Con todos estos factores, bajo el análisis estructural se define si un agente ostenta posición de dominio.

B. Método conductista

Con este método se observa la potencialidad para que un comportamiento de una empresa cause influencia sobre un mercado. Tal situación se presenta cuando la empresa puede aumentar los precios independientemente de los consumidores y de los competidores, o cuando puede decidir

10 JAVIER B. AGUILAR ÁLVAREZ DE ALBA. *La libre competencia*, México, Oxford, 2000.

la distribución y comercialización del mercado-producto dentro de un territorio.

Para este método lo importante es detectar que la empresa puede actuar de manera independiente dentro del mercado, sin analizar circunstancias que en un mercado con competencia efectiva sería preciso determinar.

Lo importante para este método es que la empresa influya en el mercado, así tenga una competencia, pero dicha competencia se ve influenciada por el actuar del que ostenta posición de dominio, sin que él se vea perjudicado, siendo independiente en su actuar para su beneficio.

En algunas ocasiones el método estructural no es del todo suficiente, y cobra vigencia el método conductista, mediante el cual se encuentra que independientemente de la estructura de mercado el agente posee posición de dominio pues influye sobre los demás no obstante su cuota de participación o la inexistencia de barreras. Es un método más subjetivo que objetivo.

C. Método de dependencia

Dicho método se utiliza para mercados cuya segmentación es muy reducida, es decir, donde el mercado relevante está circunscrito a zonas pequeñas. Dentro de estos mercados el dominante genera una dependencia de sus participantes hacia él. Tanto consumidor como suministrador dependen del parecer del dominante (cláusula de exclusividad en la marca).

El método es objeto de crítica, ya que las prácticas comerciales restrictivas protegen la competencia mas no al competidor, y bajo este método se termina defendiendo es al competidor y no a la competencia.

Un ejemplo de la aplicación del método es lo que ocurre entre fabricante y distribuidor bajo cláusulas verticales de exclusividad en producto y territorio, donde en verdad lo que se protege es la permanencia del distribuidor dentro

del mercado cuya fuente es el negocio jurídico celebrado con el fabricante.

En estos casos no cabe duda del potencial de litigios que existen, pero lo que está en duda no es el mercado, sino la relación privada entre ellos; sin embargo, habrá casos donde lo privado sea tan fuerte que trascienda dicha órbita para sentarse en la órbita pública¹¹.

D. Método del monopolista hipotético

La técnica se denomina el “test del monopolista hipotético”, y consiste en definir el mercado relevante del producto como el menor grupo de productos respecto del cual, a un monopolista hipotético de todos ellos, le resultaría rentable imponer un aumento de precios pequeño, aunque significativo y no transitorio.

Así, considerando como punto de partida las cantidades y precios de los productos involucrados observadas al momento de medir el mercado relevante, el test consiste en verificar si un hipotético monopolista de un producto o zonas territoriales definidas, de manera muy estrecha, podría encontrar rentable aumentar el precio marginalmente pero de manera no transitoria (5% y 10%, por ejemplo, que típicamente define al “small but significant and nontransitory increase in price”, o “SSNIP”); en caso de que no sea así, entonces dicha definición estrecha del producto no contiene al mercado relevante del mismo, y corresponde avanzar hacia una definición más amplia, que incluya al sustituto más próximo, independientemente de la similitud física, o de diferencias de procesos productivos y precios entre los distintos productos que tentativamente se incluyan para realizar el test, en tanto resulte verosímil que éstos sean sus-

11 JULIO PASCUAL Y VICENTE. “El abuso de la posición de dominio”, *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 2002.

titutos entre sí en distintas circunstancias estadísticamente importantes en el agregado, ya que lo significativo para la definición del mercado relevante es que aun monopolizando todos estos distintos productos sustitutos no sería rentable aumentar sus respectivos precios.

De esta forma, si a partir de tales cálculos no fuese rentable a un monopolista hipotético, por ejemplo de pan industrial, incrementar 5% el precio, el mercado relevante del producto excede al pan industrial, y puesto que el pan artesanal es un sustituto muy cercano (con elasticidades cruzadas estimadas consistentemente positivas, significativas y elevadas), al menos incluye también a éste.

Tratemos un ejemplo para dar claridad a lo dicho: un empresario A, vende su producto a \$200, sus costos son \$10 y vende 100 productos. Entonces el beneficio del empresario por su negocio es de \$18.000, suma que resulta de multiplicar el precio (\$200) por el número de productos vendidos (100) y después restarle (\$2.000) el valor que son los costos, los cuales resultan de la multiplicación del precio (\$200) por el valor de los costos unitarios (\$10), siendo (\$2.000), teniendo como resultado final de esa operación la cifra de \$18.000. Entonces, ahora bajo el test del monopolista hipotético tendría que aumentarse el precio en un 10%, y ver el resultado que arroja el aumento. En tal sentido supongamos el siguiente resultado: el empresario A, vende productos a \$220, sus costos son de \$10 y vendió 80 productos. Resulta así evidente que la empresa dejó de vender 20 unidades, por tanto existe sustituibilidad o el consumidor renuncia a comprar el producto ante el aumento del mismo. Pero es necesario definir si el aumento, no obstante las pérdidas de unidades vendidas sigue siendo rentable para el empresario A. Para ello debe repetirse el ejercicio y ver los resultados: $(\$220 \times 80 = \$17.600) - (\$220 \times \$10 = 2.200) = \$15.400$. Teniendo como conclusión que para el empresario A no es rentable aumentar los precios el 10%, ya que la demanda es elástica. Esto nos demuestra que una línea de producción no es siempre

por sí misma un mercado relevante, y puede competir con otros productos. En una segunda fase se incluirían todos los productos y se repetiría el ejercicio para determinar si dentro de todo ese mercado relevante se ostenta posición de dominio por beneficio del productor A al aumentar los precios del 5 al 10%, pero aún obtener beneficios.

Agrupando lo dicho hasta acá acerca de la figura de posición de dominio, puede resumirse que dicha calidad se presenta cuando:

| | |
|---------------------|--|
| Posición de dominio | Dependencia económica del mercado frente al dominante |
| | Falta de competencia efectiva frente al dominante |
| | Demanda no elástica |
| | Posibilidad de que el dominante aumente los precios sin importarle cual sería el comportamiento de competidores y consumidores |

IV. ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO

Abusar de la posición de dominio significa obtener provecho de la posición de dominio, es decir obtener ganancia injustificada basado en la falta de competencia efectiva¹².

No se trata de un abuso de derecho¹³, pues para que se presente este abuso no debe existir la prohibición, sino que estando dentro de la permisión se abuse de ella, y en el caso de abuso de posición de dominio el comportamiento se encuentra expresamente prohibido, por tanto no se puede

12 TERESITA DUTRENIT UGARTE. "Abuso de posición dominante", *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n.º 17, julio de 2003.

13 ERNESTO RENGIFO GARCÍA. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002

abusar de lo que ya se encuentra prohibido. Se abusa del derecho cuando el comportamiento investigado se encuentra dentro de la permisión legal (no está prohibido) pero se abusa de ello¹⁴.

El abuso de la posición dominante se presenta cuando una vez definido que existe un agente económico con posición de dominio este tiene comportamientos que ponen en riesgo el mercado (típico) o cuando el agente obtiene provecho injustificado de la falta de competencia (atípico).

Para la calificación de abuso de posición de dominio siempre se requiere la existencia previa de posición de dominio, es decir, es necesario que se esté en presencia de un sujeto calificado, de un destinatario de la prohibición.

Resulta importante señalar que lo anterior es válido para el juicio administrativo, donde el bien tutelado es el mercado, y allí se requiere la existencia del sujeto calificado específico, es decir, quien tenga posición de dominio de mercado, se llega a la conclusión de que cuando la prohibición es adelantada por un agente sin posición dominante de mercado el comportamiento no puede ser calificado como restrictivo; sin embargo, quedan a salvo las acciones privadas que pueden ejercer quienes se sientan perjudicados por el actuar del que no tiene posición de dominio.

En otras palabras, la posición de dominio de mercado requiere sujeto calificado específico, y quien no la tenga no puede ser hallado culpable desde el punto de vista administrativo, pero no obstante que no sea juzgado por el Derecho administrativo sancionador¹⁵, puede ser juzgado por la justicia privada al probarse que su comportamiento es causa del daño a un privado.

14 MARCELO R. D'AMORE. "Abuso explotativo de posición dominante. El caso YPF en Argentina", *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n.º 11, diciembre de 2000.

15 GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho administrativo*, 8.ª ed., Madrid, Civitas, 2002.

V. SUPUESTOS ILEGALES DE ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO

El abuso típico es aquel que se presenta por la identidad entre el comportamiento del que ostenta posición de dominio con el supuesto fáctico prohibitivo.

En cada legislación aparecen comportamientos prohibidos para el sujeto calificado específico. Para ello se ha dispuesto de hipótesis taxativas que contienen comportamientos prohibidos, como son la venta por debajo de costos, los subsidios cruzados, las ventas atadas, la discriminación, el obstáculo a la entrada y la venta en condiciones diferentes para eliminar al competidor¹⁶.

A. Abuso de venta por debajo de costos

Esta es una práctica mediante la cual el agente con posición de dominio vende sus productos por debajo de costos con la finalidad de eliminar a un competidor o de bloquear su entrada¹⁷.

Lo usual es que un comerciante obtenga utilidades con sus ventas. Resulta inusual que venda a pérdida. En tal sentido, observando el poder de mercado y la competencia no efectiva de la cual goza quien ostente posición de dominio, se le prohíbe al dominante que venda por debajo de costos sus productos.

El análisis económico de la conducta que se describe a continuación permite validar su existencia.

16 Artículo 50, Decreto 2153 de 1992.

17 Numeral 1, artículo 50, Decreto 2153 de 1992.

| Comerciante | Unidades vendidas | Capacidad ociosa | Precio | Costos |
|-------------|-------------------|------------------|--------|--------|
| A | 200 | 2% | \$200 | \$190 |
| B | 100 | 5% | \$230 | \$200 |
| C | 50 | 7% | \$190 | \$170 |
| D | 1.800 | 50% | \$120 | \$150 |

Si D decide vender sus productos a \$120 los consumidores lo preferirán, y esta persona, en provecho de su posición de dominio, estaría en facultad de eliminar a sus demás competidores amparada en la venta a pérdida, disminuyendo la variedad de productos y precios.

Su poder de mercado le permite aguantar la pérdida en tanto que elimina a sus competidores o mientras bloquea la entrada de los potenciales competidores.

En un principio el consumidor resultaría beneficiado, pues obtendría productos a un menor precio, lo cual aumenta su capacidad adquisitiva; sin embargo, a mediano plazo perdería sus opciones, y sólo tendría un proveedor, el cual podría aumentar desmesuradamente los precios al no contar con competencia. En este ejemplo se puede ver que la competencia es un factor importante mediante el cual se obtiene una talanquera para que los precios aumenten. La competencia convierte un mercado en eficiente, y la disminución de precios por debajo de costos elimina a los competidores, no producto de la eficiencia, sino sacando provecho de la posición de dominio, cosa que no hubiera ocurrido si no tuviera tal posición.

El ejemplo para un agente sin posición de dominio es así:

| Comerciante | Unidades vendidas | Capacidad ociosa | Precio | Costos |
|-------------|-------------------|------------------|--------|--------|
| A | 200 | 2% | \$200 | \$190 |
| B | 100 | 5% | \$230 | \$200 |
| C | 50 | 7% | \$190 | \$170 |
| D | 180 | 5% | \$210 | \$150 |

En el mercado graficado ningún agente ostenta posición de dominio. D no cuenta con la capacidad de atender todo el mercado y decide vender por debajo de precio. Los demás competidores podrán dejar el precio arriba y el único perjudicado será D, quien por vender a pérdida tendrá que salir despedido del mercado.

Por ello, la venta a pérdida con posición de dominio conlleva una consecuencia que no se presenta cuando se vende por debajo de costos sin posición de dominio. Esta conducta se castiga de manera típica. En caso de realizarse procede el estudio de la antijuridicidad.

B. Abuso por mercados subsidiados

Es usual que un comerciante participe en diferentes empresas, entendidas estas como actividades económicas¹⁸. Dicho de otra manera, un comerciante puede tener diferentes líneas de producción dentro de una misma sociedad.

Puede suceder que un comerciante ostente posición de dominio en una línea de producción o dentro de un segmento, pero que en otra línea o segmento donde también participe no ostente la señalada posición. Entonces, aprovechando la posición de dominio que tiene en una línea de producción, donde no cuenta con competencia efectiva, decide aumentar los precios, en tanto que en la línea donde sí cuenta con com-

18 GARRIGUES. *Curso de Derecho mercantil*, cit., pp. 240 a 267.

petencia efectiva, es decir, donde no tiene posición de dominio, decide vender los productos a pérdida. En este caso la posición de dominio es aprovechada para sacar ventaja en el mercado donde no posee dicha posición, dañando o poniendo en riesgo otro mercado con el subsidio proveniente del mercado donde pudo aumentar los precios debido a la falta de competencia efectiva¹⁹. Es aprovechar el compartimiento de mercados.

Para determinar la validez del supuesto se hace necesario su análisis económico: Mercado X.

| Comerciante | Unidades vendidas | Capacidad ociosa | Precio | Costos |
|-------------|-------------------|------------------|--------|--------|
| A | 200 | 2% | \$200 | \$190 |
| B | 100 | 5% | \$230 | \$200 |
| C | 50 | 7% | \$190 | \$170 |
| D | 1.800 | 50% | \$280 | \$150 |

En este mercado D ostenta posición de dominio. Decide aumentar los precios a \$280. Los consumidores, al no tener alternativa, se ven obligados a comprar a ese precio.

D también participa en otro mercado-producto, calificado como mercado Y, donde la estructura es la siguiente:

| Comerciante | Unidades vendidas | Capacidad ociosa | Precio | Costos |
|-------------|-------------------|------------------|--------|--------|
| A | 200 | 2% | \$200 | \$190 |
| B | 100 | 5% | \$230 | \$200 |
| C | 50 | 7% | \$190 | \$170 |
| D | 180 | 50% | \$140 | \$200 |

19 Numeral 5, artículo 50, Decreto 2153 de 1992.

En el mercado Y se observa que D no cuenta con posición de dominio, y sus costos son \$200. Para eliminar a sus competidores, D decide vender a pérdida, es decir a \$140, compensando sus pérdidas en este mercado con las ganancias que obtiene en el mercado donde ostenta posición de dominio (mercado X). Así, a aquel sujeto que ostente posición de dominio en un mercado y participe a la vez en otros, le está prohibido vender a pérdida en todos los otros mercados donde participe, tanto en el mercado donde ostenta posición de dominio, como, se vuelve a resaltar, en los demás mercados donde participe.

Este supuesto también es aplicable entre empresas de grupos económicos, donde una de las integrantes cuenta con posición de dominio en un mercado, como adelante se explica.

Si el comportamiento estudiado fuera adelantado por un sujeto sin posición de dominio, en un mercado donde existe elasticidad de demanda, el comportamiento no sería restrictivo, pues el consumidor ante la conducta comentada se desplazaría a adquirir el producto sustituto, situación que no se presentaría si el comportamiento lo adelanta quien ostenta posición de dominio, debido a la inelasticidad.

C. Abuso por discriminación

La discriminación genera restricción al mercado cuando la adelanta un agente con posición de dominio. La posición de dominio genera un principio de la más favorabilidad, como la figura del Derecho internacional, en donde otorgadas unas condiciones por una empresa con posición de dominio a un consumidor o a un distribuidor, los demás consumidores o distribuidores que se encuentren en la misma condición adquirirán de inmediato derecho a un

trato igual. La inobservancia de esta regla genera abuso de la posición de dominio²⁰.

Se trata de crear una igualdad en el comportamiento adelantado por el agente con posición de dominio para con los demás, ya que la dependencia del mercado hacia este agente genera un escenario donde se pueden crear distorsiones competitivas en otra etapa de la cadena de valor. Así, si el agente con posición de dominio favorece con un comportamiento a un distribuidor y desfavorece a otro que compite con el primero, entre ellos existirá una diferencia competitiva creada injustamente por quien ostenta posición de dominio.

Cabe recordar que para que se presente este supuesto se requiere como requisito que el fabricante tenga posición de dominio de mercado. Esto para que sea calificado como restrictivo, sin perjuicio de la acción que puede tener el distribuidor por deslealtad frente al fabricante, si logra demostrar la injusticia, donde no es requisito la existencia de posición de dominio de mercado sino una relación contractual o de dependencia económica.

En este sentido, el agente con posición de dominio debe ser consiente de que en el supuesto de otorgar una condición comercial a determinada persona, de manera inmediata las personas con igual característica adquieren el derecho de exigir un mismo comportamiento.

La discriminación requiere la comparación entre iguales donde se exige que la igualdad sea también en el trato. En este sentido, el agente dominante no tiene obligación de igual trato cuando quien lo exige sea diferente del favorecido.

Dentro de este supuesto se requiere el análisis del negocio jurídico y de las implicaciones económicas que se presenten como consecuencia de su ejecución. Debe medirse los participantes del negocio, sus condiciones, la forma en que

20 Numeral 2, artículo 50, Decreto 2153 de 1992.

negocian. Lo importante para la tipificación es encontrar una igualdad entre los que se comparan.

Se trata entonces de un supuesto donde quien ostenta posición de dominio reconoce que el hecho de que otorgue una condición favorable a un sujeto con quien negocia, de forma inmediata otorga a los demás el derecho a recibir lo mismo.

Al igual que lo dicho, si el comportamiento estudiado fuera adelantado por un sujeto sin posición de dominio, en un mercado donde existe elasticidad de demanda, el comportamiento no sería restrictivo, pues el consumidor ante la conducta comentada se desplazaría para adquirir el producto sustituto, situación que no se presentaría si el comportamiento lo adelanta quien ostenta posición de dominio, debido a la inelasticidad.

D. Abuso por ventas subordinadas

Comprar más de lo que se necesita. Esa frase resume lo que es una venta atada.

En las ventas subordinadas un agente con posición de dominio adiciona al producto obligaciones que no tienen que ver con la naturaleza propia del negocio; así aumenta su ganancia basado en la dependencia del mercado hacia él (maximiza su utilidad de forma ilegal).

El agente aprovecha la necesidad del consumidor para obtener una mejor utilidad sin justa causa, porque ata otros productos u obligaciones al inicial, lo que hace que el consumidor pague más por satisfacer su necesidad, pues la atadura aumenta el precio del producto, de modo que el comerciante obtiene en contrapartida una mayor ganancia²¹.

Puede ocurrir que la atadura sea con un producto de una línea diferente, o con un número superior de unidades

21 Numeral 3, artículo 50, Decreto 2153 de 1992.

del mismo bien de las que efectivamente necesita el consumidor.

Si la atadura se hace sin posición de dominio, el consumidor tendrá la opción de escoger otras marcas (elasticidad de demanda), pero como no tiene más opciones se ve obligado a adquirir más de lo que necesita; así, disminuye la capacidad adquisitiva de bienes del consumidor y aumenta la concentración de riqueza del sujeto que abusa de su posición de dominio.

En ese orden de ideas, se castiga las ventas atadas, puesto que el agente con posición de dominio se aprovecha de la falta de opciones en el mercado para hacer más gravosa en dinero la satisfacción de la necesidad al consumidor.

Aplica aquí nuevamente que si el comportamiento estudiado fuera adelantado por un sujeto sin posición de dominio, en un mercado donde existe elasticidad de demanda, el comportamiento no sería restrictivo, pues el consumidor ante la conducta comentada se desplazaría para adquirir el producto sustituto, situación que no se presentaría si el comportamiento lo adelanta quien ostenta posición de dominio, debido a la inelasticidad.

VI. PROHIBICIÓN GENERAL DE ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO

Existen otros casos de abuso de posición de dominio que no se presentan por el desarrollo de un comportamiento descrito de manera enunciativa en textos legales, sino que se presentan en virtud de una prohibición general que analiza todos los comportamientos contenidos en el artículo 1.º de la Ley 155 de 1959.

Sin embargo, la verdadera prohibición general de abuso aparece en la Constitución Política, donde se prohíbe de manera general abusar de la posición de dominio. De esta

manera, por mandato superior se castiga cualquier provecho en virtud de una posición de dominio²².

Para este caso debe analizarse cada situación y observar si el provecho se obtiene por la falta de competencia efectiva, ya que si el comportamiento se hubiera adelantado con competencia efectiva el comerciante no hubiera obtenido la ganancia injusta, siendo la causa del provecho injusto la posición de dominio; este sistema recuerda la premisa general de responsabilidad según la cual quien causa daño con culpa es responsable²³. En este caso, a diferencia del abuso con supuestos típicos, se requiere observar el resultado del comportamiento y el daño al mercado como bien tutelado (antijuridicidad).

En este sentido, bajo un análisis subjetivo se parte del principio según el cual quien ostente posición de dominio carga con la responsabilidad especial de no afectar a la competencia con su comportamiento. Cuanto más débil es la competencia mayor es la responsabilidad en el actuar de un agente con posición de dominio.

El abuso de la posición de dominio atípico permite afirmar que los supuestos de abuso no son taxativos sino enunciativos. Los descritos en la ley son de carácter típico, en tanto que los de resultado que afectan el mercado son de carácter atípico, y estos últimos tienen su razón de ser en la Constitución.

Unos casos que pueden caber dentro de este supuesto prohibitivo general por abuso son, entre otros:

- Imposición de marca única para distribuidores.
- Descuentos por fidelidad de clientes.

22 Artículo 333 de la Constitución Política de Colombia.

23 Artículo 2341 del Código Civil colombiano: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley le imponga por la culpa o el delito cometido”.

- Estrechamiento de márgenes dentro de mercado vertical obligatorio para competidores (aguas arriba).
- Precios excesivos.

VII. LEGÍTIMA DEFENSA DEL QUE OSTENTA POSICIÓN DE DOMINIO

Cabe señalar que aquel agente con posición de dominio tiene derecho a defenderse competitivamente de otros agentes económicos. El agente con posición de dominio no se puede quedar cruzado de brazos mientras otros competidores atacan su mercado. En tal caso tiene derecho a defenderse, y este es un comportamiento legítimo. Para ello, es necesario probar que la defensa es proporcional al ataque, es decir, que su comportamiento competitivo es razonable.

De tal manera, resulta válido que un agente con posición de dominio tenga comportamientos propios de un espíritu competitivo. En estos casos es primordial observar el grado de concentración del agente con posición de dominio, el efecto y alcance del comportamiento, la exclusión que causa, así como el provecho monetario que obtiene. Para su castigo se debe probar que utilizó un medio desproporcionado en su defensa.

VIII. MERCADO RELEVANTE

El mercado afectado es lo que se denomina mercado relevante. La definición del mercado relevante produce diferentes resultados en el análisis de posición de dominio y del abuso que se piensa cometer. Una segmentación amplia de un mercado disminuye la potencialidad para que una empresa obtenga posición de dominio. Así mismo, una segmentación estrecha aumenta la posibilidad de establecer que existe posición de dominio, ya que en uno y otro caso el número de competidores aumenta o disminuye. Es claro que las

cuotas de mercado aumentan y disminuyen de acuerdo con una segmentación estrecha o amplia²⁴.

La segmentación del mercado relevante se adelanta basándose en el territorio o en el producto. Es decir, un mercado relevante puede ser internacional, nacional, departamental, urbano, rural, e inclusive zonal. Existe la posibilidad de segmentar una pequeña parte del territorio siempre y cuando se encuentren características propias que permitan separarla o escindirla de otros territorios. Así, por ejemplo, en materia de telecomunicaciones la telefonía fija local de un municipio no compite con la telefonía fija de otro territorio, de lo que resultan dos mercados territoriales diferentes. En este caso se trata de dos mercados absolutamente diferentes. En el mercado de televisión ocurre algo parecido, ya que en determinadas zonas sólo puede tener acceso un operador municipal²⁵.

Considerando solo el producto, cobra importancia la sustituibilidad que existe entre el producto principal y otros bienes. Así, en el análisis de posición de dominio entrarán a hacer parte aquellas empresas que fabrican los bienes sustitutos, disminuyendo la cuota de mercado del analizado. Para determinar la sustituibilidad debe tenerse en cuenta que los sustitutos satisfagan las necesidades que el consumidor pensaba cubrir con la adquisición del bien principal. La necesidad se satisface por precio, calidad, servicio, duración, etc. En tal sentido se hace un ejercicio donde se proyecta el aumento de precios del bien principal (A) para establecer hacia dónde se dirigirá el consumidor para satisfacer su

24 ZULARY J. ARTIGAS y MARÍA ANTONIETA MAGALDI. "Criterios para la determinación de mercados relevantes utilizados en las decisiones de la agencia de competencia venezolana", *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n.º 17, julio de 2003.

25 ANTONIO CREUS CARRERAS y NATALIA LACALLE MANGAS. "Comunicación de la comisión sobre la definición del mercado relevante a los efectos del derecho comunitario de competencia", *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n.º 3, marzo de 1998.

necesidad, y encontrar qué producto adquiere en reemplazo de A. Posteriormente se hace el mismo ejercicio, pero esta vez aumentando el precio de (A y B), determinando hacia dónde se dirige la oferta. Así hasta encontrar que ante el aumento de precios el consumidor renunciaría a satisfacer su necesidad. Un ejemplo de mercados sustitutos es el caso de la telefonía fija y la telefonía móvil.

Cada persona que se proponga delimitar el mercado relevante debe justificar económicamente la segmentación adelantada. Cabe señalar que el abuso debe poner en riesgo o afectar el mercado relevante, que es el bien jurídico protegido por las prohibiciones típicas o los comportamientos atípicos de quien ostenta posición dominante²⁶.

Teniendo en cuenta que el tema de mercado relevante toma importancia para la antijuridicidad, dicho tópico será explicado en extenso dentro de otro capítulo. Pero se precisa que la posición de dominio no puede ser entendida sin comprender que esta se presenta dentro de un mercado relevante.

Para mayor profundidad ver el capítulo séptimo de este libro, donde se trata el tema.

IX. DIFERENCIA ENTRE POSICIÓN DE DOMINIO CONTRACTUAL Y POSICIÓN DE DOMINIO DE MERCADO

Las dos figuras no guardan similitud. *La posición de dominio contractual* representa una mayor fuerza en uno de los extremos contractuales. Esta situación generalmente se desarrolla bajo los contratos prediseñados por la parte fuerte del negocio, dejando de lado la posible discusión con su contraparte respecto del contenido contractual. En

26 PASCUAL GARCÍA y ALBA IDUÑATE. "Índice de dominancia y el análisis de competencia de las líneas aéreas mexicanas", *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n.º 6, mayo de 1999.

este sentido, el poder contractual lo posee quien impone las prestaciones del negocio.

Como se observa, se trata de un asunto de interés particular que sólo interesa a las partes, siendo el juez la autoridad competente para calificarla.

A diferencia del poder contractual, *la posición de dominio de mercado* se trata de la situación particular de una empresa frente al mercado en donde participa, encontrándose, bajo un estudio económico, que esta puede determinar la variable precio excluyendo a la competencia. Entiéndase como una dependencia del mercado relevante hacia una empresa²⁷.

La posición de dominio contractual no es un tema cobijado por la posición de dominio de mercado, pues, por ser el segundo asunto de interés particular, el Estado determina que el asunto sea debatido entre las partes. En cambio, la posición de dominio de mercado sí es un tema regulado por las prácticas comerciales restrictivas, y el Estado está atento a investigar y castigar de oficio o a solicitud de parte cualquier irregularidad en desarrollo de ese poder de mercado, pues se trata de un interés general, como es la libre competencia económica.

Así, mientras el abuso contractual es un tema entre partes y sólo a ellas les interesa, el abuso de mercado es un tema de orden público económico que nos interesa a todos. Sin embargo, puede ocurrir que las dos figuras coincidan, como cuando alguien abusa de la posición de dominio de mercado imponiendo además contratos abusivos.

27 Cámara de Comercio de Bogotá. Tribunal de Arbitramento de Celcenter Ltda. contra Comcel S. A., Bogotá, 15 de agosto de 2006.

X. ¿SE PUEDE ABUSAR DE LA POSICIÓN DE DOMINIO EN UN MERCADO DONDE NO SE OSTENTA POSICIÓN DE DOMINIO?

Dentro de las diferentes reglamentaciones mundiales se establece que los empresarios que ostenten posición de dominio tienen limitado su campo de acción empresarial respecto de otros empresarios que no ostentan dicha posición de dominio. Claro y público concepto económico dentro del Derecho de la competencia. Sin embargo, observando el desarrollo de los mercados y las diferentes legislaciones se tiene que el ostentar posición de dominio en un segmento no sólo conlleva a consecuencias dentro de dicho segmento sino que también dicha posición de dominio de un empresario conlleva a consecuencias dentro de otros segmentos económicos donde él participe y no ostente dicha posición.

Un ejemplo podría dar claridad frente a lo dicho: el empresario A participa en el mercado 1 y 2; en el mercado 1 cuenta con posición de dominio, en tanto que en el mercado 2 no cuenta con dicha posición; si en el mercado 1 vende por debajo de costos eliminará a sus competidores dentro de dicho segmento; pero, si es en el mercado 2 donde vende por debajo de costos podría estar subsidiando el mercado 2 con el mercado 1, eliminando a los competidores que tiene en el mercado 2, aprovechando la falta de competencia efectiva que tiene dentro del segmento donde ostenta posición de dominio, donde lógicamente puede obtener utilidades que permiten el subsidio.

Se desprende de lo anterior que si un empresario, en desarrollo de sus actividades, cuenta con posición de dominio en un segmento, de forma inmediata involucra algunas prohibiciones a las demás actividades donde participe, así en ellas no ostente posición de dominio. Entonces, se puede abusar de la posición de dominio dentro de un segmento donde no se cuente con posición de dominio.

Lo anterior aplica tanto para sociedades vinculadas entre sí que explotan diferentes segmentos, donde una de

ellas tenga posición de dominio, como para sociedades que dentro de un mismo objeto explotan diferentes segmentos o empresas.

Resulta de la mayor importancia tener en cuenta las consecuencias de ostentar posición de dominio dentro del segmento donde se tiene dicha posición y por fuera de él.

CAPÍTULO SEXTO TIPICIDAD DE LOS ACTOS RESTRICATIVOS DE LA COMPETENCIA

I. ACTOS RESTRICATIVOS

Los actos restrictivos son comportamientos unilaterales dirigidos a todos los comerciantes. Se diferencian de la posición de dominio en la medida en que para los actos restrictivos no se requiere un sujeto calificado específico, sino que agrupan prohibiciones dirigidas a todo el universo de comerciantes.

Este tipo de supuesto no se encuentra regulado en la mayoría de legislaciones de competencia en el mundo, lo cual no lo descalifica. Algunos han planteado reformas con las que se intenta eliminar este supuesto como restrictivo argumentando que no aparece incluido en ninguna legislación. La razón para la eliminación debería ser si mediante los actos restrictivos se puede dañar la competencia, es decir, la argumentación debe ser económica, y ante todo renunciar a la costumbre de sólo copiar y no ser capaces de crear.

Los actos restrictivos de la competencia aparecen contenidos en el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, y son prohibiciones que guardan un patrón en común, y es que son reproches a conductas unilaterales, los cuales se diferencian de la posición de dominio en tanto que están dirigidos a todo el universo de comerciantes y no cuentan con sujeto calificado específico.

II. SUPUESTOS ILEGALES DE LOS ACTOS RESTRICTIVOS

Los supuestos legales de actos restrictivos son tres: actos contrarios a la publicidad que afecten a los mercados; la influencia al acuerdo de precios; y la negativa a la venta.

A. Publicidad engañosa que afecta al mercado

La publicidad es la forma como las empresas pregonan sus productos en el mercado. Es la manera como dan a conocer las bondades de los bienes que ponen a disposición del consumidor. Es la etapa de la cadena de valor en donde la empresa pretende dejar grabada en el consumidor una imagen del producto ofrecido para que aquel lo recuerde al momento de hacer su elección.

La publicidad es un acto unilateral y se encuentra en diferentes partes: en comerciales, avisos, marquillas, etiquetas, y hasta en el momento mismo de la venta. La publicidad puede tener contenido informativo acerca del producto o carecer de él. Para el Derecho resulta importante aquella publicidad que pregona calidades de los productos o aquella en la cual se menciona al competidor, dentro de la cual se exige el máximo de rectitud ya que se trata de la responsabilidad del comerciante, quien es un profesional en su actividad.

El primero de los actos restrictivos que generan infracción a las normas de competencia es aquel que se refiere a las infracciones al régimen de publicidad contenido en el estatuto de protección al consumidor.

Para definir el alcance de este acto restrictivo resulta primordial indicar que con la emisión de una pauta publicitaria existen diferentes intereses en juego. Por una parte está el interés del consumidor de no resultar engañado con una pauta que defraude su legítima expectativa. Al mismo tiempo está el interés del competidor, quien cuida que los clientes decidan basados en informaciones ciertas, ya que

para una empresa *cliente* significa *ingresos* y esos ingresos se pueden perder cuando un cliente rompe su fidelidad basado en informaciones falsas de otras empresas. Por último están los intereses del Estado, que es el principal interesado en que se invierta dentro de su economía, ya esta crece en la medida en que exista una información transparente que permita elegir de mejor manera a los consumidores.

Entonces son tres los sujetos que están interesados en la transparencia de una publicidad: los consumidores, las empresas y el Estado. Cada uno con un interés diferente. El consumidor puede exigir la garantía; el competidor puede pedir el perjuicio por el daño (competencia desleal); y el Estado puede cuidar su mercado con sanciones por infracciones. En este último escenario es donde se sitúa el acto restrictivo, el cual se presenta cuando una publicidad engañosa daña el bien jurídico tutelado, como lo es el mercado.

La infracción por prácticas comerciales restrictivas se presenta cuando la publicidad engañosa tiene la trascendencia de dañar el mercado: cuando el error por acción o por omisión involucra un daño al mercado, que vulnera lo tutelado, es decir, la libertad de entrada de las empresas, la libertad de escogencia de los consumidores o la variedad de precios y de bienes (antijurídico).

La tipicidad es la vulneración de las normas del consumidor, pero la antijuridicidad del comportamiento es que la publicidad dañe el bien tutelado. En el siguiente capítulo se resalta el contenido del bien tutelado.

Entonces, lo que se castiga son las infracciones al régimen de publicidad que dañan el mercado; por tanto, no cualquier infracción al régimen de publicidad puede ser sancionado como restrictivo, sólo la que dañe el mercado. En el supuesto de que la infracción publicitaria sólo dañe el interés del consumidor, procederá solo la sanción propia del régimen del consumidor, pero no la de competencia.

B. Influencia a celebrar un acuerdo de precios

No sólo la celebración de un acuerdo de precios resulta restrictiva; también lo es la sola propuesta de que se celebre. Cuando dentro del mercado se presenta la aceptación de aumentar los precios o mantenerlos, dicho comportamiento es castigado como un acuerdo. En el caso de este acto restrictivo, se castiga la propuesta para celebrar un acuerdo, aunque el destinatario de la propuesta no la acepte o esta quede tan solo en preparativos.

Dentro del supuesto se exige que dicha propuesta provenga de una empresa que tenga influencia para solicitar el acuerdo. El sujeto con poder para influenciar es el sujeto calificado para adelantar el comportamiento.

Este es un supuesto fáctico preventivo, que busca castigar inclusive la propuesta de acuerdos de precios dentro de un mercado. Bajo dicho supuesto, las personas que reciban la oferta de acuerdo podrán denunciarlo, defendiéndose de la influencia, o también el Estado podrá iniciar una investigación cuando tenga conocimiento de un próximo acuerdo por celebrarse.

Son muchos los casos donde existen discusiones acerca de la ejecución de un acuerdo, y las mismas son castigadas, puesto que el mercado es tan celoso con su normal desarrollo que reprime las propuestas que nacen para dañarlo.

Con este supuesto, es claro que las empresas que le proponen un acuerdo a un competidor quedan expuestas a que este las denuncie, por tanto dejan su suerte en manos de su competidor, lo cual hace que por razones de la misma competencia los acuerdos disminuyan, pues difícilmente un competidor le da oportunidad o herramientas a su contrincante para que lo ataque. Dicha prohibición de celebrar acuerdos de precios aparece contenida en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

C. Negativa a la venta y discriminación como consecuencia de la política de precios

Este es un supuesto propio de las relaciones de distribución.

Las empresas cuentan con libertad para determinar con quién adelantarán la distribución de sus productos. Sin embargo, dentro de dicha relación deben observar unos parámetros de conducta principalmente en lo relativo al precio de reventa. En este sentido, se castiga la eliminación de un distribuidor cuando éste ha incumplido la política de precios impuesta por el empresario.

Así las cosas, los acuerdos de precios verticales son válidos en la medida en que no dañen a la competencia, pero ello no habilita al empresario para que al ver incumplimiento del acuerdo por parte del distribuidor proceda a eliminarlo discriminándolo respecto de otros, o inclusive dejando de venderle. Entonces, el arreglo para vender a un mismo precio con red es válido si no daña el bien tutelado.

El distribuidor, por ser el dueño de la cosa, podrá y tendrá libertad de vender al precio que él desee, y el empresario no podrá eliminarlo si aquel no siguió los precios sugeridos por la empresa. Si el precio fue fijado o acordado tendría que determinarse si daña el bien tutelado, puesto que si bien es cierto que los acuerdos verticales de precios en algunos casos no son ilegales, también es cierto que en otros casos sí. Fuera de ser restrictivo o no la fijación de precios, podría inclusive llegar a ser desleal su incumplimiento. Adelante aparece un capítulo especial de relaciones verticales restrictivas.

Entonces, la matriz de responsabilidad con la que se ha trabajado quedaría así:

| | |
|--------------------------------|--|
| | Típico: que el comportamiento esté prohibido en la ley (acuerdo; abuso de posición de dominio y acto). |
| Responsabilidad administrativa | Antijurídico: que el comportamiento afecte el bien tutelado, es decir que afecte la libertad empresarial, la libertad de escogencia, o la eficiencia del aparato productivo dentro de un mercado relevante (afectación cierta al interés tutelado). Para este asunto serán aplicables las causales excluyentes de responsabilidad como la legítima defensa y el uso legítimo de un derecho. |
| | Culpable o doloso. |

CAPÍTULO SÉPTIMO

CULPABILIDAD O DOLO DENTRO DE UN COMPORTAMIENTO RESTRINGIDO DE LA COMPETENCIA

La culpabilidad hace referencia al elemento subjetivo de la imputación, conformado por el dolo y la culpa.

Teniendo en cuenta todo lo que se ha escrito acerca de la definición y entendimiento de culpa y dolo, pasaré a hacer una simple reseña de las dos figuras, de forma que no queden por fuera de este análisis¹.

Sobre el dolo, asumo que es la acción con intención con la cual se infringe el deber jurídico que pesa sobre el administrado a respetar el bien jurídico tutelado. Querer y saber el resultado que se obtendrá. Que para el caso de prácticas comerciales restrictivas es, por ejemplo, arreglar el comportamiento con los competidores para adelantar una colusión o una exclusión, o para, individualmente, aprovecharse del consumidor agravando las cargas de éste por la falta de competencia en el mercado.

Es tener el horizonte claro de impacto en el resultado de la acción, y ejercer dicha acción en busca del resultado.

Acerca de la culpa, resulta necesario el mayor detalle de su referencia, abordando su alcance por oposición a la

1 LUIS DÍEZ PÍCAZO. *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 351 y ss.; RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ. *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 126 y ss.

figura del dolo, dejando cada figura en un extremo diferente para poderlas entender y distinguir. En este sentido, culpa puede ser entendida como el haber adelantado una acción pero no haber querido el resultado que trajo el desarrollo de la acción.

Para explicar el contenido de la culpa, pienso que puede hacerse uso de la concepción clásica y de la denominada “moderna” de culpa. La concepción clásica está basada en la presencia de negligencia para evidenciar las consecuencias de la acción. Por su parte, la concepción moderna de culpa evalúa la acción humana dentro de un contexto más social, como es el caso del comportamiento exigido a alguien que vive dentro de un entorno socio-económico y no individualista, en pro del interés público por encima del privado.

La culpa entraña una conducta deshonesta, una inobservancia al deber de prudencia que pesa sobre cada miembro en relación con la vida de la comunidad. La culpa es una desviación de un modelo ideal de conducta².

En mi concepto la culpa es el desarrollo del comportamiento humano sin cumplir con la carga social de observar el resultado de lo que se ejecuta. Se actúa con culpa bajo un actuar individual, sin detenerse a precisar el diámetro de elementos que tendrán una modificación en su ser como consecuencia del comportamiento de su autor. Es la modificación de lo que está quieto por la naturaleza misma, pero que cambia por la conducta del hombre. Es dejar de lado el estudio del móvil de la acción para pasar el estudio de la consecuencia y de su posibilidad de haber podido ser detectado el resultado antes de su realización.

El asiento, entonces, de la culpa es la carga de observar el desenlace que tiene un comportamiento dentro de un contexto social y dentro de unos bienes tutelados, sumado

2 JAIME SANTOS BRIZ. *La responsabilidad civil*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1993.

a la posibilidad de haber podido descubrir los resultados del actuar antes de ejecutar la conducta.

Es difícil identificar la carga de previsión que tiene un particular para identificar el resultado que tendrá su conducta. Pero es razonable pensar que una persona antes de actuar identifica la consecuencia para sí mismo, y ese ejercicio lo debe repetir con el entorno que lo rodea. Es decir, tener el radar que le permita ver hasta dónde llegan las ondas consecuenciales de su actuar, reconociendo su peligro y asumiendo los resultados en caso de que decida adelantar la conducta.

Los koans son proverbios japoneses que guardan en su ser parte de la cultura Zen. Hay uno muy ilustrativo acerca de la culpa, que más o menos dice así: Estaba el maestro Lian reunido con sus estudiantes. Allí el maestro Lian le indicó a Lao que le preparará una sopa de serpiente. Lao inmediatamente comenzó la preparación de la sopa, cortando la serpiente en pedazos. Una vez sirvió Lao la sopa a su maestro, éste procedió a beberla. Al final el maestro se dio cuenta que dentro de su plato estaba servida la cabeza de la serpiente, lo cual resultaba una ofensa para él, pues hacía la sopa agria. Tan pronto ocurrió esto el maestro llamó a Lao, y con un gran grito le preguntó acerca de la cabeza de la serpiente en la sopa. Lao inmediatamente le presentó disculpas a su maestro, y le dijo inclinándose “maestro precisamente estaba buscando la cabeza de la serpiente”, e inmediatamente Lao tomó en sus manos la cabeza de la serpiente y se la tragó.

Este Koan se denomina “Tragarse la culpa”. Donde al parecer el protagonista no tomó las medidas preventivas y necesarias para la preparación del alimento, y por ello se le presentó una consecuencia dentro de su entorno, y él mismo adoptó el correctivo de presentar disculpas e incluir la sanción, en este caso, comerse la cabeza de la serpiente.

Así, de la misma manera, existen comportamientos que ameritan sanción, y que para que se presente la procedencia

de la misma se requiere del elemento culposo, que resulta de definir el nivel de previsión y cuidado que debe tener una persona al adelantar un comportamiento.

Tienen importancia los conceptos de previsión y de debida diligencia, y acá viene un punto de difícil tratamiento bajo mi óptica: cada persona proviene de un entorno familiar diferente y tiene una diferente educación, por lo que su percepción de las cosas es diferente, y por ende el resultado de sus acciones. Sería más fácil igualar la educación y obtener parámetros mínimos sociales que permitan tener una identidad en la regla que impone las cargas, pues, ya que la culpa depende de un componente intelectual y temporal de previsión y diligencia, lo mínimo sería que todos tuviesen las mismas herramientas de conocimiento para ser juzgados. Aislado de este concepto personal idealista, pero cierto, hago uso de la razón económica sin conocimiento, tan sólo a partir del conocimiento natural e instintivo del hombre, para señalar que la culpa requiere para su configuración de una definición acerca de la posición del sujeto a juzgar, es decir, si es profesional o lego. El primero cuenta con herramientas diferentes para prever las ondas consecuenciales de su comportamientos, pues tiene el conocimiento; en tanto que al lego le tocó vivir en la otra orilla, en la de la falta de conocimiento; esta realidad debe ser atendida por el Derecho, no para eximir de responsabilidad al lego o al profesional, pero sí para atenuar o agravar la sanción por el hecho cometido.

En esta materia de prácticas comerciales restrictivas el entorno investigativo recae, en su gran mayoría, en personas que ostentan la calidad de profesionales, bien sea porque son comerciantes, quienes por definición legal son profesionales³, o porque se trata de personas con títulos profesionales (administradores, contadores, abogados, etc.). Así, sobre ellos

3 RAMÓN MADRIÑAN DE LA TORRE. *Principios de Derecho comercial*, Bogotá, Temis, 1990, p. 31.

recae la responsabilidad del profesional, que resulta más exigente que la del lego, pues al profesional lo circunda la conducta de la previsión y la diligencia del buen hombre de negocios, que es más exigente que la que se exige al lego, la cual se explica bajo el símil del buen padre de familia.

Entonces, a los comerciantes, por ser profesionales, les está impuesta una carga mayor en su actuar. Dentro de la responsabilidad profesional cada persona, de acuerdo a su *knowhow*, cuenta con herramientas que le exigen parámetros de conducta, pues su lupa dentro del horizonte de consecuencias está diseñada por estudios o ejercicios de actividad propias del profesional comerciante. Por lo tanto, por el hecho de ser un profesional con un alto deber de diligencia, será muy difícil para un comerciante probar que la tipicidad y antijuridicidad se presentan, pero no la culpabilidad. Sin embargo, dependerá de cada caso probar los tres elementos, no siendo absoluta la última afirmación.

El elemento culpable se probará, en estos casos, bajo la falta de previsión y diligencia del investigado en la onda de los resultados consecuenciales que tuvo su comportamiento frente al bien tutelado, es decir, la relación causa-consecuencia entre el comportamiento y la afectación a la libertad de entrada de las empresas al mercado y la libertad de escogencia de los consumidores, dentro del mercado relevante.

Dicho de otro modo, la falta de diligencia y previsión del profesional comerciante en su actuar es causa de afectación al mercado.

Por lo dicho se tiene que el dolo es el estudio del móvil de la acción, en tanto que la culpa es el estudio de las ondas consecuenciales que tuvo una acción, las cuales pudieron haber sido descubiertas por el autor bajo el conocimiento y el estudio dentro de un tiempo debido.

Dentro de este mismo punto es necesario indicar que también cabe la responsabilidad por tentativa, sobre la cual se habló al tratar el tema de comportamientos por objeto y por efecto.

CAPÍTULO OCTAVO
OPINIÓN FINAL ACERCA DE LA ESTRUCTURA
DE UN JUICIO DE RESPONSABILIDAD NECESARIA PARA
DEFINIR LA EXISTENCIA DE UNA PRÁCTICA COMERCIAL
RESTRICTIVA, DE ACUERDO CON EL SISTEMA DE DERECHO
CONTINENTAL IMPERANTE EN LATINOAMÉRICA

He criticado últimamente el comportamiento del nuevo mundo por su constante copia frente a la legislación foránea.

En estas latitudes se siguen, sin estudios previos, los mandatos y decisiones de ciertos países, dejando de lado lo propio, que puede diferir de lo extranjero, ya que todo pueblo tiene su cultura, inclusive la jurídica, la cual parte del supuesto social para convertirse después de la regulación en un supuesto jurídico.

De ahí que contemos por los lados latinos con poca labor creativa. Escasos son los casos que pueden ser sumados como inspiraciones propias y originales. Pero la realidad es que a veces basta con nombrar un libro foráneo, basado en normas extranjeras, para silenciar al oponente.

En la práctica, como docente universitario, y dentro de la práctica profesional como abogado, he tenido la posibilidad de leer diferente literatura acerca de las políticas y legislaciones de competencia en los distintos continentes.

Dentro de esa lectura he percibido que, quizás por tener su origen el Derecho de la competencia en el *common law*, al momento de ser acogida su regulación por el *civil law* y al adelantarse su aplicación, han sido completamente

olvidados los elementos propios de la teoría general de responsabilidad sobre la cual descansa el *civil law*.

El *civil law* basa todo su desarrollo en juicios de responsabilidad dotados de una estructura rígida de normas escritas, generosa en sus probabilidades de acercamiento a la verdad acerca de la demostración de la causa que generó la consecuencia, así como el entorno de su ocurrencia, donde se desarrollan componentes objetivos o subjetivos de comportamientos que permiten el desarrollo del derecho al debido proceso y del derecho de defensa, de acuerdo a la forma como hubiere quedado escrita la prohibición.

Así, se habla en la mayoría de casos de daño, culpa y nexos causal, y se hace relación a la forma de desvirtuar esos elementos, en los casos en que se trata de un particular que busca que le resarzan el desmedro patrimonial sufrido. Pero también se habla de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad cuando el asunto es propio del Derecho administrativo sancionador, que retoma los principios penales para que un Estado investigue un comportamiento que le causa daño a su economía.

Cualquier juicio de responsabilidad dentro del *civil law*, también llamado Derecho continental, debe contener esos componentes. Desconocer esos elementos desconfigura el sistema, convirtiéndolo o transformándolo en otro, por el afán de copiar la protección a un bien tutelado de la forma como lo hacen otras culturas.

En la actualidad el Derecho se abre camino a tesis interesantes, latinas, que dotan de elementos propios de la teoría general de responsabilidad del *civil law* a las políticas de competencia y que permiten un respeto al derecho de defensa de un investigado de acuerdo con el sistema que él conoce y maneja.

Este capítulo tiene como finalidad explicar lo dicho, sin demeritar de ninguna manera el sistema anglosajón, pero eso sí, tratando de conservar la esencia del sistema continental donde será aplicado el Derecho de la competencia,

entendiendo las raíces del tema, la cultura, pero no por ello, dejando de tener en cuenta la columna vertebral del sistema que rige en una región como la latinoamericana, exponiendo la bondad del *civil law*.

I. RESEÑA A LAS DOS CLASES DE SISTEMAS: “CIVIL LAW” Y “COMMON LAW”

El sistema *common law* se distingue porque su aplicación proviene de Inglaterra, y de todos aquellos Estados actuales que tuvieron en el pasado una relación directa con dicho país.

Su desarrollo se basa principalmente en el análisis de sentencias proferidas por un mismo tribunal, o por tribunales superiores. Allí, estos organismos son los encargados de interpretar las normas generales y generar su desarrollo. Bajo tal contexto existen normas básicas, desarrollada su aplicación en cada caso por la jurisprudencia, que es la encargada de definir el horizonte verdadero de interpretación de la ley y la aplicación de la base en lo particular, caso por caso, observando el precedente jurisprudencial.

De la misma manera, en muchas ocasiones, basados en lineamientos introducidos en jurisprudencias anteriores, se dictan normas y leyes que recogen esos lineamientos creando nuevas figuras legales ya esbozadas en dichos fallos.

Por otra parte el *civil law* está basado en la codificación de leyes y principios en un solo cuerpo normativo, reuniendo todo el Derecho escrito en una colección de normas particulares, a fin de que los administrados conozcan previamente las prohibiciones que los rigen.

El *civil law* desagrega su estudio en diferentes acápitales: Derecho de las personas, Derecho de los bienes, Derecho de las obligaciones, Normas de responsabilidad, Derecho de familia y Derecho de sucesiones.

En pocas palabras, los dos sistemas se distinguen en cuanto la fuente del derecho: en el *common law* la fuente

principal es la jurisprudencia mientras que en el *civil law* la fuente principal es la ley escrita.

En materia de Derecho de la competencia, fue la jurisprudencia a nivel mundial la que dio nacimiento a todo su desarrollo. De allí surgieron las bases para afirmar comportamientos interpretados bajo reglas racionales o absolutas.

Dichos conceptos creados por el *common law* fueron copiados por diferentes legislaciones del *civil law*, y ahí, creo yo, fue donde se olvidó la mecánica del sistema imperante en nuestra región, y se adoptaron mecanismos foráneos, dejando de lado toda la teoría general de responsabilidad, comenzando a basar el desarrollo de ese Derecho en el *common law*.

Es de anotar que el hecho es notorio en la cultura jurídica latina, donde inclusive en fallos la Administración se basa en jurisprudencia de otros países para darle valor a lo que dice, inclusive por encima de la ley imperante en el país.

Personalmente creo que la interacción del *civil law* con el Derecho de la competencia tiene, inclusive, mejor camino y coordenadas que la misma prevalencia de una jurisprudencia foránea, ya que lo jurídico debe estar siempre en la órbita real cultural del territorio donde es aplicado el Derecho.

Paso ahora a describir brevemente el régimen de responsabilidad dentro del *civil law*, para después combinarlo con normas de competencia, y definir la estructura de responsabilidad en juicios donde se defina una infracción a la competencia.

II. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DENTRO DEL “CIVIL LAW”

El Derecho civil (*civil law*), por ser un Derecho escrito, está compuesto a su vez por normas y principios agrupados en una colección.

Cada una de esas normas contiene unas hipótesis de comportamientos prohibitivos o permisivos. Esas hipótesis

de comportamiento (denominados supuestos fácticos) están compuestas por los denominados “elementos de la norma”, los cuales al guardar identidad con un comportamiento humano conllevan de manera directa a una consecuencia jurídica.

La adecuación normativa comentada no es más que lo que se conoce por “tipicidad”. Sin embargo, en este sistema dicha adecuación entre norma y comportamiento humano solo conlleva a una consecuencia jurídica *absoluta* cuando el contenido de la norma indica que se trata de una “presunción de derecho”, la cual por definición legal no admite prueba en contrario. Es decir, si en la norma se indica que se trata de una presunción de derecho, la adecuación entre norma y comportamiento humano conlleva de manera absoluta y única a la consecuencia jurídica, por no admitirse prueba en contrario.

Pero si la norma, dentro de su contenido, no tiene dicha especificación de ser una “presunción de derecho”, se tiene que la identidad entre norma y comportamiento humano no siempre conlleva a la consecuencia jurídica, pues dicha identidad no genera una consecuencia absoluta admitiendo prueba en contrario, la cual estará probatoriamente en cabeza de la parte demandada o investigada, quedándole solo la posibilidad de alegar que, no obstante la identidad señalada, el comportamiento estudiado no afecta el bien tutelado salvaguardado por la norma, siendo *relativa* la consecuencia.

Así, el juicio deja de ser sólo de tipicidad (igualdad de la norma prohibitiva con un comportamiento realizado) para convertirse en un verdadero juicio de responsabilidad, teniéndose que probar los elementos propios de la responsabilidad civil y/o de la responsabilidad sancionatoria administrativa.

Es importante para este sistema la definición de bien jurídico tutelado salvaguardado por las normas. De ahí y en adelante se crea el horizonte legal de protección. Así,

puede ocurrir: i. Que exista una norma que castigue siempre un comportamiento, es decir la norma contiene una hipótesis de comportamiento que para el sistema siempre daña el bien tutelado y lleva a una consecuencia jurídica, no admitiendo prueba en contrario (presunción de derecho); ii. Que exista una norma que contenga una hipótesis de comportamiento que, no obstante la identidad de norma y comportamiento, admite prueba en contrario, donde se demuestre que no existe daño al bien tutelado (presunción legal y las demás), y iii. Que no exista norma prohibitiva que juzgue un comportamiento específico, pero que ese comportamiento específico no prohibido dañe el bien tutelado protegido por un conjunto de normas que no contiene la prohibición del comportamiento, y entonces, aprovechando ese vacío, el actor lo adelante y obtenga provecho dañando el bien tutelado, constituyendo esto lo que se denomina como *abuso de derecho*.

Responsabilidad es la obligación de reparar el daño, de responder por sus actos. Es la sanción jurídica de comportamientos¹.

Teniendo en cuenta que dentro del Derecho de la competencia se presentan una vulneración administrativa y una vulneración civil, se hace necesario definir algunos aspectos de una y otra responsabilidad, para que así pueda apreciarse la estructura de responsabilidad cuando se afecte el bien jurídico tutelado para uno y otro caso.

La responsabilidad civil se aplica cuando el comportamiento conlleva al desmedro patrimonial de alguien específico. Es decir se demanda por un perjuicio sufrido en una masa de bienes. Cuando esto ocurre se hace uso de la responsabilidad civil, donde en su estructura las variables son: i. El daño efectivo; ii. El dolo o culpa, y iii. El nexo de concausalidad entre esas dos variables.

1 FERNANDO HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, cit., pp. 182 a 194.

La responsabilidad sancionatoria administrativa se encarga de castigar los comportamientos que vulneran bienes protegidos por un Estado en desarrollo de su labor de interventor en una economía. En tal sentido el Estado protege unos bienes (el mercado y la economía), y quien los dañe es responsable de una sanción o multa por ello, independientemente del pago que tenga que desembolsar en la justicia civil a los particulares afectados. Los elementos o variables de la responsabilidad sancionatoria administrativa son: i. Comportamiento típico; ii. Comportamiento antijurídico, y iii. Comportamiento culpable.

La descripción de las dos responsabilidades y sus variables, es la siguiente:

A. Estructura de responsabilidad en el Derecho administrativo sancionador

Tiene aplicación ante el incumplimiento de un deber basado en la afectación al interés público protegido por Estado en la órbita del Derecho administrativo. Este tipo de responsabilidad no pretende reparar el daño sino castigar el comportamiento imponiendo una sanción o multa ejemplarizante, que permita a terceros observar el monto de la suma y cohibirse de repetir la infracción. Se castiga con pena punitiva o multa en pro de la prevención especial.

Para el asunto que se trata en este escrito, el Estado emite normas antimonopolio que son salvaguardadas bajo la óptica administrativa, creando organismos o entes del Estado que supervisan, vigilan e inspeccionan a las empresas para que no infrinjan ese ordenamiento. En caso que ocurra la infracción viene el Estado, dentro de su rama administrativa, a investigar lo ocurrido, y si es del caso, imponer la multa respectiva.

Por ser una manifestación del ordenamiento punitivo, se ha pregonado en la aplicación del Derecho sancionador administrativo la aplicación de los principios del Derecho

penal. De tal suerte que el comportamiento debe, para ser castigado, ser típico, antijurídico y culpable.

Lo que se describe a continuación es la que, en nuestro criterio, es la estructura de responsabilidad sancionatoria administrativa para que el organismo encargado de definir una infracción al régimen de competencia encuentre un culpable bajo el sistema de civil law.

La tipicidad se presenta cuando tanto la acción como la omisión encajan en una descripción legal, compuesta por presunciones de derecho, presunciones legales y abuso del derecho. Se intenta probar que el comportamiento adelantado por el investigado está prohibido dentro de la colección de normas escritas consideradas restrictivas de la competencia, incluyendo el abuso de derecho.

La antijuridicidad representa la demostración de la afectación al bien jurídico tutelado, es decir, a la competencia, a la economía, al mercado de una región. Para ello se mide el significado del comportamiento dentro de un mercado, ya que pueden ocurrir comportamientos que, no obstante de ser típicos, no afectan el interés tutelado, de ahí, que siempre sea necesario en las investigaciones de cartelización: i. Definir el mercado relevante; después ii. Definir el poder de mercado de las empresas investigadas dentro de ese mercado relevante; y por último iii. Ya definida la tipificación, encontrar si dentro de ese mercado relevante el comportamiento adelantado es significativo para dañar el bien tutelado, como consecuencia del poder de mercado de las empresas participantes de la infracción.

La culpabilidad hace referencia al elemento subjetivo de la imputación, conformado por el dolo y la culpa. El dolo es la acción con intención de causar daño y afectar el bien jurídico tutelado. Querer y saber el resultado que se obtendrá. Es tener el horizonte claro de impacto en el resultado de la acción, y ejercer dicha acción en busca del resultado. La culpa se entiende como el desarrollo de una acción de la cual no se quería el resultado que trajo, al no tomar las

previsiones y medidas necesarias para evitar la afectación del bien tutelado. Algo así como el comportamiento exigido a alguien que vive dentro de un entorno socio-económico y no individualista. Es una inobservancia al deber de prudencia que pesa sobre cada miembro de la comunidad, de la vida en relación. La culpa es una desviación de un modelo ideal de conducta². Es difícil identificar la carga de previsión que tiene un particular para vislumbrar el resultado que tendrá su conducta. Pero es razonable pensar que una persona antes de actuar identifica la consecuencia para sí mismo, y ese ejercicio lo debe repetir con el entorno que lo rodea.

Dicho de otro modo, la falta de diligencia y previsión del profesional comerciante en su actuar es la causa de afectación al mercado y a la economía.

Por lo dicho se tiene que el dolo es el estudio del móvil de la acción, en tanto que la culpa es el estudio de las ondas consecuenciales que tuvo una acción, las cuales pudieron haber sido descubiertas por el autor bajo el conocimiento y el estudio dentro de un tiempo debido.

El siguiente cuadro resume la estructura de responsabilidad que debe ser probada bajo un juicio de responsabilidad sancionatoria administrativa en una investigación por infracciones al Derecho de la competencia dentro del sistema del Derecho continental:

2 JAIME SANTOS BRIZ. *La responsabilidad civil*, cit.

| | |
|---|--|
| Responsabilidad sancio- natoria administrativa | Comportamiento típico: debe probarse la existencia de una norma que prohíba el comportamiento, en forma subsidiaria, el abuso del derecho. |
| | Comportamiento antijurídico: que dentro del mercado relevante segmentado el poder de mercado de los intervinientes en la infracción sea significativo. |
| | Comportamiento culposo o doloso: que se hubiese tenido la intención en el comportamiento o que se hubiere actuado sin previsión o diligencia. |

Esta sería la estructura que debe observarse por parte del organismo investigador en una investigación administrativa bajo un esquema de responsabilidad propio del Derecho continental.

A su vez, los investigados pueden desvirtuar cada elemento de la estructura, como por ejemplo: i. Las causas excluyentes de antijuridicidad serían: el ejercicio legítimo de un derecho, la legítima defensa y el consentimiento del comportamiento, y ii. Las causales excluyentes de la culpabilidad serían: culpa de tercero, culpa de la víctima, caso fortuito, fuerza mayor, cumplimiento de un deber, respuesta natural de mercado, etc.

Bajo un ejemplo queda más clara la situación, siguiendo el cuadro elaborado a continuación:

Supongan un cartel horizontal de 4 empresas. El asunto tratado técnicamente bajo la estructura de responsabilidad sancionatoria propia del Derecho continental, sería así:

| | |
|--|--|
| Responsabilidad sancionatoria administrativa | Típico: la descripción y el número del artículo donde aparece la prohibición de carteles horizontales. |
| | Antijurídico: <ul style="list-style-type: none"> – Definir el mercado producto y el mercado territorio; – Definir el poder de mercado de las cuatro empresas en conjunto dentro del mercado relevante; y – Definir si, de acuerdo al poder de mercado de las cuatro empresas, el cartel es significativo dentro de ese segmento y si afecta el interés tutelado. |
| | Culpa o dolo: definir si la intención de las cuatro empresas fue falsear la competencia o si las cuatro empresas actuaron sin la debida diligencia o sin previsión, con un resultado por el cual se daña la competencia, siendo esto dolo o culpa grave. |

Ahora, la defensa de las cuatro empresas puede ser la siguiente, respecto de cada elemento.

| | |
|--|--|
| Responsabilidad sancionatoria administrativa | Típico: <ul style="list-style-type: none"> – La descripción no está en la ley. – Uso legítimo de un derecho. – Cumplimiento de un deber legal. |
| | Antijurídico: <ul style="list-style-type: none"> – Indebida segmentación de mercado territorio - producto. – Ausencia de poder de mercado. – Ausencia de afectación al interés tutelado. |

| | |
|--|---|
| | <p>Culpa o dolo:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Culpa de la víctima. - Culpa de un tercero. - Legítima defensa. - Estado de necesidad. - Caso fortuito. - Fuerza mayor. - Debida diligencia. - Previsiones suficientes. |
|--|---|

Con todo este panorama la Administración entra a fallar, bajo una estructura de responsabilidad sancionatoria, si existe lugar a una sanción o multa.

B. Estructura de responsabilidad dentro de un juicio civil como consecuencia de falsear la competencia

Bajo este tipo de responsabilidad los particulares presentan sus acciones ante la justicia civil y pretenden una indemnización en su patrimonio con ocasión de una infracción al Derecho de la competencia.

La responsabilidad civil está basada en la reparación del daño a un patrimonio. Las fuentes de este tipo de responsabilidad son el contrato, el delito, el cuasidelito y la ley.

La primera fuente, es decir, el contrato, agrupa el estudio de la responsabilidad civil contractual, o sea aquella derivada del incumplimiento de un contrato, en tanto que las tres siguientes fuentes hacen parte de la responsabilidad civil extracontractual, entendida como la que tiene origen por fuera del cumplimiento de un contrato.

Tanto la responsabilidad civil contractual como la responsabilidad civil extracontractual desarrollan las tesis objetiva y subjetiva de responsabilidad.

Dentro de la teoría subjetiva cobra vigor el elemento del pensamiento del hombre, es decir, la intención del resultado de la acción adelantada por una persona y/o las medidas

preventivas tomadas por ese actor para no ocasionar esos resultados: lo que se denomina técnicamente el elemento doloso o culposo; es decir, se insiste, se estudia la intención y voluntad del responsable en el desarrollo del comportamiento y las medidas adoptadas para la prevención de resultados dañinos para con terceros.

Para la configuración de la responsabilidad subjetiva se requiere la presencia de tres elementos: el daño, el dolo o culpa grave y el nexo causal entre los dos.

El siguiente cuadro resume la responsabilidad subjetiva.

| | |
|-----------------------|--|
| Responsabilidad civil | Daño: conformado por el desmedro patrimonial y el lucro cesante causado. |
| | Culpa o dolo: la infracción al régimen de competencia, por estar prohibida expresamente la conducta o por el abuso del derecho, en otras palabras, la presencia de un comportamiento ilegal. |
| | Nexo causal: el comportamiento ilegal, es decir, la infracción al régimen de competencia, es la causa del daño al patrimonio. |

Otra es la teoría objetiva de responsabilidad, cuyo fundamento ya no es la culpa o dolo, entendidas como el elemento subjetivo, sino que lo importante para esta teoría es el propio daño entendido como la consecuencia. El dolo o la culpa dejan de ser elementos de la estructura para observar la consecuencia que tiene en la víctima el comportamiento o incumplimiento de carga del señalado responsable, tratando de restablecerle el daño sufrido por la ejecución del hecho dañino. Basta con comprobar que el daño se generó como consecuencia del comportamiento del actor, quien es calificado como responsable por la ejecución del comportamiento y no por su intención.

Para la configuración de la responsabilidad objetiva se requiere la presencia de tres elementos: el daño, el hecho generador del daño y el nexo causal entre los dos.

El siguiente cuadro resume la estructura de la responsabilidad objetiva:

| | |
|-----------------------|--|
| Responsabilidad civil | Daño: desmedro patrimonial y lucro cesante causado |
| | Hecho generador del daño: comportamiento por acción o por omisión, observado en forma independiente del componente subjetivo de su ejecutor. |
| | Nexo causal: el comportamiento por acción o por omisión es la causa del daño. |

En cuanto a la configuración del elemento daño, tanto para la teoría subjetiva como para la teoría objetiva, es necesario que el mismo sea cierto, directo, que lesione un interés legítimamente protegido, así como que no haya sido indemnizado³.

Sólo se indemniza el daño integral, es decir, el perjuicio efectivamente probado, no existiendo el triple daño de otros sistemas, el cual, debe reconocerse, tiene su función ejemplarizante, ya que ante la obligación de indemnizar tres veces el perjuicio se desestimula la realización de infracciones a la ley.

Cada Ley o cada desarrollo jurisprudencial define si la responsabilidad que rige para una materia es subjetiva u objetiva. Para los asuntos de responsabilidad civil derivados de comportamientos que afecten el Derecho de la competencia, pretendiendo resarcir el daño a un patrimonio, la responsabilidad es *subjetiva*. Pero, de acuerdo al orden de las cosas, debe previamente definirse la infracción a la competencia, y después, argumentar que como consecuencia de

3 JAVIER TAMAYO. *De la responsabilidad civil*, cit., p. 77.

esa infracción también se vulneran intereses patrimoniales. No quiere decir lo anterior que deba esperarse el fallo de la infracción de la competencia administrativa para después demandar en lo civil: lo que quiere decir es que el juez que conoce el asunto debe encontrar el hilo conductor de todo, es decir, de la infracción de la competencia y del desmedro patrimonial consecuente de esa infracción.

Para ejemplarizar lo dicho en este punto, y continuando con el supuesto ya contemplado de las cuatro empresas que adelantan un cartel, en el siguiente cuadro se describe la estructura de responsabilidad en lo civil, pero agregando un hecho adicional, y es que una persona alega un perjuicio como ocasión de la cartelización:

| | |
|-----------------------|---|
| Responsabilidad civil | Daño: una empresa es excluida del mercado y sufre un desmedro patrimonial y un lucro cesante, pidiendo se le pague el daño sufrido más el lucro cesante. |
| | Culpa o dolo: las cuatro empresas adelantan un acuerdo vendiendo por debajo del precio, lo cual es considerado un cartel de precios, siendo una infracción al régimen de competencia (cumpliendo todo lo dicho para la estructura de responsabilidad administrativa sancionadora, pero acá observada y analizada por el juez civil, por ejemplo bajo acciones de clase). Los mismo ocurre para el abuso de la posición de dominio. |
| | Nexo causal: la infracción a la competencia (cartel) es la causa de la exclusión del mercado del perjudicado. |

Bajo tal contexto, es de mi criterio, que los señalamientos de infracciones al Derecho de la competencia dentro del Derecho

continental cuentan con las herramientas suficientes para basar sus fallos en la estructura de responsabilidad creada, siendo fiel a su cultura jurídica, sin copiar, sino aplicando lo propio, y nutriendo lo existente, salvaguardando el debido proceso y el derecho de defensa.

CAPÍTULO NOVENO

CONCENTRACIONES JURÍDICO-ECONÓMICAS

I. INTRODUCCIÓN

No es alejado de la realidad decir que el objetivo de una empresa que participa en un mercado competido es capturar a la clientela de su competidor. Es cada vez más acertado decir que en un mercado competido lo que se pretende como resultado es tener cada día una mayor participación, es decir, que la oferta de unos productos alcance el mayor número de receptores.

Para encontrar lo anterior, cada empresa utiliza formas como son la publicidad, la promoción al momento de la venta, los descuentos, los canales de distribución, la distribución especializada en determinados sectores, los pregoneros, etc. Con tales medios, cada empresa busca ser la ganadora del mercado competido, sin dejar de lado factores de calidad e idoneidad de los bienes, aspectos que tocan la fibra de los consumidores.

Hoy se presencian negociaciones en que las empresas, a fin de ganar mercado y volverse competitivas, deciden aliarse entre sí, fortaleciéndose y aprovechando las ventajas que posee cada una en el mercado. Así mismo, existen otras empresas que deciden retirarse de un negocio dejándolo en manos de su anterior competidor, que hoy compra y salva una empresa que no aguantó los vaivenes propios del mer-

cado competido. Entonces, otra forma de ganar mercado es comprar o aliarse con la competencia¹.

Las concentraciones empresariales generan eficiencias para el mercado y para las empresas, pues con ellas se crean fortalecimientos y agrupación de experiencias. Este capítulo contiene la explicación del trámite preventivo que deben presentar los interesados cuando se pretenda adelantar una concentración de mercado.

II. MARCO CONSTITUCIONAL

Según la Constitución Política,

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa como base de desarrollo, tiene la función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley determinará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación².

Así, la Constitución presenta la libertad empresarial, uno de los principios medulares de origen liberal clásico, incluyéndola dentro del marco de un Estado social de derecho con todas las consecuencias y limitaciones impuestas dentro del artículo³. Es decir, pregona la libertad que posee

1 McEACHERN. *Microeconomía. Una introducción contemporánea*, cit., pp. 59 a 75.

2 Artículo 333 de la Constitución Política de Colombia.

3 Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997, M. P.: EDUARDO CIFUENTES.

un particular para emprender actividades comerciales con ánimo de lucro a través del incremento de su patrimonio, pero impone límites, como son el interés social, el medio ambiente y el patrimonio cultural⁴.

De conformidad con algunos autores, la libertad económica se constituye por la libertad de empresa y la libertad de competencia⁵. La primera de ellas permite la libertad de establecerse y ejercer una profesión⁶. La segunda se refiere a la eliminación de barreras de participación en los mercados y a la obligación que tiene el Estado de propiciar mercados libres de imperfecciones⁷. El Derecho de la competencia conforma un ordenamiento generador de escenarios competitivos que permiten la libertad de entrada de las empresas a los mercados, la libertad de escogencia para los consumidores, la variedad de precios y servicios, y en general, la creación de escenarios que prevengan o eliminen situaciones particulares que impidan la concurrencia a los mercados, de las cuales ya se trata en capítulos anteriores.

Ahora bien, de conformidad con la Constitución Política, esa libertad económica está condicionada a unos límites especiales. Estos límites representan, entre otros, las herramientas que posee el Estado para intervenir en la economía. Se trata del interés social, el ambiente y el patrimonio cultural⁸.

El interés social representa el bienestar y la igualdad con medidas que protegen a los sectores débiles y discriminados. De esta manera, el interés general de la economía siempre primará sobre los intereses particulares. La libertad económica permite el desarrollo empresarial en cualquier sector

4 Íd. Sentencia C-865 de 2004, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

5 CIRO ANGARITA BARÓN. *Constitución económica colombiana*, Bogotá, El Navegante, 1997, p. 174.

6 Corte Constitucional. Sentencia T-425 de 1992, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ.

7 Íd. Sentencia C-815 de 2001, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

8 Íd. Sentencia C-524 de 1995, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

de la economía; no obstante, el Estado se reserva la facultad de regular determinadas actividades en defensa del interés social, gozando de la prerrogativa encaminada a regular actividades e interviniendo a través de un marco normativo. Un ejemplo de estas situaciones se presenta en el desarrollo de la actividad financiera o de servicios públicos, en donde la participación depende de la autorización especial entregada por el Estado a los particulares para que ejerzan ciertas actividades. Desde esta perspectiva, el Estado, por medio de normas de Derecho de la competencia, permite contar con mercados competitivos, pues de la competencia depende que los consumidores sean los beneficiados de que existan reglas claras de participación de las empresas en los mercados. La afirmación de este postulado tiene su explicación si se observa que el Derecho de la competencia cuenta dentro de sus fines con el de incentivar la participación de las empresas dentro de un mercado. Si el régimen de competencia funciona, el consumidor encontrará, por lo general, la variedad de precios, productos y servicios ideales para su beneficio⁹.

Para que lo anterior se presente es necesario que el empresario al momento en que pretenda ingresar a un mercado lo encuentre libre de imperfecciones en tal grado que le permitan participar en él, sin estar sujeto a barreras económicas que lo conviertan en ineficiente frente a otras empresas que ya participan en ese mercado. Son muchos los mercados en los cuales a los empresarios no les interesa participar debido a que los insumos del producto final son fabricados en su totalidad por un competidor directo, o porque los canales de distribución están bajo el control de ese competidor, o porque desde el punto de vista regulatorio se favorece al competidor desfavoreciendo la entrada de uno nuevo¹⁰.

9 Íd. Sentencia C-176 de 1996, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

10 FERNANDO CASTILLO DE LA TORRE y JEAN-PAUL KEPPELNE. "Ayudas estatales: jurisprudencia comunitaria en 1999", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, enero-febrero, 2000.

Dentro de su actividad vigilante de los mercados, el Estado previene algunas situaciones que pueden traer consecuencias no deseadas para la economía. Por ello las concentraciones jurídico-económicas de empresas que participan en un mismo mercado deben ser informadas al Estado, previa su realización, para que éste a su vez estudie desde el punto de vista económico las consecuencias de la operación, analizando su conformación, participantes, competidores, índices de oferta, índices de demanda, proveedores de materias primas, situaciones de vinculación empresarial entre las interesadas y otras empresas, importación de bienes, suministro de repuestos y prestación de tecnología, marcas registradas en el mercado, niveles de concentración, protección al consumidor, etc. El Estado está facultado para autorizar, objetar o condicionar la operación propuesta por generarse con ella una indebida restricción de la competencia dentro de un mercado relevante¹¹.

Entonces existe un límite específico a la integración empresarial: que el Estado rechaza las concentraciones que constituyen escenarios en donde se propicie la creación de barreras que sólo favorecen a las empresas resultantes de la operación en contraposición de un ambiente competitivo que aliente la entrada de empresas tan pronto consideren interesante un mercado.

Mediante el estudio previo de una concentración jurídico-económica el Estado busca ejercer esa labor preventiva, rechazando barreras que conviertan en poco atractivo un mercado, que traigan como consecuencia la poca participación y la eliminación de la variedad de servicio que tanto bien les hace a los mercados competidos.

11 PABLO A. BIAGGINI y HUGO A. ASPLINDH. "Joint venture y el control previo de fusiones y adquisiciones en el Derecho argentino", *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n.º 14, abril de 2002.

El aviso previo de concentraciones se convierte en una prerrogativa del Estado cuyo objeto es la intervención en la economía a fin de mantener escenarios competitivos que propicien el normal funcionamiento del mercado, la permanencia de competidores y entrada de nuevas empresas a ese mercado¹².

III. MARCO EMPRESARIAL

Una concentración tiene implicaciones sobre el funcionamiento de los mercados y el grado de competitividad que estos presentan, puesto que el desarrollo de la operación genera una inmediata modificación de la estructura de la industria en la que se produzca, ya que dos o más empresas que antes eran competidoras pasan a convertirse como consecuencia de esta operación en una sola entidad con mayor participación relativa en un mercado cuya concentración económica aumenta.

Corresponde ahora determinar los aspectos favorables que las empresas pretenden al concentrar su actividad: por una parte, la posibilidad de obtener un mayor poder dentro de un mercado específico, situación que resulta atractiva para cualquier comerciante¹³. Esta situación es la que resulta más riesgosa para la competencia¹⁴. Por otra parte, se encuentra el aumento de eficiencias para las empresas, pues la experiencia de las dos empresas por concentrarse puede sumar en materia tecnológica, clientes, canales de distribución,

12 JULIÁN PEÑA. *Control de concentraciones económicas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002.

13 GREGORY MANKIW. *Principios de microeconomía*, Madrid, McGraw Hill, 1998.

14 El poder de mercado concentrado en una sola empresa puede generar barreras que impidan en acceso o sobrevivencia de empresas dentro de un mercado. Por ello en el proceso de estudio se analizan los proveedores de materias primas, la regulación de la actividad, la comercialización, los niveles de oferta, los niveles de demanda, competidores nacionales y extranjeros, marcas existentes, proveedores de repuestos, mercados integrados, etc.

etc. Con este objetivo la concentración puede pretender, entre otros, un ahorro de costos evitando la duplicación de funciones, especialización de personal, mejoramiento de equipos, profundización en la comercialización de bienes, alcance de nuevos mercados territoriales, aumento de niveles productivos o la preparación para la competencia extranjera. En esta medida se busca una participación fuerte en el mercado interno a fin de volverse competitivo dentro del mercado internacional. Sin embargo, esta situación resulta difícil cuando el ente económico resultante no posee competencia extranjera dentro del mercado interno, pues por favorecer a esa empresa nacional permitiéndole un poder de mercado importante, la actividad económica de ella en el mercado internacional puede estar siendo subsidiada a través de su actividad económica nacional o interna, y es claro que tal supuesto desfavorece tanto al consumidor como al mercado¹⁵.

IV. DEFINICIÓN DE CONCENTRACIÓN JURÍDICO-EMPRESARIAL

La concentración jurídico-económica es una consecuencia económica de un negocio jurídico. Por tanto, no es un negocio jurídico. Refleja el resultado económico de un contrato dentro de un mercado relevante, particularmente la modificación del mercado en la estructura de la oferta¹⁶.

Bajo tal afirmación existen negocios jurídicos que llevan a una concentración empresarial, en tanto que otros negocios no tienen dicha consecuencia. Entonces, no todo negocio

15 GLORIA MARTÍN MOGUEL. "Análisis del capítulo de concentraciones en la ley federal de competencia económica mexicana", *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n.º 10, junio de 2000.

16 The World Bank and Organization for Co-Operation and Development (OECD). *A Framework...*, cit.

jurídico tiene consecuencia para la estructura de la oferta de un mercado¹⁷.

La consecuencia económica que genera una concentración empresarial es la reducción en la oferta, es decir, que el negocio jurídico lleve a la agrupación de poder en un solo agente económico, generado no por la lucha por la clientela, sino por el negocio jurídico en sí mismo. En tal sentido, la resultante del negocio aumenta su poder económico, reduciendo la competencia existente, la cual se ve comprimida¹⁸.

En el Derecho colombiano no aparece definido lo que debe entenderse por una concentración jurídico-económica entre empresas. Sin embargo, existe un régimen legal particular que permite determinar las connotaciones que deben poseer las operaciones o negocios que generan concentraciones empresariales. La norma fundamental del régimen de concentraciones empresariales se encuentra contenida en la Ley 155 de 1959, en el Decreto 1302 de 1964 y en la Ley 1340 de 2009

De conformidad con el artículo 9.º de la Ley 1340 de 2009, no se define el significado de concentración jurídico-empresarial, sin embargo se describen los parámetros generales que deben ser tenidos en cuenta para determinar si el negocio que se realiza entre empresarios debe contar con la opinión previa del Estado. Los parámetros que según la norma concurren para que una operación sea considerada una concentración jurídico-empresarial son el subjetivo, el objetivo y el temporal. El parámetro subjetivo describe la calificación que debe tener la actividad de las empresas participantes en una operación. El parámetro objetivo analiza

17 SANTIAGO MARTÍNEZ LAGE. "La reforma del reglamento comunitario de concentraciones", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, mayo-junio, 2003.

18 QUAGLIA. "La definición de concentración económica dentro de la ley de defensa de la competencia Argentina", cit.

los requerimientos contables y el negocio generador de la concentración. Por último, el parámetro temporal contiene el momento procesal dentro del cual debe ser presentado el aviso de concentración.

V. PARÁMETRO SUBJETIVO

El parámetro subjetivo hace referencia a que el régimen de concentraciones describe una operación celebrada entre empresas, lo que constituye en sí el elemento subjetivo de una concentración. Dentro del elemento subjetivo se encuentran dos características: empresas y actividad relacionada.

La concentración jurídico-empresarial requiere para su configuración la participación como mínimo de dos empresas. A lo largo del tiempo la doctrina ha establecido que el concepto de empresa contiene dos acepciones: una económica y otra jurídica¹⁹. La económica, según la cual empresa es una unidad de explotación económica que mediante el capital y el trabajo se dedica a la producción y mediación de bienes y servicios a fin de obtener una ganancia ilimitada. La jurídica, según la cual existe una actividad mercantil mediante actos de comercio ejercidos por esa organización o unidad económica. El Código de Comercio colombiano cuenta con una definición de empresa según la cual debe entenderse por ella toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará por medio de uno o varios establecimientos de comercio²⁰. Así, el Código adopta en su definición un concepto más económico que jurídico,

19 GARRIGUES. *Curso de Derecho mercantil*, cit., pp. 165 a 174. En el mismo sentido, MANRIQUE. *Comentarios al Código de Comercio*, cit., pp. 12 a 15.

20 Artículo 25 del Código de Comercio colombiano.

señalando que una empresa es una actividad económica organizada.

El concepto de empresa que aparece contenido en las normas de competencia hace referencia a esa acepción descrita en el Código mencionado, es decir, a agentes económicos que conforman por sí solos unidades de explotación dedicadas a la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios. Se trata de una organización en cabeza de una persona que busca hacer operante el comercio a través de la mediación o producción de bienes y servicios.

Bajo este entendido, el sujeto calificado no es una sociedad, es un concepto mucho más amplio que agrupa tanto a personas jurídicas como a las naturales que sean empresas, es decir que adelanten una actividad económica²¹. La esencia es que ese agente económico desarrolle una determinada actividad comercial. En este orden, los participantes en una concentración deben ser unidades económicas consideradas empresas.

Esta calificación del sujeto permite diferenciar el régimen de concentración dentro del Derecho de la competencia frente al régimen de control de sociedades²². No quiere decir que sean opuestos o que uno no aplique o sea fuente dentro del otro. Lo que significa es que existe un régimen societario que debe observar el Derecho de la competencia, pero para que se hable de concentraciones de empresa no se requiere necesariamente la participación de sociedades sino de empresas.

21 El numeral 10 del artículo 4.º del Decreto 2153 de 1992 determina que las conductas de promoción de la competencia se aplican a todo aquel que desarrolle una actividad económica, independientemente de su forma o naturaleza jurídica. Este precepto es el que sirve de base a la Superintendencia de Industria y Comercio para determinar que estas normas se aplican a personas naturales y jurídicas, así como a empresas de derecho público como a empresas del sector privado.

22 Ley 222 de 1995.

La concentración jurídico-negocial se basa en un negocio celebrado entre empresas; así, en un primer escenario, para hablar de una concentración empresarial es imperativa la participación, como mínimo, de dos empresas, que son las encargadas de adelantar la concentración. En conclusión se tiene que para una concentración se requiere la participación de dos a más empresas dentro de un negocio.

Las empresas participantes en la operación de concentración se deben dedicar a la misma actividad. De conformidad con lo dicho, el mandato legal está dirigido a unos determinados sujetos, que son las empresas que guardan entre sí una relación en cuanto a la actividad comercial que desarrollan. Entonces, la calificación del sujeto se adquiere al confrontar el mercado donde participa una empresa con el mercado donde participa la otra empresa. Los sujetos cualificados deben estar conformados por empresas que se dedican a la misma actividad, bien sea productora, comercializadora, consumidora o abastecedora de insumos. La actividad planteada en esta parte del artículo se refiere específicamente al mercado comprometido en la concentración de empresas, abarcando en una sola membrana los procesos de producción, comercialización o de abastecimiento. Por tanto, esta membrana denominada *actividad* agrupa a las empresas que en ese segmento económico producen el bien, lo comercializan, así como a las empresas que suministran los insumos productivos necesarios para la producción del bien (integración horizontal y vertical), de ahí que el artículo 9.º de la Ley 1340 de 2009 indique que la integración económica también se presenta entre empresas que se encuentren en la misma cadena de valor. De esta manera, la calificación requerida para que se presente una concentración implica que las empresas participantes en una unión empresarial se encuentren indistintamente en cualquiera de los niveles de producción, comercialización o abastecimiento de una *actividad* particular. En otras palabras, serán sujetos calificados para esta norma las empresas que colaboren indistintamente

en labores de producción, comercialización y abastecimiento dentro de una actividad específica.

La calificación de *concentración horizontal* se presenta cuando la operación de concentración agrupa empresas que desarrollan su actividad en el mismo segmento económico. Bajo esta forma la concentración genera un impacto directo e inmediato en el segmento donde se produce, ya que las empresas que eran competidoras pasan a convertirse en una sola empresa con mayor participación de lo que tenían antes las empresas individualmente consideradas²³.

La concentración horizontal de empresas tendrá dos consecuencias directas dentro de un mercado: por una parte, la existencia de menos agentes oferentes y, por otra parte, el aumento de participación de otro agente oferente dentro de ese mercado²⁴. Lo anterior se puede describir, así:

En una primera escena existen cinco competidores en el mercado de jugos, que son, A, B, C, D y E.

A, B y C, aparte de participar en la línea de jugos participan en otros mercados.

A, B y C adelantan un negocio jurídico donde A y B le venden su línea de jugos a C. De esta forma, C concentra el mercado de sus antiguos competidores. Como se observa, no se trata de sociedades, sino de empresas, de actividad económica y cobra fuerza la afirmación de que una persona puede tener muchas empresas, y en este caso A y B vendieron una de sus empresas, pero la sociedad quedó intacta. La consecuencia de la operación es que se disminuye el número de oferentes en el mercado y existe un aumento de participación en la resultante.

23 COLOMA. *Defensa de la competencia*, cit.

24 ERNEST GELLHORN. *Antitrust Law and Economics*, 4.^a ed., St. Paul (Minnesota), West Group, 1994.

La concentración empresarial se presenta entre empresas que se encuentran en la misma etapa de la cadena de valor del mercado relevante.

La concentración vertical se presenta cuando las empresas participantes en la operación se encuentran dentro del mismo mercado relevante pero en diferente etapa de la cadena de valor, donde, por ejemplo, una empresa puede ser comercializadora del producto final y otra puede ser una empresa abastecedora de insumos productivos²⁵.

En este caso, el número de empresas participantes en cada mercado no disminuye, pero sí existe riesgo de que se modifiquen las relaciones económicas entre los diferentes actores de los mercados verticales. Las negociaciones que se efectuaban antes entre agentes independientes y participantes en diferentes etapas del mismo mercado terminarán convertidas en negociaciones que forman un grupo económico, lo cual, de acuerdo con el nivel de participación de las empresas concentradas en relación con los dos mercados comprometidos, puede generar una gran amenaza para los agentes que actúen o que quieran entrar a esos mercados²⁶.

La siguiente descripción permite una mejor explicación:

La empresa A tiene una participación del 90% dentro del mercado de un insumo productivo. La empresa B requiere ese insumo productivo para transformarlo y obtener el producto final. Una integración de estas empresas puede generar un poder de mercado en cabeza de la empresa resultante, pues tanto A como B, que antes eran independientes y participaban en diferentes etapas del mismo mercado, hoy pertenecen a un conglomerado que participa con la misma política empresarial. Entonces encontramos un aumento de poder.

25 GINEBRA SERRABOU. *Derecho de la competencia*, cit., p. 283.

26 CREUS CARRERAS y LACALLE MANGAS. "El control de concentraciones en España se vuelve serio", *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n.º 8, septiembre de 1999.

En una situación diferente de la planteada, la empresa A adquiere una cantidad considerable de sus proveedores, decidiendo que estos produzcan para el grupo, pero dejando de vender dentro de ese mercado. De tal suerte que el insumo escasea, como consecuencia el precio del insumo sube y de esta manera pueden subir los costos para los demás competidores dentro del primer mercado.

Dentro de este ámbito subjetivo vale la pena mencionar que, de acuerdo con el artículo comentado, cuando la operación empresarial se adelanta entre empresas que pertenezcan a un mismo grupo empresarial, dicha operación no requerirá de aviso debido a que su efecto en el mercado es neutro, ya que se encontraba previamente integrada; pero, se aclara, ello obedecería a una situación donde previamente se hubiese cumplido con el requisito de aviso al momento de integrarse en el pasado, porque en caso negativo será investigada por la falta de aviso, y declarada la objeción sobre la operación, lo cual lleva, desde el punto de vista privado, a la nulidad del negocio. En este sentido, la no necesidad de aviso está sujeta al cumplimiento en el pasado del aviso de la operación cuando se integró económicamente el Grupo, pues de no ser así, procede la investigación, la objeción y la nulidad de la operación.

VI. PARÁMETRO OBJETIVO

El parámetro objetivo de una concentración empresarial está conformado por situaciones de hecho que deben rodear a las empresas que se concentran para que sean considerados sujetos calificados para dar aviso. El mismo artículo 9.º de la Ley 1340 de 2009 contiene mandatos que a manera de normas complejas resuelven la situación, ya que bajo regulaciones anuales que emita la Superintendencia de Industria y Comercio se indicará bajo qué condiciones de facto contables de las empresas intervinientes de la operación es que debe procederse a avisar la operación a la entidad de control.

El ingrediente contable estará reflejado por cualquiera de dos situaciones: 1. Por el monto de ingresos de las empresas en el último año, o 2. Por los activos de las empresas que participan en la operación. Entonces, deberán avisarse las operaciones que en activos o en ingresos sumen la cuantía definida anualmente por la Superintendencia de Industria y Comercio para este tipo de operaciones.

Las empresas calificadas bajo los términos señalados en los parámetros subjetivos, deberán informar de las operaciones de concentración que pretendan realizar en la medida que sus activos o ingresos asciendan a las sumas comentadas.

El parámetro objetivo, aparte de contemplar el aspecto contable señalado, también tiene en cuenta la operación adelantada. La operación proyectada debe tener como efecto fusionar, consolidar o integrar unas empresas, sea cualquiera la forma jurídica de dicha fusión, consolidación, o integración. Son cuatro las posibilidades contenidas en la ley mediante las cuales se obtiene una concentración empresarial: la fusión, la consolidación, la integración, y una general como es el control²⁷.

De tal manera, se encuentran cuatro formas de concentración entre empresas: fusión, consolidación, integración y, por último, adquisición de control. En la ley se deja en libertad al intérprete para adecuar cualquier negocio jurídico, típico o atípico, a los cuatro efectos mencionados.

De acuerdo con la ley, habrá fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva.

27 Con la expedición del Decreto 2153 de 1992 el legislador incluyó una nueva forma de concentración empresarial, incluyendo como supuesto la adquisición de control, al indicar en el artículo 51 que “El Superintendente de Industria y Comercio no podrá objetar los casos de fusiones, consolidación, integraciones o adquisición del control de empresas que le sean informados, en los términos del artículo 4.º de la ley 155 de 1959 cuando [...]”.

Existirá integración y consolidación cuando mediante negocios jurídicos se unan actividades empresariales que se encontraban en cabeza de diferentes empresas, sin que la estructura social sufra consecuencias. Dentro de las figuras jurídicas que han cobrado importancia en nuestro desarrollo comercial encontramos los contratos de colaboración. Dentro de tales figuras encontramos las franquicias, *joint venture*, consorcios, uniones temporales, fiducia, cuentas en participación, *outsourcing*, alianzas estratégicas, ventas de líneas de producción, ventas de marcas vigentes, etc. Entonces, existen negocios en los cuales se consolidan o se integran actividades económicas y, producto de tales negocios, la resultante adquiere una porción del mercado o con ello elimina a un competidor²⁸.

El control es 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. El control que se menciona en esta definición puede asimilarse a los supuestos de control incluidos en la Ley 222 de 1995, como son contar con la mayoría del capital suscrito; un acto o contrato que limite voluntad de una sociedad; o poseer quórum decisorio en asamblea. Sin embargo, esta afirmación no es acertada, puesto que las normas de competencia no están ligadas a la existencia de sociedades ni al régimen de matrices y subordinadas imperantes en el sistema societario. Como ya lo dijimos, las normas de competencia tienen como sujeto calificado a las empresas, independientemente de su forma y naturaleza.

En el mismo sentido, debe tenerse en cuenta que la administración conjunta puede llegar a no generar ninguno de los supuestos enunciativos de control contenidos en la

28 Ver proceso adelantado contra Aviatur y otras empresas.

Ley 222 de 1995, pero sí los supuestos a que hace referencia el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992²⁹.

Para tener control de una empresa no es necesario controlar todas sus decisiones, ni mucho menos su actividad diaria, basta controlar alguna o algunas de las decisiones fundamentales, las llamadas decisiones estratégicas.

Un aspecto importante que debe mencionarse, es que, no obstante que se cumplan los elementos contables mencionados en este parámetro, los cuales son definidos por la Superintendencia de Industria y Comercio, en el supuesto que las empresas no posean en conjunto más del 20% del mercado relevante, dicha operación no deberá ser avisada. En este punto es imprescindible recalcar la segmentación y definición de mercado relevante, pues ahí es donde se va a medir la participación, sin olvidar que el mercado puede ser una ciudad o una parte de ella, o todo un territorio nacional. En cuanto a la afirmación de participación inferior al 20% del mercado, no se puede tratar de una afirmación indefinida, sino de una afirmación acompañada de un verdadero acervo probatorio que logre dilucidar que la operación se encuentra en la excepción comentada. Entonces, le corresponde a los interesados probar bajo sana crítica que se encuentran en dicha situación.

VII. PARÁMETRO TEMPORAL

A nivel mundial existen dos clases de avisos: uno que se presenta antes de adelantar la operación y otro que se presenta después de la operación³⁰.

En Colombia la operación debe ser avisada antes de su realización, puesto que es el momento en que el Estado

29 BELLAMY. *Derecho de la competencia en el mercado común*, cit.

30 BIAGGINI y ASPLINDH. "Joint venture y el control previo de fusiones y adquisiciones en el Derecho argentino", cit.

puede estudiar sus implicaciones y decidir objetarla, condicionarla o aprobarla.

Se trata de un deber, contenido dentro de una norma de orden público, por ende de obligatorio cumplimiento, estando por fuera del poder dispositivo de las partes. En tal sentido, en el supuesto de que los participantes de una operación no presenten el aviso respectivo, se configura una causal de nulidad absoluta de la operación, la cual le corresponderá decidir a un juez de la República³¹.

El estudio previo que hace el Estado respecto de la operación lo adelanta con la finalidad de detectar los efectos que tendrá la operación presentada a estudio, y en el supuesto de que la operación ponga en peligro el interés general del mercado, el Estado procederá a prohibirla³².

Los tres parámetros tratados se pueden resumir en el siguiente cuadro:

| | | | |
|--|---------------------|---------------------------|--|
| | Parámetro subjetivo | Empresa | Cualquier forma y naturaleza |
| | | Misma actividad económica | Agrupar en una misma membrana a la producción, la comercialización y la distribución |
| | | | |

31 Artículo 46 del Decreto 2153 de 1992.

32 U. S. Department of Justice. *International Competition Policy Advisory Committee Final Report*, Superintendent of Documents, Washington, 2000.

| | | | |
|------------------------------|-----------------------|-------------------------|--|
| Concentración empresarial | Parámetro objetivo | Ingrediente contable | 20 millones de pesos |
| | | Forma del negocio | Fusión, control, consolidación e integración (aumento de participación y disminución en el número de oferentes) |
| | Parámetro temporal | | Previo a la operación |

VIII. SITUACIONES QUE DEBEN SER AVISADAS

Cada operación representa situaciones especiales. La clave para determinar si en realidad existe una concentración es definir la reducción de competidores como consecuencia de una operación. Ahora bien, no sólo la eliminación de un competidor genera una concentración, pues esta puede también presentarse sin eliminar a una empresa, sino como resultado de la disminución de participación, transfiriendo capacidad de producción a otra empresa; entonces, la clave no será la eliminación de un competidor, sino cuando se está en presencia de una operación entre empresas que genera el aumento de participación en el mercado de una de ellas³³.

Existe un catálogo casuístico que podría ayudar a considerar la existencia de una concentración:

33 GONZALO RUIZ. "Control de concentraciones versus regulación de conductas: ¿complementos y sustitutos?", *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n.º 5, noviembre de 1998.

- Operación entre empresas cuya consecuencia es la eliminación de un competidor;
- Operación entre empresas cuya consecuencia es el aumento de participación de las empresas resultantes;
- Operación cuya consecuencia es la administración conjunta de empresas;
- Operación cuya consecuencia es la agrupación de la cadena de producción o de valor dentro de una misma empresa;
- Operación que congrega la distribución de productos principales o sustitutos;
- Operación que agrupa empresas productoras de insumos productivos con empresas productoras de bienes finales.
- Operación que genera control de la cadena de distribución.

IX. OPERACIONES EN EL EXTRANJERO

La participación de capital extranjero dentro de un mercado es común, sin perjuicio de los inconvenientes de orden público que en muchas ocasiones crea un riesgo político sobre la actividad mercantil.

Hoy en día son muchas las multinacionales que participan dentro de nuestro mercado. Los movimientos societarios han sido una tendencia a nivel mundial. Existen casos en los cuales las empresas nacionales que han desarrollado su política comercial de manera independiente dejan de hacerlo, dejando su control en manos de una empresa internacional competidora directa o de un *holding* que participa dentro del mercado por medio de una filial³⁴. En este caso la operación extranjera tiene un impacto directo en el mercado colombiano, pues lo que anteriormente guardaba independencia hoy en día es controlado por un grupo que también tiene presencia en nuestro territorio, bien sea mediante sociedades constituidas o por medio de agentes comerciales o distribuidores exclusivos.

34 Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto n.º 00001365.

En virtud de lo anterior, la operación extranjera está sujeta al aviso que trata la ley. No se puede pretender que el aviso contenga las implicaciones de la operación a nivel internacional, pues este mercado no le interesa a nuestro supervisor. Lo que sí debe contener es la información sobre los efectos de la operación en Colombia, para que así pueda determinarse la connotación del negocio.

Lo que se debe tener claro es que la operación debe ser informada bajo la perspectiva del mercado colombiano, es decir la presencia de esas empresas en el mercado nacional y su agrupación bajo una sola matriz.

X. OPERACIONES ENTRE MERCADOS TERRITORIALES DIFERENTES

La segmentación de mercados permite determinar territorialmente algunas zonas en donde las empresas, no obstante se dedican a la misma actividad, terminan no siendo competidoras en esa circunstancia de lugar. Así, por ejemplo, se presentan empresas que desarrollan su actividad de manera regional pero no nacionalmente. La unión de dos empresas no aumenta su participación en las regiones, pero su consolidación lleva a la agrupación de regiones, lo que crea un aumento de un competidor dentro del mercado nacional. Situaciones como las comentadas deben ser avisadas para que el Estado estudie los efectos de la concentración, siempre y cuando los canales de los mercados regionales puedan comunicarse entre sí, pues de otro modo, se trata de una operación neutra para el mercado³⁵.

35 FERNANDO PONZ. "Derecho de la competencia, jurisdicción y extraterritorialidad: el caso Boeing/McDonnell Douglas", *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n.º 3, marzo de 1998.

XI. OPERACIONES ENTRE MERCADOS SUSTITUTOS

Dentro de la gama de productos y servicios dentro del mercado se encuentra que algunos bienes tienen la capacidad de remplazar o de acercarse a satisfacer la necesidad esperada por un consumidor frente a un producto principal. Así, un jugo de botella puede llegar a ser sustituto de una gaseosa o de un refresco.

Para determinar el grado de sustituibilidad de un bien es necesario suponer, en el caso de un consumidor no encuentre un producto dentro de un mercado, hacia qué bien se dirigiría para satisfacer su necesidad. En caso de encontrar un bien o unos bienes hacia los cuales se pueda desplazar la demanda, es decir, el consumidor promedio, se puede concluir que todos esos bienes son entre sí parte de un mismo mercado. Volviendo al ejemplo planteado, el jugo y la gaseosa, por ser sustitutos entre sí, harían parte del mercado de bebidas refrescantes.

La unión de empresas que ofrezcan bienes que son sustitutos entre sí, genera la participación de empresas dentro de un mismo mercado, lo cual hace enmarcar la operación dentro de los supuestos de aviso.

XII. VENTA DE MARCAS

La marca es un signo distintivo perceptible capaz de distinguir en el mercado los productos o servicios producidos o comercializados por una empresa de los producidos o comercializados por otra empresa.

Es esencia de la marca el elemento distintivo mediante el cual se permite diferenciar productos y empresarios. Existen negocios jurídicos cuyo objeto es la transferencia del derecho sobre una marca o el uso de la misma. Este tipo de negocios tiene que ser analizado desde el punto de vista del Derecho de la competencia, puesto que la integración de marcas en una sola empresa puede generar una con-

centración empresarial, ya que se presenta una agrupación de identificaciones de productos gravadas en la mente del consumidor, máxime si se tiene en cuenta la fidelidad a la marca que poseen algunos productos.

Para que este negocio jurídico sea parte de las operaciones que deben ser avisadas a la luz de las normas antimonopolio, se requiere que el negocio cuyo objeto sea la marca se presente entre empresas que participan dentro de un mismo mercado y que al momento de la operación se encuentren con presencia dentro del mercado, pues una marca inactiva no representa cuotas de mercado.

XIII. CONTRATOS DE COLABORACIÓN

Existen figuras jurídicas que han cobrado importancia en los últimos días como es la familia de los contratos de colaboración. Dentro de tales figuras encontramos, las franquicias, *joint venture*³⁶, consorcios, uniones temporales, fiducia, cuentas en participación, *outsourcing* y alianzas estratégicas.

Cada uno de estos negocios puede ser fuente de concentraciones de mercado. Para tal efecto los participantes tienen que determinar si la colaboración por adelantar es la agrupación de empresas que dejan de competir para desarrollar un contrato en particular o representa la unión de empresas que agrupan mercados verticales. Si el contrato de colaboración se encuentra dentro de estos dos supuestos o si por cualquier cláusula se constituye una concentración

36 Comisión Federal de Competencia. "Expediente CNT-68-98, Mobil Oil/Hoechst", 21 de julio de 1998, *Gaceta de Competencia Económica*, año 1, n.º 2, México, septiembre-diciembre, 1998: "La transacción notificada consiste en la constitución de una nueva sociedad en coinversión (*joint venture*), que concentrará los activos que Mobil y Hoechst tienen en diversas regiones del área de Norteamérica, para la producción de películas de polipropileno biorientada (película BOPP)".

de actividades en una sola empresa, bien sea involucrando uniones verticales u horizontales, el negocio por celebrar debería ser avisado en los términos comentados³⁷.

XIV. ENTIDADES COMPETENTES PARA CONOCER DEL TRÁMITE

De conformidad con la estructura regulatoria, en Colombia existen diferentes entidades encargadas de estudiar las concentraciones empresariales. Veamos:

Superintendencia de Industria y Comercio. De conformidad con la ley, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá la función de velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales como autoridad única.

La Superintendencia tiene a su cargo la supervisión y el control de la ley antimonopolio; sin embargo, mediante leyes especiales el legislador estableció esa función a otras entidades de acuerdo con el mercado donde se presente la integración. Entonces, si la ley le asigna competencia a otro ente en materia de competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio perderá competencia sobre el asunto.

En caso de concentraciones entre empresas cuyo estudio previo no esté asignado a otra entidad del Estado, le corresponderá desarrollar ese estudio a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Superintendencia Financiera. De conformidad con la ley, la Superintendencia Financiera es un organismo de carácter técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que ejercerá las funciones que legalmente le competen para

37 FRANCISCO CANTOS BAQUEDANO, ÁLVARO IZA MORENO y DAVID FRANCO GÓNGORA. "Legislación de control de concentraciones y OPASS: reflexiones a favor de una nueva reforma", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, septiembre-octubre, 2002.

alcanzar, entre otros objetivos, que las entidades sometidas a su inspección y vigilancia 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.

Dentro del estatuto orgánico del sistema financiero aparecen reguladas las figuras de concentración, como son: fusión, adquisición, conversión, escisión y cesión de activos.

La ley señala que la fusión de entidades financieras o aseguradoras vigiladas por la Superintendencia Financiera se regirá por las normas especiales contenidas en la regulación financiera, con lo cual se deduce que el Superintendente Financiero podrá objetar la operación cuando, como resultado de esta 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 25% de los mercados correspondientes.

En lo que respecta a la adquisición de empresas, el artículo 63 del Decreto 663 de 1992 establece que la adquisición de entidades financieras y aseguradoras se sujetará a las normas del Estatuto. En cuanto a las causales de objeción se anota que el Superintendente Financiero podrá objetar la adquisición de entidades financieras y aseguradoras a la cual se refiere el numeral 2 del artículo 63, antes de la iniciación de la misma, por las razones previstas para objetar fusiones.

En el artículo 71 del Decreto 663 de 1993 se determina que toda conversión y escisión de entidades financieras, así como la cesión de activos, pasivos y contratos a que se refieren los capítulos anteriores, requerirá la aprobación

previa de la Superintendencia Financiera, so pena de ser declarada nula.

Se encuentra entonces que las figuras de concentración empresarial entre entidades sujetas a vigilancia y control de la Superintendencia Financiera deben contar con la autorización previa de ese ente de supervisión y control.

Pero, en adición, el artículo 9.º de la Ley 1340 de 2009 le asigna expresamente a la Superintendencia Financiera la competencia para conocer, aprobar u objetar las integraciones entre empresas que se encuentren bajo su vigilancia y control, siendo obligatorio solicitar concepto previo, pero no vinculante, a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Aeronáutica Civil. De conformidad con el artículo 1866 del Código de Comercio, quedan sujetos a la aprobación previa de la autoridad aeronáutica los convenios entre explotadores que impliquen acuerdos de colaboración, integración o explotación conjunta, conexión, consolidación o fusión de servicios, o que de cualquier manera tiendan a regularizar o limitar la competencia o el tráfico aéreo.

Y en el mismo sentido lo ratifica el parágrafo del artículo 8.º de la Ley 1340 de 2009, siempre y cuando el comportamiento restrictivo esté dentro de las hipótesis comentadas. Pero, si, por ejemplo, se investiga una posición de dominio, escapa dicha hipótesis de la órbita de Aerocivil y pasa a la Superintendencia la investigación.

XV. TRÁMITE ANTE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

El régimen procesal para determinar la autorización, objeción y condicionamiento de una concentración empresarial aparece contenido en diferentes normas, especialmente en el Decreto 1302 de 1969 y en la Ley 1340 de 2009

Estos regímenes legales sólo resultan válidos para aquellos casos donde la Superintendencia de Industria y Comercio

sea la entidad competente para conocer de la operación, ya que cuando resulta ser otra la entidad competente estos dos regímenes no resultan aplicables, desarrollándose bajo la ley especial del sector financiero.

En realidad esta última ley convirtió, sin necesidad, un proceso sencillo en algo muy complejo. Se trata de un estudio económico donde los encargados de su revisión en el fondo deben observar cómo quedarán las estructuras de mercado después de la operación, pretendiendo que quede libre de patologías que puedan afectar la libertad de entrada de las empresas al mercado y la libertad de escogencia de los consumidores, que, como se ha insistido en este libro, es el bien tutelado que debe salvaguardarse.

El procedimiento, como se indicó, no es afortunado. Veamos:

En un principio los particulares que pretendan adelantar una operación y se encuentren en cumplimiento de los parámetros objetivos y subjetivos indicados atrás, deben avisar la operación a la Superintendencia de Industria y Comercio quien, dentro de los tres días siguientes, deberá ordenar la publicación del aviso en un diario de alta circulación para vincular a toda la comunidad. Las personas que lo deseen pueden remitir a la Superintendencia cualquier información que consideren importante para el estudio, tanto consumidores como competidores, para lo cual cuentan con diez días; sin embargo, pienso que terceros e interesados pueden enviar información en cualquier momento, inclusive después de esos diez días, y la Administración no puede negarse a recibirla, siempre y cuando permita la contradicción de los participantes en la operación frente a lo radicado, pues el daño sobre el mercado que expone el tercero o interesado frente a la operación futura no puede sucumbir o prescribir por un término de diez días. La Administración, en pro de salvaguardar el interés público por encima del interés privado, estará excusada legítimamente y podrá recibir la

información, pero, insisto, dejando a salvo el derecho de contradicción.

El informe inicial que se presenta por los interesados debe contener elementos de juicio que le permitan a la Administración determinar si es una operación que requiera ser avisada y que además involucre o excluya los porcentajes de mercado que den criterio para que la Superintendencia continúe con el estudio o decida abortarlo. Si dentro de esos tres días iniciales la Superintendencia encuentra que no es necesario continuar con el estudio, sólo porque encuentra que no era obligatorio el aviso, es decir, porque los interesados se equivocaron al presentarla pues no estaba sujeta a aviso por no cumplir con los requisitos de monto de ingresos o activos, debe la autoridad cerrar el estudio, y ni siquiera ordenar la publicación en prensa del aviso para participación de terceros e interesados.

Cosa diferente ocurre si debe continuarse con el estudio. En el supuesto de ordenarse la publicación del aviso y de continuarse con el estudio, la Superintendencia cuenta con treinta días para establecer si, no obstante que la operación se encuentra dentro de los parámetros de aviso, no representa ningún riesgo dentro del mercado producto y territorial afectado, procediendo a autorizar la operación. Es importante acá insistir en la segmentación territorial, pues no siempre la integración es única ni nacional. Puede no generar riesgos en un territorio pero sí en otro.

Ahora bien, si la Superintendencia de Industria y Comercio encuentra en esos treinta días mencionados atrás que la operación que se pretende adelantar conlleva riesgos para el mercado, el estudio continúa, debiendo los interesados presentar dentro de los quince días siguientes la información que la Superintendencia les ordene radicar a fin de llegar a una decisión final. Nótese que la única causal que tendrá la autoridad para seguir con el estudio es que la operación represente riesgos para el mercado, pues de otro modo el estudio debe culminar ahí. En el supuesto de requerirse

más información de lo ya entregado a la Superintendencia, ésta podrá solicitarla a los participantes de la futura operación. Creemos que este último requerimiento, que es el tercero durante todo el trámite, solo se podrá adelantar dentro de los términos de requerimientos de información que aparecen contenidos en el Código Contencioso Administrativo, evitando caer en antiguas costumbres donde los funcionarios se tomaban el tiempo a su antojo y hacían un requerimiento de información el día antes del vencimiento que tenían para decidir, causando un profundo daño a los administrados. Dentro de los mismos quince días podrán tener acceso los participante de la operación a lo radicado por terceros e interesados para que ejerzan su derecho de contradicción.

A partir de que la información de los participantes de la operación esté completa en manos de la Superintendencia ésta contará con tres meses para estudiar, bajo una óptica económica, el negocio y entrar a autorizar, objetar o condicionar la operación. Si dentro de ese término la Administración no se expresa, operará el silencio administrativo positivo.

El aviso de concentración tendrá que venir acompañado de una documentación mínima. Así, entre otros se requiere: descripción de la operación; identificación del mercado en cuanto a producto, consumidores, competidores y zonas; proveedores y canales de distribución; volúmenes de venta, transporte, condiciones arancelarias, etc.

De conformidad con esta información, la Superintendencia adelanta un estudio económico mediante el cual define si la concentración está sujeta a una causal de objeción, las cuales serán analizadas adelante. El estudio le permitirá evidenciar el grado de concentración de la empresa resultante en el supuesto de adelantarse la operación. Para ello evalúa el mercado relevante y estudia los efectos económicos de la operación dentro del mercado relevante.

Es del caso recordar que el mercado relevante representa el grupo de productos y el área en donde una operación de

concentración tiene incidencia. En tal medida se encuentra el mercado-producto y el mercado-territorio. El mercado relevante debe analizarse desde el lado de la demanda así como desde el lado de la oferta. En la demanda se estudia la satisfacción de los consumidores a través del bien principal o por sus sustitutos. Desde la oferta debe analizarse las empresas competidoras potenciales y reales de bienes principales y sustitutos de las líneas concentradas, así como las competidoras reales y potenciales dentro del lugar o región geográfica donde ofertan productos las empresas interesadas en la concentración.

Como se indicó, el mercado producto se constituye por el conjunto de productos que conforman el mercado en donde se va desarrollar la operación de concentración empresarial. Este mercado agrupa los bienes hacia los cuales se desplazaría la demanda en caso de incrementarse el precio en el producto principal (sustitución por el lado de la demanda). También se cuentan dentro de este mercado aquellos bienes producidos por empresas que en reacción a una subida de precios entrarían rápidamente al mercado (sustituibilidad por el lado de la oferta).

La sustituibilidad por el lado de la demanda de un producto puede dividirse en perfecta e imperfecta. En la primera encontramos aquella que representa una satisfacción de necesidad muy cercana a la otorgada por el producto principal. La segunda, no obstante de ser un sustituto, se aleja de las necesidades del consumidor, como por ejemplo en lo que tiene que ver con el precio. Si se toma como ejemplo el mercado de los aceites, tanto la margarina como el aceite de oliva son sustitutos del aceite de maíz, sin embargo el aceite de oliva mantiene un precio que lo convierte en sustituto imperfecto³⁸. Cosa diferente ocurre con la margarina, la cual por producto y precio representa un sustituto perfecto del

38 MANKIW. *Principios de microeconomía*, cit.

aceite de maíz. Entonces, debe concluirse que la sustituibilidad para determinar un mercado relevante no puede ser observada desde la naturaleza del bien para ser sustituto, sino por el verdadero desplazamiento de la demanda por un aumento de precios del bien principal³⁹.

De tal manera es necesario realizar el ejercicio y determinar los verdaderos sustitutos. Mientras más sustitutos existan en cabeza de diferentes oferentes, menor es el grado de concentración, y es también inferior el poder de mercado.

Para determinar la sustituibilidad de los productos debería determinarse tal relación producto por producto. Así, el primer ejercicio sería definir hacia qué producto se desplazaría la demanda en caso de un aumento de precios en el producto principal. Tal proyección determinará el producto sustituto más cercano. El ejercicio se debe repetir, pero esta vez bajo el supuesto de que exista un aumento de precios tanto en el producto principal como en el bien sustituto más cercano encontrado en el primer ejercicio, con lo cual se encuentra el segundo sustituto más cercano al bien principal. El ejercicio se repite sucesivamente hasta encontrar que el consumidor no se desplazaría hacia ningún producto⁴⁰.

Esta proyección de sustituibilidad perfecta no es fácil de encontrar. Sin embargo, existen parámetros que ayudan a definir tal situación, como son: antecedentes históricos de sustituibilidad en el comportamiento de los consumidores; comportamiento de los distribuidores encargados de la cadena de comercialización de ese mercado; finalidad del producto; calidad; historia en precios de bien principal y bien sustituto; y mercado de usado.

En cuanto a la sustituibilidad por el lado de la oferta, el estudio se encamina a determinar las empresas que ante

39 MCEACHERN. *Microeconomía. Una introducción contemporánea*, cit.

40 NICHOLSON. *Microeconomía intermedia y sus aplicaciones*, cit.

un aumento de precio en el bien principal entrarían rápidamente al mercado relevante, debido a la facilidad que existe para ello y los bajos costos que esto representa. Para determinar lo anterior debe básicamente tenerse en cuenta que las empresas posean infraestructura para producir esos bienes o que sea fácil adaptarla para ello⁴¹.

En cuanto al mercado territorio, se establece el lugar dentro del cual compiten unos productos. Para tal efecto se analizan los alcances de la oferta de las empresas interesadas en la concentración. Al igual que en el mercado producto, dentro del mercado territorio es necesario proyectar un aumento de precios y determinar hasta dónde el consumidor estaría dispuesto a sustituir una región por otra, culminando la proyección cuando no sea rentable para el consumidor desplazarse en atención a los costos que esto representa. Este ejercicio debe adelantarse región por región, como se explicó para la segmentación del mercado producto.

Para segmentar el mercado territorio también son útiles las siguientes herramientas: Antecedentes históricos de desplazamiento de consumidores; distribuidores del producto; costos de transporte; respuesta de competidores de otras áreas; competencia extranjera.

Como se puede observar el estudio económico es fundamental; pero no compartimos el dispendioso procedimiento implementado por la Ley 1340 de 2009, el cual desde ahora pregonamos cambiar lo antes posible.

XVI. CAUSALES DE OBJECIÓN

La concentración económica se objeta por las siguientes causales: 1. Porque restringe indebidamente la competencia,

41 ROGER LEROY MILLER. *Economía hoy*, Bogotá, Pearson Educación de Colombia, 2002.

y 2. Porque los particulares no presentaron los informes para el respectivo estudio.

A. Primera causal de objeción: la concentración restringe indebidamente la competencia

La primera causal de objeción se encuentra regulada en el artículo 11 de la Ley 1340 de 2009, y se presenta cuando después del estudio económico se concluye que en caso de presentarse la operación ésta restringiría la competencia, es decir pondría en riesgo el bien tutelado.

Dentro de la legislación, en el artículo 5.º del Decreto 1302 de 1964, se presentan dos presunciones de esta primera causal, sin que se limiten las posibilidades a ellas:

Se presume que una concentración restringe indebidamente la competencia cuando: 1. La operación viene precedida de acuerdos restrictivos de la competencia, y 2. La resultante tiene la capacidad de fijar precios en el mercado.

Las dos son presunciones legales. En tal sentido, no son supuestos fácticos con consecuencia absoluta, lo cual corresponde a las presunciones de derecho. Por ser presunciones legales, no obstante su adecuación normativa, los interesados podrán aportar pruebas de que dicha adecuación no restringe la competencia.

Como puede observarse, se trata de una presunción. De esta manera, la indebida restricción de la competencia se encuentra: por estas dos presunciones y por cualquier situación en donde la causa general de objeción se presente. En tal medida, cada operación podrá generar indebidas restricciones de la competencia diferentes de las planteadas en las dos presunciones comentadas, entonces deberá estudiarse la operación en particular y determinar si se presentan las presunciones u otras situaciones generadoras de restricciones de la competencia en un mercado.

1. La concentración viene precedida de acuerdos

La primera presunción de objeción trata la situación en la cual la concentración empresarial viene precedida de acuerdos o arreglos entre las empresas interesadas en la operación para no competir. Dicha situación debe estar probada. En tal sentido, si se logra probar que las empresas han iniciado la concentración de sus operaciones antes de ser autorizado el negocio, y lo que han adelantado son acuerdos restrictivos y por ello deben ser sancionadas, la concentración viene precedida de acuerdos restrictivos, presunción legal para objetar.

2. La concentración genera posición de dominio

La segunda presunción hace referencia a que adelantada la operación la resultante quede con la posibilidad de determinar los precios en perjuicio de consumidores y competidores.

El poder de mercado y la posibilidad de fijar precios inequitativos dentro de un mercado se determina de acuerdo con el número de empresas participantes en un mercado frente a sus respectivas cuotas de participación. Con estas dos variables se puede determinar el poder de una empresa dentro de un mercado relevante.

Para este análisis debe tenerse en cuenta:

- Producción y capacidad instaladas de las interesadas así como de los competidores;
- Ventas en los últimos años;
- Despachos;
- Proveedores de materias primas;
- Inversiones verticales;
- Inversiones horizontales;
- Administraciones comunes verticales y horizontales;
- Índices de concentración;

- Incidencia de la operación en el corto, mediano y largo plazo;
- Conformación del precio;
- Capacidad de reacción de los competidores;
- Aspectos regulatorios de participación;
- Regulación fiscal;
- Importaciones;
- Barreras tecnológicas;

Para analizar el grado de concentración de mercado en cabeza de una empresa resultante se utiliza un índice conocido como Herfindahl. Este índice se calcula sumando los cuadrados de las participaciones de todas las empresas dentro el mercado relevante. De esta manera, el índice es un promedio ponderado de las participaciones de las empresas en el mercado, donde las ponderaciones son las mismas participaciones⁴².

Según lo ha expresado la Superintendencia de Industria y Comercio⁴³,

El índice de Herfindahl y Hirschmana, conocido como HHI, fue desarrollado por los economistas de esos nombres para evaluar operaciones de integración. De acuerdo con la herramienta, el poder de monopolio de una industria se determina mediante la suma de valores al cuadrado de las participaciones en las ventas en el mercado de todas las empresas de la industria. [...] Mientras mayor sea el valor del HHI, mayor será el grado de poder de monopolio de la industria. Una vez calculado el valor del índice, se pueden definir tres categorías dependiendo de la concentración.

Un mercado será no concentrado cuando el HHI es menor que 1.000; será moderadamente concentrado, cuando el indicador se encuentre entre 1.000 y 1.800; y se habla de

42 GELLHORN. *Antitrust Law and Economics*, cit.

43 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución n.º 19354 de 2001.

una industria altamente concentrada, cuando el HHI supere este último valor.

En la segunda parte del ejercicio se categorizan las operaciones de concentración, comparando el índice después de la integración con los resultados iniciales como se ilustra en la tabla, si el HHI sigue siendo inferior a 1.000, no habría problema en términos de competencia. Si el HHI antes de la integración se encuentra entre 1.000 y 1.800 y su variación es menor o igual a 100 como consecuencia de que se integren las empresas, la operación se considera segura, pero si la variación es superior a 100 la operación presentará problemas. Por último, cuando la variación es superior a 50 en mercados altamente concentrados, siempre habrá efectos adversos a la competencia generados a raíz de la operación.

Este indicador resulta ser una gran ayuda a fin de verificar la concentración de un mercado, en donde de definirse que la empresa concentrada genera *un poder de mercado*, tal situación es la que lleva a que la resultante pueda determinar precios inequitativos dentro de un mercado, independientemente de competidores y consumidores. Sin embargo, el índice no es una condición necesaria y suficiente. Se considera que es necesario observar:

- Reacción de competidores por subida de precios;
- Reacción de competidores por restringirse la oferta por la empresa integrada;
- Evolución de precios;
- Existencia de barreras a la entrada para otros participantes dentro de la operación;
- Posibilidades de acceso a insumos productivos;
- Poder de competidores;
- Participación dentro del mercado;
- Persistencia de ganancias por encima de otros sectores;
- Capacidad instalada de todos los participantes;
- Regulaciones en la entrada de un nuevo participante.

El resultado de estas variables permite concluir la existencia de una empresa con poder de mercado, la cual podría llegar a determinar precios inequitativos dentro de un mercado. Es importante resaltar que esta posibilidad de objeción se presenta con la sola posibilidad de determinar precios inequitativos.

En este orden de ideas, se objeta una integración cuando la resultante alcanza posición de dominio, por tanto la forma legal de adquirir posición de dominio es a través de la eficiencia, no a través de procesos de concentración, que a la final son acuerdos entre competidores para dejar de competir y unir esfuerzos. Entonces, si esos acuerdos concentran mercado en un grado que deja a la resultante con posición de dominio, el Estado deberá proceder a objetar dicha operación.

B. Segunda causal de objeción: no se suministraron las informaciones suficientes

De acuerdo con la ley, también es causal de objeción cuando los interesados no suministran las informaciones necesarias sobre los antecedentes, modalidades o finalidades de la operación⁴⁴. En este caso, procede la objeción cuando los particulares han decidido adelantar la operación sin la autorización previa exigida por la ley, o cuando ha ocultado información requerida.

Para este supuesto, lo que ocurre es que los particulares han desarrollado la operación sin avisarla, y en tal sentido la entidad de control conoce de dicha situación y procede a determinar los hechos. De la misma manera, el supuesto es aplicable cuando los interesados no dan toda la información, incumplimiento por omisión de su deber, haciendo caer en

44 Artículo 8.º del Decreto 1302 de 1964.

error a la administración, que después al enterarse de lo sucedido debe revocar su decisión y objetar el negocio

Para dotar de eficiencia a la ley, independientemente de las multas que sean procedentes por el incumplimiento del deber legal, se establece que la operación resulta objetable, con las consecuencias propias de su nulidad absoluta por contradecir el Derecho público económico. En este sentido, la operación que se adelanta sin autorización previa del Gobierno está viciada, así como la concentración que se aprueba basada en una información insuficiente.

XVII. EXCEPCIÓN DE EFICIENCIA

De conformidad con el artículo 12 de la Ley 1340 de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio no podrá objetar los casos de fusiones, consolidación, integraciones o adquisición del control de empresas que le sean informados cuando los interesados demuestren que no obstante los riesgos que genera la operación para el mercado los impactos positivos que tiene la misma para los consumidores son superiores y conllevan a su aprobación.

De tal manera, en los casos en que se presente una causal de objeción, los interesados podrán evitarla cuando demuestren que la operación genera eficiencias económicas para el consumidor. La Superintendencia de Industria y Comercio deberá autorizar la concentración cuando no obstante presentarse una causal de objeción, la empresa resultante demuestre que la operación por realizarse generará efectos positivos para el consumidor.

Recordando que el bien tutelado en materia de prácticas comerciales restrictivas se conforma por la libertad de entrada de las empresas al mercado y la libertad de escogencia de los consumidores, la excepción de eficiencia se presenta como la prevalencia de uno de estos dos componentes sobre el otro, es decir la supremacía de la libertad de escogencia de los consumidores sobre la libertad de entrada de las empresas.

Por más que se genere un importante poder de mercado en cabeza de la empresa resultante, lo cual es causa de objeción, los interesados podrán hacer uso de la excepción de eficiencia, demostrando la eficiencia en la libertad de escogencia del consumidor para dar aplicación a la concentración en el mercado. En este caso es importante determinar la situación del mercado antes de la operación y proyectar cómo sería la conformación de aquel luego de la concentración. De esta manera, si la concentración genera un importante poder de mercado, queda a cargo de los interesados crear y demostrar las eficiencias que posee la concentración en un mercado en particular, pudiendo proponer condiciones económicas futuras que permitan otorgar tranquilidad para que proceda la autorización de la operación

La excepción de eficiencia debe estar motivada en mejores formas de producción, mayores alcances de distribución, mantenimiento de oferta de productos, mejores precios, mejor calidad, mejor integración de instalaciones, especialización en planta, menores costos de transporte y reducción de gastos. En tal sentido, al momento de presentar la operación debe probarse la forma como se vería beneficiado el consumidor que generalmente sería por ahorro de costos, sin que sea la única forma, pues puede ser, por ejemplo, el mantener un producto dentro del mercado.

Para la aplicación de la excepción de eficiencia debe analizarse cada caso en particular. La excepción resulta aplicable cuando la causal de objeción es económica, pues cuando es formal, la situación es otra: cuando se trata de objeción por falta de información, lo que se requiere es la presentación de esta, como hecho nuevo, para que se tome la decisión económica.

En conclusión, se trata de un mecanismo para que los particulares puedan demostrarle a la autoridad de control que su operación, no obstante estar incurso en una causal de objeción por afectar la libertad de entrada (poder de mercado y barreras estructurales), beneficia al consumidor.

Es el reconocimiento de la primacía de un principio sobre el otro, pero queda en manos de los participantes en la futura operación demostrar y probar dichos beneficios, bien sea porque la variedad de precios y de bienes se incrementa, o porque el precio se disminuye o se congela por un tiempo, o porque se promete la existencia del producto sin perjuicio de las dificultades actuales. Dicho estudio demostrará que los consumidores reflejan un beneficio con ocasión de la operación.

La demostración de los beneficios y su promesa de cumplimiento se entienden como condicionamientos a la operación, que resolverían el negocio en caso de no ser cumplidos. No se trata de una simple conjetura económica futura, sino la obligación de su efectiva realización pero no como una prestación de medio sino como una prestación de resultado, quedando justificado su no cumplimiento sólo en la causa extraña (caso fortuito, fuerza mayor y hecho de tercero).

Esta obligación de resultado debe estar garantizada con un colateral a fin de que el Estado tenga certeza del cumplimiento de la excepción de eficiencia y así pueda procurarse los medios idóneos para hacer gravoso su no cumplimiento por parte de los administrados. En tal sentido, en el supuesto de que no sea honrado lo prometido en la excepción, se procederá a hacer efectivo el colateral, que opera en este caso como una multa, y podrá ordenarse a la vez el cumplimiento; y de no tener justificación de incumplimiento (causa extraña) podrá ordenarse reversar la operación mediante una revocatoria directa de lo aprobado basada en el régimen de condición resolutoria, figura altamente estudiada en el derecho.

XVIII. CONDICIONAMIENTOS

Como se indicó, cuando las concentraciones económicas generan una causal de objeción queda la posibilidad de que los interesados aleguen la excepción de eficiencia. Producto de

dicha excepción podrá probarse que la operación es eficiente para el mercado y en tal sentido amerita condicionamientos, a los cuales debe sujetarse la operación autorizada. Dicha posibilidad aparece contenida en el artículo 11 de la Ley 1340 de 2009.

Cabe expresar que una cosa es la excepción de eficiencia y otra los condicionamientos. La primera es la forma como los particulares exponen los beneficios del consumidor no obstante la reducción de oferta que se presenta o las barreras creadas con la operación. Los segundos son consecuencia de la primera; pero dichos condicionamientos pueden ser generados y creados por el Estado sin que compartan identidad en su contenido con lo expuesto por los administrados en la excepción de eficiencia. En tal sentido, son figuras independientes, que en algunas ocasiones son consecuencia de la ésta, pero no necesariamente siempre.

La tendencia mundial para operaciones que generan un gran poder de mercado ha sido que el ente supervisor en materia de competencia condicione su realización a la creación de ciertas seguridades que le brinden tranquilidad al Estado sobre las bondades de la operación, especialmente los beneficios al consumidor y la eliminación de barreras de entrada y permanencia para posibles competidores. En caso de querer adelantar la concentración, la empresa resultante deberá observar los condicionamientos impuestos.

Entre otros condicionamientos que pueden presentarse figuran:

- Venta de marca;
- Prohibición de cláusulas de exclusividad;
- Compartimiento de canales de distribución;
- Mantenimiento de niveles de producción;
- Venta de maquinaria;
- Escisión de actividades;
- Prohibición de empaquetamiento;
- Venta al detal de productos.

XIX. NULIDAD ABSOLUTA POR FALTA DE AVISO
PREVIO DEL NEGOCIO JURÍDICO CUYA CONSECUENCIA
ES UNA CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

De acuerdo con el artículo 9.º de la Ley 1340 de 2009, los interesados en una concentración empresarial estarán obligados a informar de la operación que proyecten adelantar, antes de su realización. Como se observa, se trata de una norma imperativa que escapa del poder dispositivo de las partes, siendo de obligatorio cumplimiento.

De acuerdo con nuestras normas comerciales y civiles, cuando un negocio jurídico contradice el orden público de la Nación, dicho negocio se encuentra viciado de nulidad absoluta. A la vez, el artículo 46 del Decreto 2153 de 1993, concordante con el artículo 19, indica que las operaciones prohibidas por esta ley son absolutamente nulas por objeto ilícito. Con la anterior queda claro que la operación de concentración empresarial no avisada genera nulidad absoluta.

XX. DESINTEGRACIÓN POR ORDEN ESTATAL

La desintegración de una concentración empresarial puede provenir de una suspensión temporal, o una revocación de la autorización dada anteriormente. El Decreto 1302 de 1964 en su artículo 11 y el artículo 13 de la Ley 1340 de 2009 señalan el régimen de reversión de operaciones.

El artículo 11 del Decreto 1302 de 1964 indica que las autorizaciones que el Superintendente confiera podrán ser suspendidas o revocadas cuando se compruebe que la nueva organización ha incurrido en una violación de las normas consagradas por la Ley 155 de 1959⁴⁵. Esta suspensión o revocación no sólo se originará de oficio, sino que puede provenir de una solicitud de cualquier ciudadano.

45 Artículo 11 del Decreto 1302 de 1964.

Este punto demuestra que una operación de concentración empresarial no es absoluta, ya que esta siempre dependerá del comportamiento de la integrada, pues de llegar a realizar una práctica comercial restrictiva, su autorización se verá puesta en peligro y podrá ser suspendida o revocada.

La posibilidad de suspender temporalmente o revocar la autorización de la resultante no implica que sea una nulidad (caso que se daría cuando no se avisa la integración), sino que se trata de una solicitud específica y expresa sobre el comportamiento de la integrada. Se puede observar que al integrarse se está frente a un supuesto fáctico con consecuencia jurídica inmediata: si la integrada realiza prácticas comerciales restrictivas, puede resultar desintegrada.

En definitiva, la integrada tiene una carga importante y es que nunca más podrá realizar prácticas comerciales restrictivas, porque de hacerlo pondrá en peligro su autorización, es decir, desintegrarse. Entonces, lo que era uno, vuelve a ser dos o más.

Por su parte la Ley 1340 de 2009 contiene otras causas que generan revertir la operación. La primera es cuando no se avisa la operación y se adelanta por los particulares sin cumplir con la formalidad. La segunda cuando, no obstante el aviso, se procede a adelantar la operación sin esperar los tiempos para su autorización. La tercera es cuando la operación ha sido objetada, y los particulares no obedecen la resolución que impide su realización. La cuarta se da cuando existe un condicionamiento de la operación y los particulares deciden no cumplirlo sin justa causa.

En el primero y segundo casos, para que proceda la reversión se requiere que la operación adelantada sea de aquellas objetables, pues de otro modo no existe la procedencia de dicha causal, sin perjuicio de la investigación por haberse integrado ilegalmente sin aviso. No puede dejarse de lado que muchas integraciones son en el fondo acuerdos, entonces quedará al arbitrio de la Superintendencia investigar por falta de aviso de la operación o por acuerdos restrictivos de la competencia, siendo objetable la operación.

CAPÍTULO DÉCIMO

RELACIONES VERTICALES.

CONFLICTOS EN LA DISTRIBUCIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho está compuesto por normas jurídicas positivas que describen conductas prohibidas o permisivas, a las cuales el legislador les ha dado unas consecuencias jurídicas. Esas normas jurídicas devienen de comportamientos humanos que requieren ser contenidos en normas para el normal desarrollo de lo social y de la sana convivencia¹. De la misma manera, en el desarrollo de una economía y de un mercado se presentaron situaciones que en su momento llamaron la atención del creador del Derecho para que éste emitiera normas que regularan aspectos que permitieran al Estado, como ente interventor en la economía, brindar seguridad a los participantes de un mercado de que ese entorno de negociación estaría libre de imperfecciones que generarán la concentración de riqueza por un medio diferente del enfrentamiento transparente de la libre y leal oferta.

Acostumbrados al Derecho escrito, se requiere de supuestos fácticos donde se involucren los límites a la autonomía de la voluntad. Ese límite dentro del comercio define la licitud de los negocios y de los contratos. En desarrollo de

1 GARCÍA MAYNEZ. *Introducción al estudio del Derecho*, cit.

lo anterior, el Estado busca proteger tanto a las empresas como a los consumidores respecto de comportamientos que reduzcan la oportunidad de participar del lado de la oferta, o de salvaguardar la capacidad adquisitiva de bienes por parte de la demanda.

Teniendo en cuenta que la comercialización es una etapa de alta importancia dentro de la cadena de valor de un mercado, se presenta la existencia de normas que regulan la mencionada relación. Esas normas se encuentran especialmente dentro del Derecho de la competencia. Hoy, con la importancia que tienen, son reconocidas como piedra angular para la definición del deber ser en las relaciones de comercialización.

Para tratar el tema se incorporarán a la discusión aspectos de *marketing*, como lo es la importancia de los canales de distribución para el éxito de una empresa, para de esa manera evidenciar la necesidad de una regulación. Seguido se describirá el régimen de prácticas comerciales restrictivas dentro de los canales de distribución, partiendo de la clasificación de contratos atípicos y típicos, y la validez de la cláusula de exclusividad en producto y territorio, así como de la fijación de precios en los negocios de comercialización. Por tener importancia la posición de dominio en la legalidad de lo indicado, también será un tema de imperativa referencia.

Después, por ser en el mercado una práctica usual el diseño de canales directos de la empresa que compiten con terceros distribuidores, se hará referencia a las prácticas desleales que pueden presentarse con ocasión del mencionado enfrentamiento.

II. LA DISTRIBUCIÓN COMO UN CONCEPTO DE MARKETING

La distribución de productos es el desplazamiento de un bien o un producto desde el productor hasta el consumidor final.

La función de la distribución consiste en hacer llegar el producto a su mercado meta. Para esto puede utilizar la fuerza de ventas propia de una compañía o terceras personas denominadas intermediarios que hacen fluir los productos del fabricante al consumidor².

La finalidad de la distribución se presenta principalmente para reducir disparidades que puedan existir entre los lugares, los momentos y los modos de fabricación y de consumo dentro de un mercado, con lo que se eliminan las disparidades que existen entre la oferta y la demanda³. Sus beneficios, son entre otros: el transporte de su mercancía desde el lugar de su fabricación al lugar de su consumo; almacenaje e inventarios por fuera de su domicilio; información de lo requerido por los clientes a fin de ser dinámica con los cambios; contacto sobre nuevos clientes; y especialización de vendedores, entre muchos otros aspectos.

Frente a la distribución se encuentran los canales, que son los diferentes medios o escalas recorridas por un producto para poder llegar a ser ofrecido a un consumidor. En tal sentido, distribución es el concepto y el canal es el desarrollo de ese concepto.

La distribución se trata de una etapa del mercado distinta de la producción, pues en la distribución se tiene un producto terminado y de lo que se trata es de obtener la mayor cobertura posible dentro de un segmento particular. Pensamos que la finalidad de la distribución se presenta principalmente para reducir disparidades que puedan existir entre los lugares, los momentos y los modos de fabricación y de consumo dentro de un mercado, eliminando así las disparidades que existen entre la oferta y la demanda.

2 STANTON, ETZEL y WALTER. *Fundamentos de marketing*, cit., p. 376.

3 BENITO ARRUÑADA. "Economía y derecho en la nueva política comunitaria de competencia", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, enero-febrero, 2001.

La distribución de bienes puede ser directa, indirecta o múltiple. Es *directa* cuando se adelanta a través de la misma empresa productora con trabajadores subordinados a la misma. Es *indirecta* cuando se desarrolla por medio de terceros diferentes de la empresa productora, amparados en negocios jurídicos cuyo contenido tiene como objeto crear escalas que le permitan al productor llegar hasta el consumidor final. Por último, es *múltiple* cuando se combina la distribución directa con la indirecta⁴.

Las empresas organizan sus canales de distribución de acuerdo con sus necesidades, usando un canal de distribución directo, indirecto o múltiple. Los canales de distribución a su vez pueden contener diferentes estructuras, como pueden ser, entre otras, las siguientes:

Productor - consumidor
 Productor - detallista - consumidor
 Productor - minorista - detallista - consumidor
 Productor - mayorista - minorista - detallista - consumidor
 Productor - agente - mayorista - minorista - detallista - consumidor
 Productor - representante - agente - mayorista - minorista - detallista - consumidor

En todas estas escalas es claro que se requieren negocios jurídicos que permitan entablar una relación de distribución. En ese entendido, los contratos deben estar ajustados a la ley y al orden público.

Existen diferentes formas para clasificar los canales de distribución. Resulta importante exponer tres clases de distribución: Distribución intensiva, distribución exclusiva y distribución selectiva.

La *distribución intensiva* es aquella que se adelanta con múltiples puntos de venta sobre marcas reconocidas por el

4 Ibid., p. 381.

público a nivel nacional. Cualquier persona sin especialidad alguna se convierte en revendedor, y no es relevante para el productor que su distribuidor tenga unas características particulares. Esta clase de distribución depende mucho del poder de los detallistas y grandes cadenas de almacenes, que por lo general limitan el número de marcas que ofrecen al consumidor dentro del establecimiento; situación hoy en día más evidente con la entrada al mercado de las marcas propias⁵, donde las grandes cadenas ponen a competir su propia marca con otra marca más, y con ello niegan a las restantes la oportunidad de ser escogidas. Al margen del tema planteado el problema es serio y grave, pues el consumidor lleva prediseñada una imagen de la marca (fidelidad), pero por satisfacer su necesidad no puede prescindir de la compra de otra marca, dejando de ser fiel a su marca habitual (marchitándola). En el mismo orden, esta distribución conlleva riesgo en materia de protección al consumidor, por perderse el control sobre la información entregada por los vendedores al momento de la venta, lo cual genera, por sí solo, riesgos por efectividad de la garantía para la empresa productora, bajo el supuesto de que lo ofrecido no guarda identidad con lo adquirido⁶.

La *distribución selectiva* se presenta como una combinación entre la distribución intensiva y la distribución exclusiva, pues permite desarrollar la distribución de productos bajo un esquema de selección de distribuidores dentro de una zona particular, no dando exclusividad a ninguno, pero permitiendo escogencia de sus distribuidores dentro de un grado de especialidad. Es decir, se presenta con un número determinado de distribuidores dentro de un área definida.

5 VELANDIA. "Marcas propias, ¿qué tanto le sirven al mercado?", *Ámbito Jurídico*, 2004.

6 Corte Constitucional. Sentencia C-1141 de 2000, M. P.: EDUARDO CIFUENTES.

La *distribución exclusiva* les otorga un monopolio parcial a terceros para que estos manejen la distribución de sus productos. La finalidad de este tipo de distribución es permitir la organización del segmento donde se participa, especializando a terceros que permiten obtener mayores coberturas regionales y verdadera competencia frente a marcas competidoras. Cada distribuidor cuenta con una zona exclusiva.

La exclusividad puede presentarse especialmente bajo dos variedades: exclusividad en producto y exclusividad en territorio. Estas dos formas presentan riesgos frente a las normas de mercado que deben ser cuidadosamente analizadas por cada empresa. Esta intensidad en la distribución es la que genera mayores inconvenientes en materia de competencia.

En este contexto, cada empresa, de acuerdo con su necesidad, determinará la conformación de su canal y su respectiva intensidad. Existen, por lo general, diferentes y múltiples formas de distribución utilizadas dentro de una empresa, y es importante para ellas que no existan riesgos para que una indebida competencia interna dentro de la marca acabe perjudicando a la empresa.

III. APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA EN CONTRATOS TÍPICOS Y ATÍPICOS

Dentro del tema de competencia resultan irrelevantes las distribuciones directas por medio de las cuales el fabricante distribuye con su propia fuerza de ventas sus productos, puesto que estas representan a un agente económico con libertad de empresa para elegir el lugar, el precio y la forma como pondrá a disposición del consumidor sus productos.

En este sentido, las relaciones que resultan relevantes para el Derecho de la competencia son aquellas que se adelantan entre el fabricante con los terceros contratados

para distribuir. Por ello, solo se tendrá en cuenta esta clase de distribución.

De acuerdo con el artículo 822 del Código de Comercio colombiano,

... los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de Derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

Según lo anterior, dentro de los contratos comerciales son aplicables las normas civiles, a menos que dentro del régimen comercial se estipulen otros mandatos. Dentro de ese contexto, se tiene que en el Código Civil colombiano, artículo 16, se indica que “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres”.

De conformidad con el artículo 1519 del Código Civil,

Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho público de la Nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto.

Así mismo, en el artículo 1741 del mismo código se dice que

La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Siguiendo con el mismo orden, en el Código de Comercio se describe en el artículo 899 que

Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1. Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; 2. Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y 3. Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.

En tal sentido, la autonomía de la voluntad o el poder dispositivo de las partes se encuentra limitado por las normas de orden público, las cuales son imperativas y no pueden ser derogadas por los particulares dentro de sus negocios⁷.

Entonces, las relaciones entre fabricante y distribuidor, estipuladas dentro de contratos atípicos o típicos, verbales o escritos, deben observar el orden público, siendo nulos aquellos elementos accidentales o cláusulas del contrato que contraríen ese orden. Las normas de competencia hacen parte de las normas consideradas de orden público por ser supuestos donde el Estado en su función de intervención en la economía busca salvaguardar el interés común; por tanto, estas normas son de obligatorio cumplimiento⁸.

Dentro de esa línea, es importante señalar que contratos típicos como la agencia comercial o el suministro están reglados y se permite en ellos la fijación de cláusulas de exclusividad en territorio y producto. En el caso del suministro, condicionado a no restringir la competencia, como lo describe el artículo 19 de la Ley 256 de 1996. Para el caso de la agencia, dentro del artículo 1317 del Código de Comercio, de manera absoluta, ya que por tratarse de un contrato mediante el cual el fabricante controla su producto para efectos de competencia se trata de un solo agente económico.

Lo anterior en lo que se refiere a contratos típicos. En cuanto a contratos atípicos, no compartimos de manera absoluta ensayos jurídicos nacionales donde algunos doctrinantes

7 EMILIO BETTI. *Teoría general del negocio jurídico*, Granada, Comares, 2000, p. 96.

8 OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, cit., pp. 9 a 16.

han establecido que dentro de algunos contratos atípicos es característica especial que en ellos se pueda fijar el precio de reventa, un territorio exclusivo o un producto exclusivo, como si el contrato atípico autorizara la infracción del orden público, siendo que dentro de los contratos atípicos el poder dispositivo de las partes se encuentra limitado por el orden público⁹.

IV. RESTRICCIONES VERTICALES ENTRE PRODUCTOR Y DISTRIBUIDOR

El régimen de restricciones verticales en nuestro ordenamiento es tratado por los artículos 47 y 48 del Decreto 2153 de 1992. Allí aparecen supuestos fácticos que contienen descripciones prohibitivas aplicables a los contratos cuyo objeto es la distribución. Las principales relaciones entre fabricante y distribuidor están relacionadas con la fijación del precio de reventa, la exclusividad en territorio y exclusividad en producto.

A. Fijación del precio de reventa

De conformidad con el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, están prohibidos los acuerdos entre dos o más empresas para fijar los precios en el mercado.

El supuesto restrictivo que se explica tiene como finalidad salvaguardar que el precio de los bienes y servicios sea resultado de la interacción de las reglas naturales del mercado, así como de las decisiones autónomas de cada empresa.¹⁰ Por tanto, se considera que la decisión acordada

9 LINABIGLIAZZI, HUBERTO BRECCIA, FRANCESCO D. BUSNELLI y UGO NATOLI. *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, t. I, vol. II, FERNANDO HINESTROSA (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 647.

10 "En los mercados competitivos, las curvas de oferta y demanda indican cuánto producirán las empresas y cuánto demandarán los consumidores en función del precio": PINDYCK. *Microeconomía*, cit., p. 54.

entre competidores restringe la libre competencia¹¹. En este sentido, lo lícito es que cada empresa fije independientemente su precio, y lo ilícito es que acuerden entre competidores el precio.

Con la prohibición de acuerdos de precios el legislador pretende salvaguardar que los precios de los bienes y servicios sean producto de la decisión autónoma de cada empresa al observar el libre juego de oferta y demanda.

Dentro de la conformación de un canal de distribución es usual que las empresas fijen el precio de reventa a los distribuidores. Tal comportamiento estaría contradiciendo el mandato del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, según el cual dos empresas no pueden acordar el precio de sus productos.

Teniendo en cuenta que el distribuidor adquiere la propiedad privada del producto, en adelante él, como empresa independiente, debe fijar el precio bajo el cual revenderá su producto, y no es posible arreglar con el fabricante el precio al cual ofrecerá el producto. A gran escala significaría que todo el canal de distribución tendría el mismo precio, por tanto todos harían parte del acuerdo. Se trataría, entonces, de un acuerdo vertical de precio entre el fabricante y todo el canal de distribución.

Ahora bien, como se indicó en el acápite correspondiente, para que un comportamiento sea considerado como restrictivo debe infringir lo tutelado, es decir, dañar la libertad de entrada, la libertad de escogencia y la variedad de precios de bienes. Basta observar el contenido del numeral 10 del artículo 4.º del Decreto 2153 de 1992, donde se señala que la sanción de comportamientos restrictivos debe hacerse con

11 "El precio y la cantidad dependen de las características de la oferta y de la demanda. Su evolución dependen de cómo respondan estas a otras variables económicas, como la actividad económica agregada y los costes laborales, los cuales también varían": p. 17.

sujeción al numeral 10 del artículo 2.º del mismo Decreto, donde se indican las finalidades de la aplicación del régimen de prácticas comerciales restrictivas (el bien tutelado). Entonces, el legislador reconoce que existen comportamientos que no obstante estar dentro de la tipicidad de restricción no dañan la competencia, pues la conducta no vulnera las finalidades o principios.

Para ese efecto, si la fijación de precios del fabricante al distribuidor no impide la entrada de un competidor al mercado, ni la libertad de escogencia del consumidor y se presenta variedad de bienes, dicho comportamiento no puede ser calificado como restrictivo de la competencia pues no se completa la tipificación requerida en la ley para dicha calificación. Lo contrario ocurrirá en los casos en que la fijación del precio de reventa al distribuidor infrinja alguno de los principios, situación en la cual el comportamiento es restrictivo.

Bajo tal análisis legal, la cláusula por medio de la cual el fabricante le fija el precio al distribuidor no siempre es restrictiva y depende del grado de competencia que exista en el mercado no siendo absoluta la prohibición ya que depende del cumplimiento de la norma compleja a la cual se hizo referencia. En este sentido, los mercados donde reporta mayor riesgo que opere la prohibición de la restricción por fijación en precios de reventa son aquellos mercados donde el fabricante cuenta con posición de dominio, pues con la fijación de precios vulnera el principio de variedad de precios, y queda el consumidor expuesto a un solo precio, que es el impuesto por el fabricante a toda su red. El efecto económico de lo anterior es el doble margen sin competencia, tanto el del fabricante, como el que él repite en su canal, estando expuesto el excedente del consumidor

al antojo del dominante que impide la competencia en el precio del canal, lo cual perjudica al mercado¹².

En aquellos mercados donde un fabricante no cuenta con posición de dominio es más lejano que la fijación del precio de reventa sea restrictiva de la competencia, pues el consumidor cuenta con otras alternativas diferentes a la del fabricante que impone el precio a la red, las cuales pueden ser escogidas por encima de esta, por tanto la variedad de bienes y la libertad de escogencia del consumidor quedan a salvo, estando dentro de una parte de la tipificación, la cual no se completa en la medida en que no se ven inobservados las finalidades y los principios, lo cual se requiere imperativamente para la tipificación completa del supuesto restrictivo. Y resulta lógico, pues mal podría castigarse lo que no daña al mercado¹³. Por eso la tipificación debe ser completa, pues así lo estipuló el legislador, siguiendo la realidad de un mercado.

Ahora bien, debe aclararse que todo lo afirmado corresponde bajo el juicio de la ley de prácticas comerciales restrictivas, pues a otra conclusión puede llegarse bajo un juicio de deslealtad, donde cabe la existencia de toda una fuente de comportamientos ilegales.

No puede quedar por fuera de la discusión el inciso segundo del artículo 18 del Decreto 3466 de 1982, que al referirse a la fijación de precios máximos del productor determina que

Cuando el productor haya establecido, voluntariamente o en obediencia a una determinación en tal sentido de la autoridad competente, precios máximos al público indica-

12 CÉSAR A. GINER PARREÑO. *Distribución y libre competencia*, Madrid, Montecorvo, 1994.

13 JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL. "Autorizar lo que no está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, enero-febrero, 2004.

dos en los bienes mismos, el proveedor o expendedor estará exento de la obligación prevista en este artículo, pero podrá establecer precios inferiores al precio máximo al público, los cuales constituirán los precios máximos al público fijados por el proveedor o expendedor.

Este artículo sería aplicable en aquellos casos en que no exista contrato de colaboración, pues se trata de un comportamiento unilateral que no hace parte de contratos bilaterales. Lo que sí permite ver el artículo transcrito es que el mismo precio en el canal no es siempre ilegal bajo el Decreto 2153 de 1992, sólo cuando se afecte la competencia, es decir sus principios.

B. Exclusividad de territorio y producto

Dentro de la ley antimonopolio se indica que están prohibidos los acuerdos de repartición de mercados entre productores o entre distribuidores¹⁴.

Una de las finalidades del Derecho de la competencia es que exista una multiplicidad de empresas oferentes y demandantes, a fin de que el mercado no esté sujeto al parecer de una única empresa sino que cuente con diferentes alternativas, lo cual se alcanza mediante un mercado competitivo.

La prohibición de la repartición de mercados se encamina precisamente a evitar que tanto distribuidores como productores se dividan un mercado creando barreras de entrada entre ellos, limitando las posibilidades de escogencia o de compra del consumidor.

Repartir significa distribuir entre varios una cosa dividiéndola por partes. De tal forma, la conducta que se prohíbe bajo este precepto es que entre los agentes constituyan compartimentos en el mercado, segmentos monopólicos

14 VELANDIA. "Las cláusulas de exclusividad bajo el régimen de libre competencia", *Ámbito Jurídico*, 26 de noviembre al 9 de diciembre de 2001.

por líneas o por zonas. De tal manera, la repartición tiene como objeto limitar el campo de acción para cada agente que ofrece comprar o vender, coartando su acción comercial al segmento que le fue adjudicado.

Mercado es el lugar geográfico donde se encuentra la oferta y la demanda, es decir, donde las empresas ofertan sus bienes y donde los consumidores los adquieren a cambio de un precio. En la definición aparecen cuatro variables: territorio, oferta, demanda y precio. La variable precio es tratada legalmente por el acuerdo de precios. Las restantes variables tienen parte de su regulación bajo el acuerdo de repartición de mercado.

La repartición de zonas se presenta cuando las empresas deciden adjudicarse una parte del territorio donde pueden vender sus productos, obligándose a no ofrecer esos bienes en una zona o territorio diferente del asignado, creando entre si monopolios sectoriales. La consecuencia es que las personas interesadas en adquirir un producto ven limitada sus posibilidades de compra, ya que la única empresa que se encuentra en ese territorio fue arreglada entre fabricante y distribuidor. En ese territorio el consumidor o detallista está obligado al distribuidor impuesto¹⁵.

En este punto se hace necesario hablar acerca de las cláusulas de exclusividad, entendidas como aquellas prestaciones dentro de los contratos mediante las cuales los fabricantes asignan un territorio exclusivo a cada miembro de su red. Inclusive la distribución selectiva entraría a ser parte de estas cláusulas¹⁶.

15 GUNNAR NIELS y GRETA SPOTA. "Prácticas verticales en México, Estados Unidos y Canadá; un análisis comparativo en el contexto del tratado de libre comercio de América del Norte", *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n.º 3, marzo de 1998.

16 IGNACIO CONTÍN PILART y EMILIO HUERTA ARRIBAS. "La integración vertical en los sectores energéticos: eficiencia versus poder de mercado", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, septiembre-octubre de 2000.

La prohibición de vender un producto diferente del impuesto genera una repartición de mercado negativa, donde se prohíbe la libertad de entrada a la venta de otra marca o línea de productos, lo cual se traduce en la exclusividad en producto. Lo reprochable de la conducta es que el consumidor se ve privado del ingreso de un potencial oferente. La elasticidad de la oferta disminuye en este caso, pues alguien que puede ingresar renuncia a una presente o futura participación.

Tal como se puede observar, tanto la exclusividad en territorio como la exclusividad en producto son figuras verticales que en un principio se tipifican como acuerdos restrictivos de la competencia, especialmente en carteles de repartición de mercado.

Para desarrollar el verdadero alcance de la legalidad o ilegalidad de las exclusividades, debe nuevamente hacerse referencia a la vulneración del bien tutelado, es decir, a la tipicidad completa de la restricción, la cual requiere, como se indicó atrás, 1. La configuración del acuerdo, más 2. La vulneración al bien tutelado (que sea significativo – interés general).

Según lo anterior, de acuerdo con las normas de prácticas comerciales restrictivas no siempre las cláusulas de exclusividad generan una restricción. Para que sean restrictivas deben crear barreras a la entrada para otros productos, limitar la libertad de escogencia del consumidor o la variedad de bienes. Para ello, insistimos en que existe un mayor riesgo de restricción cuando el fabricante que constituye la exclusividad cuenta con posición de dominio, pues un agente económico de estos concentra una porción importante de mercado, que sumada a la segmentación de mercado puede llegar a limitar la competencia en la medida en que excluye a otros proveedores; o reduce la competencia; o reduce la competencia entre distribuidores de la misma marca; o limita la libertad del consumidor.

Como se puede observar, si la competencia es insuficiente, el riesgo de que la exclusividad sea restrictiva es alto, pues esta puede llegar a afectar la competencia. Por el contrario, si se trata de un mercado donde la participación de empresas es generosa, la exclusividad en producto y territorio no genera una restricción al mercado, es decir, no afecta al mercado.

En esta línea se cuenta con el artículo 19 de la Ley 256 de 1996, según el cual,

Se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras estas sean de propiedad de los entes territoriales.

Como se observa, esta ley de deslealtad castiga la exclusividad en algunos casos y en otros, no. Es desleal cuando la exclusividad monopoliza el mercado o restringe el acceso a competidores. Este supuesto es aplicable en materia de prácticas comerciales restrictivas en la medida en que dentro del artículo 1.º de la misma ley, al mencionar el objeto de la misma señala que

Sin perjuicio de otras formas de protección, la presente ley tiene por objeto garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado.

Así mismo, dentro del artículo 6.º de la Ley 256 de 1996 se reafirma lo dicho al indicarse que

Esta Ley deberá interpretarse de acuerdo con los principios constitucionales de actividad económica e iniciativa privada

libres dentro de los límites del bien común y competencia económica y libre y leal pero responsable.

Entonces, es claro que cuidando la libre competencia, es decir impidiendo las restricciones en un mercado, el legislador consideró que las cláusulas de exclusividad no son de manera absolutas ilegales, sino que para que su calificación se presente debe venir acompañada del escenario económico donde la mencionada cláusula vulnere el mercado, es decir, el bien tutelado.

V. AUTORIZACIÓN VOLUNTARIA PREVIA Y EXENCIONES

De conformidad con la ley de competencia, el gobierno 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.

Bajo tal mandato, los particulares pueden solicitar al Gobierno autorización para adelantar acuerdos, entre ellos los verticales, mediante los cuales no se restrinja la competencia. Ellos serán exentos de aplicación del régimen de competencia cuando su desarrollo sea para defender la estabilidad de un sector básico.

Como se indicó, si la fijación de precios de reventa y la exclusividad de producto y territorio se presentan dentro de un mercado altamente competido y no vulneran las finalidades de competencia como son la libertad de entrada de las empresas, la libertad de escogencia de consumidores o la variedad de bienes, no pueden ser consideradas como limitativas de la competencia por no cumplirse su tipicidad al no dañar lo tutelado¹⁷.

17 INMACULADA GUTIÉRREZ. "Normativa sobre restricciones verticales: un viaje de ida y vuelta al enfoque económico", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, enero-febrero de 2004.

De presentarse la autorización previa es porque los interesados consideran que las cláusulas pactadas, a las cuales se hizo referencia, restringen la competencia. Ahora, es claro que la presentación para pronunciamiento de la conformación del canal elimina el riesgo jurídico y la empresa cuenta con certeza de que su comportamiento e inclusión de las prestaciones verticales se presenta dentro de un escenario de cumplimiento.

Cabe anotar que la exención a la cual hemos hecho referencia también aplica cuando se trata de sectores económicos totales. Es así como a nivel mundial se observa sectores económicos con normas especiales en materia de distribución, como lo es el de vehículos en el caso de la Comunidad Económica Europea.

VI. RIESGOS POR FUERA DEL CONTRATO

Se ha tratado el tema de las prestaciones verticales y su impacto en el mercado, es decir en el interés común. Ahora se tratará el tema de competencia desleal, otra rama del Derecho de la competencia que protege la concurrencia y el interés privado. Bajo este concepto, pueden existir comportamientos que no vulneren el interés común pero sí el interés privado.

Es necesario llamar la atención sobre el escenario que se presenta entre fabricantes y distribuidores cuando los primeros no renuncian a la distribución de sus productos, adoptando una distribución multimodal, según el cual distribuyen directamente y además desarrollan su distribución por medio de terceros bajo distribución indirecta.

Este tipo de escenario puede generar conflictos de posición dominante contractual que desembocan en conflictos de competencia desleal, los cuales son discutidos en tribunales de arbitramento y juzgados donde los distribuidores demandan la infracción a la concurrencia de que son objeto por parte de fabricantes.

La posición de dominio se presenta por la dependencia económica generada a instancia de la voluntad del fabricante al imponer cláusulas de exclusividad en producto y territorio, así como la fijación al precio de reventa. Dichas imposiciones impiden al distribuidor moverse fácilmente en el mercado, quedando, especialmente por las cláusulas de exclusividad, en una situación de dependencia económica hacia el fabricante, la cual de acuerdo al escenario y segmentación puede generar una posición de dominio contractual frente al distribuidor.

El abuso de dicha posición de dominio contractual se puede presentar, entre otras, por:

Discriminación. Se presenta cuando el fabricante otorga sin justificación mejores condiciones a una parte de los distribuidores en perjuicio del afectado. La imperfección que se crea es que en la competencia de distribuidores tendrá mejor opción de triunfo la persona que resulta favorecida con la discriminación.

El daño puede ser extraído de la falta de información en las precontractuales o en el desarrollo de la ejecución del contrato, probando en los dos casos la mala fe en la desigualdad y el daño que sufre la empresa en virtud de la imperfección creada por el fabricante.

Desviación de clientela. Cuando el fabricante entra a competir con la red de distribución, los dos entran a luchar por una clientela fiel a una misma marca. Bajo este supuesto, se desvía la clientela, ya que de mala fe le vende a su red a un mayor precio que lo que le vende al detal al consumidor, sobreinventariando a sus distribuidores. En el segundo caso, los ingresos generados por las ventas bajan con ocasión de la prohibición de atender la clientela real o potencial¹⁸.

18 VELANDIA. "¿Cómo proteger los signos distintivos?", *Ámbito Jurídico*, 19 de agosto al 1.º de septiembre de 2002.

Explotación de secretos. Es usual que fabricante y distribuidor intercambien información. En desarrollo de ese intercambio se tiene acceso a cierta información cuyo titular es el distribuidor. Para este efecto, los fabricantes guardan una carga de confidencialidad respecto de la información entregada por el distribuidor, y es su responsabilidad el manejo que le den a la información entregada.

Existen múltiples formas de deslealtad, y será la casuística la que permita profundizar en el tema. En tal sentido, no se trata de adelantar un estudio pormenorizado de los comportamientos desleales; sin embargo, es importante llamar la atención sobre el hecho de que la mayoría de conflictos entre fabricante y su red genera riesgo de deslealtad, así como de posición de dominio contractual, las cuales deben ser estudiadas de manera particular.

VII. EXPERIENCIA INTERNACIONAL

En la legislación mundial existen varios ejemplos de la posibilidad de realización de acuerdos verticales, mediante dos formas: como actividad económica excepcionada o como legislación vertical. Ejemplos son las siguientes regulaciones:

Venezuela. Están prohibidas las prácticas y conductas anticompetitivas. Otorga excepciones globales que permitan el ejercicio simultáneo de estas. La Superintendencia podrá autorizar prácticas o conductas cuando aporten ventajas a los consumidores o usuarios de los bienes o servicios¹⁹.

Brasil. La legislación brasileña exceptúa expresamente la conquista del mercado resultante del proceso natural fundado en la mayor eficiencia de los agentes económicos. Permite al Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) autorizar actos, sea cual fuere su manifestación, y

19 GIRAUD y CASTRO CORTIÑAS. *Derecho administrativo de la competencia*, cit.

aunque puedan perjudicar la concurrencia o dar lugar a la dominación de mercados pertinentes de bienes y servicios, los autoriza, condicionándolos a aumentar la productividad, mejorar la calidad de bienes o servicios o a propiciar la eficiencia y el desarrollo tecnológico o económico²⁰.

Canadá. La ley rige para todos los sectores de la economía, y no existen exenciones totales a su aplicación. Sin embargo, contiene exenciones o defensas ante acuerdos restrictivos.

México. La ley federal de competencia divide las prácticas monopolísticas entre absolutas y relativas, dependiendo de su objeto y el efecto que causen en el mercado; cuenta con legislación sectorial, entre otros, para telecomunicaciones, transportes, energético y financiero.

Panamá. La ley de defensa de la competencia clasifica las prácticas monopolísticas en absolutas que tienen por sí mismas carácter ilícito, y relativas, las cuales se considerarán violatorias únicamente si se comprueba la existencia de los dos supuestos: que el agente tenga poder sustancial sobre el mercado pertinente, y que dichas prácticas se realicen respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado pertinente de que se trate.

Chile. No obstante y siempre que el interés nacional lo exija, se podrá autorizar por decreto supremo fundado y previo informe favorable de la Comisión Resolutiva que se establece en la presente ley, la celebración o mantenimiento de aquellos actos o contratos que, referidos en los artículos precedentes, sean sin embargo necesarios para la estabilidad o desarrollo de las inversiones nacionales (art. 4.º).

Comunidad Europea. El artículo 1.º del Tratado de CE prohíbe a las empresas los acuerdos que restrinjan la competencia. No obstante, en virtud del reglamento 19/65/CEE del Consejo, la Comisión puede establecer, con carácter individual o mediante reglamento, la no aplicación de la

20 Ley n.º 8.884 del 11 de junio de 1998.

prohibición prevista a determinados acuerdos o categorías de acuerdos entre empresas²¹. Entre otros, se han regulado los siguientes sectores: agricultura, energía, servicios postales, telecomunicaciones y transportes²².

En la Unión Europea las autoridades de competencia han determinado que las cláusulas de exclusividad resultan válidas bajo las normas de competencia en la medida que cumplan con los siguientes principios:

- Principio de necesidad: que la distribución exclusiva favorezca al consumidor.
- Principio de proporcionalidad: que mediante la cláusula de exclusividad no se impongan prestaciones desproporcionadas para los distribuidores.
- Principio de no discriminación: que exista un igual trato para todos los distribuidores exclusivos.

De la lectura de las disposiciones legales de otros países se concluye que hay una tendencia general favorable en materia de acuerdos verticales, estableciendo reglamentos de exención por categorías. La tendencia reflejada apunta en el sentido de simplificar el control administrativo y el marco reglamentario de las restricciones verticales suprimiendo reglamentaciones innecesarias, dándoles un enfoque más económico y estudiándolas de acuerdo con su contexto dentro del mercado.

Como se puede observar, el régimen que regula las relaciones de distribución está incluido en su totalidad dentro del régimen de competencia. Tal ordenamiento contiene los límites a la autonomía de la voluntad que debe ser observado

21 MARTÍNEZ LAGE. “Restricciones verticales a la competencia: cambio de enfoque de la Comisión Europea (I y II)”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, Boletín*, enero-febrero de 1999.

22 Para el sector automotor, los acuerdos verticales de distribución y de servicios de posventa, en lo que se refiere a la aplicación del artículo 81 del Tratado de Roma, se rigen por el Reglamento (CE) n.º 1475 de 1995.

por los interesados en adelantar una comercialización indirecta. Sin embargo, la inclusión y combinación de cláusulas limitativas generan un alto riesgo de ilegalidad que debe ser trabajado desde el inicio dentro de los contratos. En el mismo sentido, la creación de la relación jurídica entre distribuidor y fabricante genera derechos que posteriormente pueden ser utilizados en contra del fabricante por su distribuidor; en tal sentido, es recomendable observar las prestaciones y definir los riesgos desde el punto de vista de competencia desleal, posición de dominio contractual y de acuerdos verticales.

CAPÍTULO UNDÉCIMO AYUDAS ESTATALES

I. NOCIÓN DE AYUDA ESTATAL

Algunos textos definen *soberanía nacional* como la que reside en el pueblo y se ejerce por medio de los órganos constitucionales representativos¹. En el mismo sentido, se entiende por *intervención* la potestad que tiene una autoridad de limitar, dirigir o suspender el libre ejercicio de actividades o funciones.

Las definiciones indicadas no pueden ser más claras y crudas. En otras palabras: el pueblo tiene el poder, elige representantes, y estos elegidos son los que se encargan de promulgar las leyes que permiten o prohíben el desarrollo de la voluntad dentro de un mercado.

En una escala inferior a la comentada, cuando el ordenamiento lo permite, se encuentran los funcionarios públicos, quienes elaboran regulaciones específicas para cada sector económico y emiten actos administrativos de carácter particular o general por medio de los cuales intervienen la economía².

1 Artículo 3.º de la Constitución Política de Colombia: “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce de forma directa o por medio de sus representante, en los términos que la Constitución establece”.

2 Artículo 334 de la Constitución Política de Colombia: “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por

Esta actividad interventora del Estado en la economía es tratada, en otras esferas, por el Derecho de los mercados, ya que mediante esa potestad estatal pueden ser creadas situaciones favorables o desfavorables para algunas empresas, las cuales no son resultado de la contienda en un mercado en competencia, sino de las ventajas injustificadas que otorga el Estado a uno de los participantes de la lucha por la clientela, favoreciéndolo.

La ayuda estatal es un supuesto fáctico restrictivo que aparece contenido dentro de la legislación europea, según el cual se prohíben los comportamientos de un estado miembro que, en virtud de la potestad interventora, emita leyes o actos que otorguen un privilegio injustificado a una empresa en particular, desfavoreciendo a otros, por medio de un comportamiento bien activo o pasivo³.

Se utiliza la expresión ayudas estatales en lugar de otras como subsidio, ya que corresponde a una definición más precisa que le da un carácter más amplio que el de subsidio, pues engloba además de 1. Las medidas públicas positivas o activas (subsidios) a favor de un empresa, y 2. Aquellas pasivas, como por ejemplo las medidas que impliquen un gasto fiscal para un competidor y no para otro⁴.

mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones”.

3 Comisión Europea. *Derecho de la competencia de las comunidades europeas. Normas aplicables a las ayudas estatales*, vol. IIA, Bruselas, 1999.

4 CASTILLO DE LA TORRE y KEPPELNE. “Ayudas estatales: jurisprudencia comunitaria en 1999”, cit.

Para que una ayuda estatal sea considerada incompatible (restrictiva) con el mercado, debe cumplir con cuatro características:

- Debe ser otorgada por el Estado o mediante fondos estatales.
- Debe favorecer determinadas empresas o producciones.
- Debe falsear o amenazar falsear la competencia.
- Debe afectar el intercambio entre los estados miembros⁵.

No obstante lo anterior, la regulación comentada permite ayudas que, aún en presencia de las cuatro características comentadas, favorecen en general a la economía. Por ello se indica que la ayuda estatal es posible cuando 1. Está destinada a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, así como 2. Está destinada a facilitar el desarrollo de determinadas actividades y determinadas regiones económicas, siempre que no se alteren las condiciones de los intercambios de manera contraria al interés común⁶.

Como se puede observar, lo que se tutela no es más que el reconocimiento que hace la misma legislación sobre la facultad que tiene el Estado de introducir por medio de la regulación escenarios económicos donde se favorece a una empresa sin explicación justificada, calificando su castigo. Si ese reconocimiento lo hace la misma ley, es porque el legislador es consciente de los intereses personales que se involucran en cada límite a la autonomía de la voluntad cuando se legisla, siendo el Estado un agente más del mercado⁷.

5 Íd. "Ayudas estatales: jurisprudencia comunitaria en 2001", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, enero-febrero de 2002.

6 JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MIGUEZ. "Algunas precisiones de la jurisprudencia sobre la prescripción de las ayudas estatales: a propósito del caso Scout", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, mayo-junio de 2003.

7 JOSÉ-WENCESLAO RODRÍGUEZ CURIÉL. *Inexistencia de ayuda de Estado en la mera compensación por obligaciones de servicio público (sentencia "Ferring" de 22.11.2001)*, noviembre-diciembre de 2001.

Estos asuntos son tramitados por la Comisión Europea. Allí son presentadas las denuncias contra un país que otorga ayudas estatales favoreciendo a una empresa en especial, dejando a las demás en un espectro patológico de competencia⁸. En su fallo, la Comisión, en caso de encontrar que la ayuda estatal genera una restricción a la competencia, ordena al país restrictivo modificar la regulación fuente de la ayuda y, si esta fue entrega en dinero, exige la devolución del dinero al Estado⁹.

Caso de ayuda estatal activa: Estado francés-Air France. El Estado francés notificó a la Comisión Europea sobre su intención de inyectar 20.000 millones de francos al capital de la compañía Air France. En virtud de la excepción establecida en el tratado constitutivo de la Unión Europea, la Comisión puede autorizar las ayudas de Estado destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades económicas siempre que la ayuda no altere las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común. En su examen, la Comisión consideró que una verdadera reestructuración de Air France sería conforme al interés común. Así mismo, la Comisión estimó que el importe de la ayuda no parecía excesivo y que la ayuda no afectaba a las condiciones de los intercambios de forma contraria al interés común, teniendo en cuenta los dieciséis compromisos asumidos por el gobierno francés. La decisión de la Comisión es demandada ante el Tribunal de Primera instancia de la Comunidad Europea, que la anula por falta de motivación suficiente. El Tribunal establece que la motivación debe mostrar de manera clara e inequívoca

8 JOSÉ EUGENIO SORIANO GARCÍA y M. MATILDE SÁNCHEZ GUTIÉRREZ. "El control de las ayudas públicas en España: un contexto a cambiar", *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n.º 20, junio, 2005.

9 BEGOÑA URIARTE VALIENTE. "Proyectos de reglamento de la comisión relativos a la aplicación de los artículos 87 y 88 del tratado CE a las ayudas de *minimis*, las ayudas a la formación y las ayudas estatales a las pequeñas y medianas empresas", *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n.º 10, junio de 2000.

el razonamiento de la institución comunitaria de modo que permita al juez ejercer su control. En ayudas estatales, el deber de motivación implica que las empresas competidoras puedan conocer las razones de la decisión con el fin de poder defender sus derechos. Así mismo señala, que el Tribunal y la Comisión siempre se han mostrado contrarios a la concesión de ayudas al funcionamiento, destinadas a financiar la modernización de las instalaciones de una empresa. Para un mejor entendimiento, este es un asunto donde el comportamiento del Estado es activo, otorgando una ayuda que distorsiona el escenario de competencia¹⁰.

Caso de ayuda estatal pasiva: Estado belga-Aeropuerto de Bruselas. En este asunto la entidad pública expidió una regulación mediante la cual creó un sistema de descuentos sobre el canon de aterrizaje en función del volumen de tráfico a partir del aeropuerto de Bruselas, lo que supone una desventaja para las pequeñas compañías en competencia. El demandante consideró en sus argumentos que esos descuentos eran totalmente injustificados, porque los servicios prestados a un aparato que despega o aterriza son siempre los mismos, independientemente del número de prestaciones realizadas. Sabena, que es su principal competidor, obtiene producto de la regulación demandada una disminución de 74 millones de francos belgas al año por gastos aeroportuarios. En este caso la Comisión ordenó al gobierno belga poner fin a la infracción, tomando las medidas pertinentes en un plazo de dos meses. Este es un comportamiento pasivo de ayuda estatal¹¹.

10 Íd. "Sentencia del tribunal de primera instancia de las comunidades europeas que anula la decisión de la comisión que autoriza la inyección de capital del estado francés a la compañía Air France", *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n.º 4, agosto de 1998.

11 JOSÉ LUIS CALVO DE CELIS. "Análisis de un caso de ayudas estatales", *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n.º 2, septiembre de 1998.

II. AYUDA ESTATAL DENTRO DE UN MISMO PAÍS

De acuerdo con la organización de una nación, se tiene que el Estado cuenta con facultades para dirigir e intervenir en la economía. Es un derecho inherente al Estado. En tal sentido, el Estado interviene en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y de los servicios públicos y privados. La finalidad que pretende el Estado con esta intervención es racionalizar la economía y conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, así como la distribución equitativa de las oportunidades.

En este orden de ideas, al momento de intervenir en un mercado el Estado debe tener en cuenta que su facultad o poder soberano se encuentra limitado al cumplimiento de esas finalidades que buscan el bien común. De tal manera que la intervención que se adelante dentro de un segmento económico debe estar sustentada con bases económicas que lleven al mejoramiento de la mayoría. Por tanto, no resulta válida la intervención económica cuando lo que se hace es favorecer a una propiedad privada en particular sin ningún provecho para la economía. En este orden de ideas, puede ocurrir que el Estado mediante una legislación favorezca los intereses privados de un determinado comerciante, dotándolo de mejores herramientas que a sus competidores. Dicha diferenciación permite al favorecido obtener mejores ganancias y participación de mercado, ya que el Estado le permite un mejor escenario. Por tanto su triunfo frente a otros competidores no es consecuencia de su eficiencia, sino de la regulación injusta creada por el Estado para favorecer a un comerciante en especial. Es decir, existe una legislación que no obstante tener principio de legalidad puede resultar anticompetitiva, por ello es necesario que la situación sea demandada para eliminar su existencia, con los respectivos perjuicios a cargo del Estado por regular inadecuadamente

dañando la competencia y por ende la propiedad privada de un perjudicado¹².

Existen diferentes acciones mediante las cuales se puede eliminar aquella regulación anticompetitiva, específicamente las acciones contenciosas-administrativas y las acciones constitucionales, dependiendo del acto, decreto o ley que se quiera demandar.

De acuerdo con lo anterior, las ayudas estatales son supuestos que aplican cuando se trata de economías integradas en bloques de países, donde un estado miembro a través de la regulación favorece a sus empresas perjudicando la competencia de sus competidoras con la favorecida. Sorprende que dicha figura esté ausente en cada uno de los acuerdos suscritos por países latinos.

Para nuestro caso, cuando la situación ocurre internamente dentro de un país; es decir, cuando se regula y se favorece injustamente a un privado, dicha regulación cuenta con un principio de legalidad, quedándoles a los afectados el derecho de demandar por la vía contenciosa o constitucional los efectos anticompetitivos de la regulación, basados en la falta de concordancia de la regulación con el mandato superior que contiene las finalidades que sigue el Estado cuando interviene en una economía, las cuales no se cumplen para el efecto, siendo por ello ilegal la regulación, lo cual se traduce en que resulta anticompetitiva, bajo el mandato del artículo 334 de la Constitución Política.

12 Íb. "El falseamiento de la competencia mediante las ayudas estatales con finalidad regional: nuevas directrices más estrictas y rigurosas", en *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n.º 3, marzo de 1998.

CAPÍTULO DECIMOSEGUNDO
AGOTAMIENTO DE MARCA, COMERCIO PARALELO
Y SU RELACIÓN CON LAS PRÁCTICAS
COMERCIALES RESTRICTIVAS

I. LA MARCA

La marca es el signo por medio del cual se distinguen los productos. Al ser otorgada la inscripción en el registro marcario nace para su titular un monopolio sobre el uso de la misma dentro de las clases asignadas, es decir la expresión entra al dominio privado. Por tanto, ese titular será el amo, señor y dueño de la misma.

El monopolio marcario estará representado en el uso exclusivo de la misma marca, siendo prohibido para terceros usar ese signo distintivo. Sin embargo, por la casuística que alimenta el derecho, se fueron presentando discusiones sobre el alcance y límite del derecho exclusivo al uso de la marca cuya propiedad se encuentra en la esfera privada.

En ese sentido, se planteó que el Derecho de la marca debe tener unas fronteras, las cuales siguen la premisa según la cual el derecho de una persona resulta válido mientras no vulnere el derecho de otra persona. De tal forma, traducido en clases de derecho, se puede afirmar que el interés público está por encima del interés privado, entonces la propiedad privada no puede ser un medio legítimo para vulnerar el interés público.

Es en este juego de principios, acertado por cierto, donde se plantea la problemática del agotamiento de la marca¹.

En un principio el titular del signo tiene un derecho, pero el interrogante es hasta qué punto ese titular puede ejercer el uso de un signo distintivo y si en ejercicio de dicho derecho puede aprovechar para dañar la competencia, siendo la competencia un derecho que cuenta, en proporcionalidad de derechos, con mayores protecciones que la mera propiedad privada de un particular. Este es el tema: tratar de otorgar derecho de monopolio al titular de la marca, pero limitándole y agotándole su derecho cuando trate de vulnerar el Derecho de la competencia.

II. PRELIMINAR DE COMPETENCIA

El Derecho de la competencia se explica bajo las leyes de la oferta y la demanda. Según las leyes económicas, el resultado de lo ofrecido en el mercado es consecuencia del enfrentamiento de estas dos variables.

En este sentido, las personas que se encuentran del lado de la oferta, proponiendo negocios, pretenden ser escogidas basadas en las eficiencias de sus productos. Esa eficiencia debe encontrarse, para ser escogida, por lo menos dentro del promedio de lo ofrecido por otros. En el supuesto de que los bienes ofrecidos por una empresa no cuenten con unos beneficios iguales o superiores al promedio del mercado muy seguramente esa empresa no va ser escogida por los consumidores, quienes de paso buscan pagar lo menos pero obtener lo más².

Entonces, la eficiencia es lo que hace que una empresa obtenga el beneplácito de los consumidores.

1 RICARDO METKE. *Lecciones de propiedad industrial*, Baker & McKenzie, 2001.

2 MCEACHERN. *Microeconomía. Una introducción contemporánea*, cit.

Así las cosas, existen dos enfrentamientos. Por una parte, el de las empresas entre sí, en el que gana la más eficiente, es decir, la que produzca con menores costos, los cuales se verán reflejados en el precio, y a su vez en las utilidades; y por otra parte, el enfrentamiento de la empresa con los consumidores, donde la primera quiere maximizar su utilidad y el consumidor maximizar su ingreso. Esto es, en nuestro criterio, la competencia.

Ahora, estas situaciones vienen acompañadas de otras variables de inmensa importancia. Lo primero es entender que en un mercado las empresas pretenden siempre una utilidad, ya que son actividades con ánimo de lucro. Entonces, dentro de las diferentes oportunidades de inversiones que existen, invertirán donde se genere mayor rendimiento. Para encontrar lo anterior deben identificar los costos que tendrían que sufragar para ofrecer los bienes, así como el valor que cobran los competidores por los mismos bienes. De la resta de los dos valores es como una empresa puede encontrar la utilidad que obtendría en ese negocio, así como su índice de competitividad. Si el índice es bajo, pues lo más normal es que busque nuevas oportunidades de inversión en otros mercados, en tanto que si el índice es alto, entrará en ese mercado donde ve un buen horizonte de retorno³. Esta también es la competencia.

En materia de Derecho de la competencia existe un bien tutelado salvaguardado por toda una regulación, como lo es la economía y el mercado. La razón de ser para que requiera protección es que en la medida en que se trata de eficiencia, utilidad, oportunidad, maximizar ingreso, capacidad adquisitiva de dinero, etc., puede ocurrir que la falta de competencia sea un medio para enriquecerse sin justa causa ante el empobrecimiento de otros. Lo que se busca

3 SAMUELSON y NORDHAUS. *Economía*, cit.

con la competencia es entonces la redistribución justa del dinero dentro de una economía capitalista.

Las normas de competencia resultan válidas en el sistema capitalista, el cual compartimos; son el límite que se tiene para que la concentración de riqueza provenga de un medio diferente de la eficiencia de las empresas. Es tanto como señalar: “La causa de su riqueza es la falta de competencia, por ello es responsable del daño causado”. En esta frase, creemos, se resume el Derecho combinado con la economía.

Un ejemplo basta para entender la situación:

– A pretende cobrar por su producto \$200, con una utilidad de \$20 por cada uno.

– B cobra \$210, con una utilidad de \$20 por cada uno.

Pero si A y B arreglan cobrar \$230, la utilidad de las dos mejorará.

Consecuencias:

– C, que tenía presupuestado comprar en \$200, tiene que pagar más.

– C, que tenía destinado los \$30 que pagó de más para otro mercado, tiene que renunciar a comprar otros bienes.

– D, empresa de otro mercado diferente de A y B, pierde un ingreso, pues el dinero destinado para ese mercado (\$30) se quedó en otro mercado.

La anterior es una breve explicación de la importancia de la competencia como norma de regulación fundamental dentro de una economía.

Al elegir participar en un mercado, las empresas asumen como contraprestación el costo de cumplir con la regulación imperante, la cual constituye un límite a su autonomía de voluntad. La regulación económica a su vez sienta sus bases para favorecer el interés público por encima del interés privado. Así, haciendo un símil con los supuestos sociales, se detecta dentro de un supuesto económico que algunos pueden aprovechar la falta de competencia para concentrar riqueza.

Bajo tal ejercicio, así como toda ley requiere del estudio de la conducta, de la misma forma es necesario el estudio de su implicación económica. En este estudio se encontró que el falsear la competencia lleva al enriquecimiento de algunos frente al empobrecimiento de otros. Los economistas lo denominan la disminución de la capacidad adquisitiva de bienes del consumidor como causa del comportamiento de aquellos que falsean la competencia.

En ese orden, en el supuesto de que no se falsee la competencia el rendimiento de la capacidad adquisitiva de bienes del consumidor dependerá de la competencia entre oferentes para ser elegidos. En caso de que se falsee habrá un enriquecimiento del vendedor y una disminución en la capacidad adquisitiva de bienes del consumidor.

Entonces, se puede decir que la competencia es la piedra angular de un sistema comercial, donde se pretende la eficiencia en la actividad empresarial y un provecho máximo de los ingresos.

El bien tutelado se afecta cuando el desarrollo de un mercado no es consecuencia del enfrentamiento de la oferta y la demanda, sino que, por el contrario, existen comportamientos de terceros que son la causa del resultado (saqueo), particularmente prácticas comerciales restrictivas.

III. PROHIBICIONES QUE SE DEBEN TENER EN CUENTA PARA EL DESARROLLO DE ESTE CAPÍTULO

Acuerdos verticales. Como se mencionó, los acuerdos verticales se presentan entre empresas que se encuentran dentro del mismo mercado, pero en diferente escala de la cadena de valor. Como los que pueden ocurrir entre un fabricante y un distribuidor⁴. Dentro de estos se encuentran la re-

4 Numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

participación mercados, la exclusividad en productos, la exclusividad en territorio y la fijación de precios.

En cada uno de estos rubros se prohíbe que el fabricante le fije al canal condiciones del mercado, a no ser que se presente como una sola empresa, es decir integradas. En tal sentido, está contra las normas de competencia que el fabricante fije un territorio exclusivo; impedir que un comerciante venda productos de un competidor; así como fijar el precio de reventa de sus productos.

Abuso de la posición de dominio. La posición de dominio puede ejercerse de dos maneras: la primera en el mercado y la segunda dentro del contrato⁵. El abuso de la posición de dominio de mercado es regulado por el tema de prácticas comerciales restrictivas, en tanto que el tema de posición de dominio contractual es un asunto regulado por la interpretación de contratos, la buena fe contractual, las cláusulas abusivas y el régimen de protección al consumidor⁶. En este asunto, nos referiremos a la posición de dominio de mercado, donde es necesario mencionar que la posición de dominio se presenta cuando se está en presencia de un mercado que no tiene la característica de ser elástico desde el punto de vista de la oferta y de la demanda. En esos casos el mercado depende de un agente económico, quien, producto de dicha situación, sacará el mayor provecho para su interés, abusando de su privilegio⁷.

Competencia desleal. No es alejado de la realidad afirmar que en muchas ocasiones el canal de distribución compite con el fabricante y ello sucede cuando el fabricante utiliza un canal de distribución directo y a la vez indirecto, es decir, distribuye con terceros y con empleados propios. Cuando esto pasa, la

5 *Boletín de Derecho de los Mercados*, n.º 17 [www.mauriciovelandia.com].

6 Ver Código Civil, así como el Decreto 3466 de 1982.

7 Ver artículo 45 del Decreto 2153 de 1992.

competencia dentro de la marca también debe respetar los principios de transparencia, rectitud, pulcritud, etc.

Dicho de otra forma, actuando con lealtad⁸.

IV. AGOTAMIENTO DE MARCA

No es necesario ahondar respecto del derecho a la exclusividad que tiene el titular de una marca, particularmente el monopolio que tiene sobre el uso de la misma. Mucho se ha escrito al respecto⁹. Entonces se parte de la existencia de un derecho y de lo que se trata es de determinar si ese derecho culmina por alguna circunstancia. En ese sentido es necesario determinar el inicio y posible fin de ese derecho, para así entender la figura del agotamiento de marca.

El inicio del derecho sobre una expresión, dicen los expertos, se presenta desde que es inscrito en el registro marcario¹⁰. A partir de ahí se tiene el derecho para oponerse a terceros que pretendan usar ese signo, o que quieran usar uno parecido que cree confusión¹¹.

Haciendo un paréntesis al respecto, se comparte la opinión según la cual, inclusive antes del registro, con el mero uso de la marca, se tiene derecho sobre el signo, pues en el supuesto de que alguien conozca del uso y pretenda inscribirlo, dicho acto está cobijado por la mala fe, comportamiento anticoncurrencial, siendo el perjudicado acreedor de los perjuicios causados por el usurpador precario.

Entonces, como se señaló, el derecho se adquiere con el registro. Ahora, ¿hasta cuándo ese registro tiene validez? Son muchos los casos donde se pierde el derecho, como lo es la caducidad o la misma no renovación, perdiéndose el

8 Ley 256 de 1996.

9 MARCO MATÍAS ALEMÁN. *Revista Universitas*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana.

10 PEDRO BREUER MORENO. *Tratado de marcas*, Obis, 1946.

11 VÍCTOR BENTATA. *Derecho marcario*, Caracas, Inpi, 1986.

monopolio de uso. Pero una cosa es la pérdida del derecho y otra su agotamiento. Agotar significa ir hasta su máximo límite y despojar al derecho de toda posibilidad de usufructo. Degustar la última gota del derecho.

Existen tres clases de agotamientos:

1. Nacional. El derecho se agota en el mercado local con la primera venta.

2. Comunitario. La primera venta permite al comprador revender dentro del territorio comunitario.

3. Internacional. La venta en un país extranjero agota el derecho de oponerse a la comercialización en otros países.

V. ANÁLISIS ECONÓMICO

La marca es un signo que cobra importancia económica en la medida en que el público la conozca. Así, una marca sin posicionamiento en el mercado lleva a que la misma no cuente con mucho valor. Bajo tal premisa, la marca adquiere mayor valor en la medida en que se cree una fidelidad con el consumidor, quien se encarga de referirla a terceros, penetrando así la expresión en el mercado.

Ahora, si lo anterior es cierto, las empresas, después de elegir un signo distintivo, deben pretender que su marca sea reconocida. Ello implica un costo que deben erogar las empresas para que su marca pueda estar dentro de las alternativas de mercado. Esos costos, por pura lógica, deben ser recuperados antes de obtener una utilidad en el negocio, es decir, en otras palabras, son cobrados en el precio¹².

Entonces, en el precio que paga un comprador por un producto se está pagando toda la cadena de costos que tuvo la empresa, asociados a la producción o no asociados, dentro de los últimos los costos de posicionamiento de marca. Al momento en que el productor devenga esa erogación, ya

12 SAMUELSON y NORDHAUS. *Economía*, cit.

obtiene el provecho propio de su actividad empresarial, despojándose económicamente de lo que tenía derecho a explotar, pues ya lo explotó.

El derecho a explotar el bien adquirido cambió de manos y ahora quien incurrió en el costo con la compra del mismo tiene derecho a explotarlo, bien sea consumiéndolo o revendiéndolo. El comprador será el amo y señor y dueño de la cosa.

Así, la recuperación del costo y la explotación de la marca se ve reflejada en el precio que paga un comprador, a quien se le traslada el bien, estando éste con el poder dispositivo de darle el uso que considere pertinente, pues pagó para ello. El intercambio del dinero por la cosa, parámetro fundamental de una economía.

VI. LA REGULACIÓN

El principio de agotamiento de marca se presenta como la terminación del *ius prohibendi*, entendido como imposibilidad de prohibir el uso de la marca después de la primera venta adelantada por el titular o por la venta del producto por parte de un tercero consentida por el titular de la marca. Algo así como que el titular de una marca no puede obstaculizar la comercialización de un producto marcado con su signo, si él o un tercero con consentimiento del titular introducen en el mercado los productos que ahora son revendidos¹³. Es un fin y un inicio. El inicio del derecho y su fin. El fin de un derecho puede presentarse porque se consume el derecho, porque se renuncia al mismo, o porque se pierde.

El agotamiento de la marca trata el fin del derecho por su consumo. Ya se había mencionado que el derecho de la marca nace con su inscripción en el registro. Lo que se tiene

13 DE MARTÍN MUÑOZ. *El llamado comercio paralelo en el derecho mercantil europeo*, Madrid, Universidad Comillas de Madrid, 2005.

que dilucidar ahora es cómo se consume, y qué sobrevive después de haber consumido el derecho.

El control sobre el producto se pierde con su venta. Es decir, los bienes cambian de propiedad. El bien tiene inmersa la expresión con la cual se distingue el producto. A partir del momento en que cambia de manos la propiedad del producto, el adquirente puede disponer del mismo, no siendo divisible la marca con el contenido. De esa forma, el adquirente puede consumir el producto o decidir revenderlo, pero al revenderlo no puede despojar al producto de su marca. De hecho, debe respetar el vínculo del fabricante con la marca. Pero el producto ya es de alguien diferente del productor.

Bajo este análisis se encuentra que el derecho sobre la marca es explotado por su titular cuando vende el producto, estando el comprador obligado a respetar la asociación del fabricante con la marca, pero al mismo tiempo le nace el derecho al comprador para la comercialización del producto, pues el titular de este no puede impedírsela pues ya obtuvo el beneficio financiero que le otorga la titularidad de la marca¹⁴.

Entonces, el derecho del productor va hasta donde nace el derecho del vendedor. El derecho de la marca se agota cuando el bien cambia de propiedad y nace el derecho de disposición del bien en cabeza del comprador. Es un inicio de un derecho para que terceros puedan, en virtud de la libertad de empresa, revender productos sobre los cuales ya el titular obtuvo su provecho.

En otras palabras, el agotamiento del derecho se presenta cuando se adelanta la primera comercialización del producto, y en adelante dichos productos pueden ser comercializa-

14 ALBERTO CASADO CERVIÑO. "Importaciones paralelas y agotamiento del derecho de marca", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, julio-agosto de 2002.

dos con libertad por cualquier persona. Entonces, agotado el derecho, el titular de la marca no puede obstaculizar la reventa¹⁵.

Así las cosas, la regulación sobre el agotamiento del derecho de marca pregona que el derecho se agota cuando el titular de la marca vende directamente el producto, o cuando permite que a través de un tercero se venda su producto; a partir de ahí nace para el adquirente la posibilidad de comercializar el producto, usando la marca inmersa en él, y no es posible para el titular de la marca impedir la comercialización de un bien que otrora era de él.

VII. ALGUNOS PROBLEMAS

Se ha querido desvirtuar económicamente la figura del agotamiento del derecho de marca bajo los siguientes comentarios:

Aprovechamiento parasitario de los distribuidores paralelos. La distribución paralela, que será tratada más adelante, se presenta cuando la red oficial (mercados blanco) se encuentra enfrentada a una red no oficial que compra el producto como un tercero no distribuidor y encuentra un buen margen de retorno en la reventa, procediendo a convertirse en distribuidor no oficial (mercados grises)¹⁶. En tal sentido, el distribuidor zonal (con exclusividad) ha invertido unos recursos en el posicionamiento de la marca en su zona, los cuales espera recuperar con la penetración del producto y la fidelidad de los clientes. Ahora, ese costo puede ser usurpado por la red no oficial, que puede entrar a apropiarse del esfuerzo ajeno. Frente a este comentario los

15 LUIS BERENGUER FUSTER y LUIS BERENGER GIMÉNEZ. "Derecho de marcas y libre competencia", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, febrero de 1999.

16 Frente al mercado blanco y mercado gris se encuentra el mercado negro, que es el contrabando.

economistas han planteado que no tiene cimiento, ya que el distribuidor paralelo (comprador del producto) ya pagó al titular o al distribuidor oficial el derecho de disposición sobre el producto, precio mediante el cual el titular explotó su marca, y en este sentido nace para el comprador la facultad de disponer del producto como un comerciante libre.

Garantías de calidad e idoneidad. La garantía es el derecho que tiene un consumidor para que los bienes por él recibidos guarden identidad con lo que fue ofrecido por el comerciante. Es la protección a la parte débil del contrato, dotando de herramientas rápidas que le permitan al consumidor obtener la maximización de su ingreso al momento de satisfacer necesidades. Dicen algunos que el distribuidor paralelo engaña al consumidor, en la medida en que promete una garantía que no puede ser ofrecida ni otorgada por él. El argumento no resulta cierto, ya que el fabricante está obligado a prestar la garantía independientemente de quien sea el vendedor del producto. Existe una solidaridad en la obligación de efectividad de la garantía entre fabricante y distribuidor, entonces sí puede perseguir tanto al vendedor como al fabricante, no pudiendo ser posible para el fabricante excusar en causa extraña en el producto defectuoso, pues el defecto es de fabricación, y en él no tiene participación el vendedor, sea éste oficial o no¹⁷. Otra cosa es la atención de garantías provenientes de información engañosa creada por el vendedor no oficial, pues ahí la causa extraña, especialmente la culpa de un tercero, cobra vigor.

Límite a la propiedad privada. La coligación es la dependencia de una obligación a otra obligación. En este sentido, se pretende extender al segundo comprador las obligaciones existentes del distribuidor oficial para con el fabricante. Sobre el punto es necesario mencionar el principio de relatividad de los contratos de acuerdo con el cual el contrato es solo

17 Decreto 3466 de 1982, así como artículo 78 de la Constitución Política.

ley para las partes, sin ser posible involucrar terceros, a no ser que el tercero esté de acuerdo con dicha imposición de la prestación¹⁸.

VIII. ASOCIACIÓN DE TEMAS

Una vez tratados los dos temas por separado, tanto el de competencia como el de marcas, llega el momento de asociarlos para concluir que el interés público está por encima del interés privado, prevaleciendo el derecho de la competencia por encima del derecho marcario.

Para tratar el tema es necesario partir de la realidad, de lo que ocurre en el mercado, pues el mercado es lo que viene a ser regulado por el derecho. Se indicó el significado de una red de distribuidores oficial y una red de distribución paralela o no oficial. La red oficial es aquella que tiene un vínculo contractual con el fabricante, y por virtud de ese vínculo el distribuidor está facultado para comercializar la marca. Cuando el fabricante le vende al distribuidor, este a su vez se encarga de revender esos bienes. La red paralela o no oficial está compuesta por aquellas personas que no cuentan con contrato de comercialización, pero le compran el producto a un distribuidor oficial, o directamente al fabricante. Posteriormente inician la reventa del producto, ya que existe un margen interesante para su entrada. Así inicia una distribución paralela a la red oficial.

El fenómeno que se presenta tiene incidencia dentro de la competencia intramarca y en la competencia intermarcas¹⁹. La competencia intramarca es la que se presenta entre distribuidores de una misma marca. La competencia intermarcas es la que se desarrolla entre distribuidores de diferentes marcas.

18 Artículo 1602 del Código Civil.

19 STANTON, ETZEL y WALKER. *Fundamentos de marketing*, cit.

La historia es subjetiva según los intereses de quien la cuenta. De la misma forma, podrá observarse que lo planteado, para los intereses de la empresa, no es lo mejor, pues la empresa pierde control sobre la comercialización de su producto en manos de terceros que entran a competir con su red oficial. Pero dicho aspecto, si es observado bajo la óptica del consumidor, es beneficioso para este último, ya que de la misma marca encuentra diferentes alternativas, es decir diferentes distribuidores (vendedores), y a él no le interesa si son distribuidores oficiales o paralelos, lo que le interesa es adquirir el producto de esa marca.

Nace ahí el conflicto de derechos entre lo que es derecho de empresa y el derecho al interés público. Y gana el interés público²⁰.

El siguiente ejemplo ilustra la situación del derecho de marcas y su agotamiento, así como la necesidad de que aquel ceda frente al derecho de la competencia:

A es un fabricante con un gran poder de mercado que atiende directamente algunas zonas. B es un distribuidor oficial de A que atiende la zona de Medellín. C es un inversionista que observó que el producto fabricado por A era muchísimo más barato en Bogotá y que, descontado el embalaje y el transporte, podía venderlo en Medellín a un menor costo que B y con una buena utilidad. Entonces C decidió comprar y revender. Sin embargo, A decidió prohibirle la venta a C.

Cuáles son las consecuencias de todo el ejemplo:

- Los consumidores de Medellín pagan más que los de Bogotá (el ejemplo también aplica entre países).
- A tiene compartimientos en su mercado intramarca (acuerdos verticales de territorio).
- Con el acuerdo vertical, A pretende crear monopolios sectoriales eliminando las alternativas del consumidor.

20 Artículo 16 del Código Civil colombiano.

– El hecho de que un consumidor pague más por un producto implica de manera directa que otro sector pierde una venta, pues el consumidor, por comprar un producto, tiene que renunciar a comprar otro (se reduce su capacidad adquisitiva de bienes).

Descontada la libertad que tiene A para escoger a quién le vende sus productos, lo que no puede hacer es impedir que C venda los productos marcados con la marca de A, alegando que esa persona no está autorizada para vender los productos marcados con su signo, pues el bien ya es de C. Para ello tendría que encontrarse un daño e imputárselo a C. En esta suerte el daño no existe para A, pues tal como se indicó, A ya recibió la utilidad por la explotación de su marca con la primera venta del producto, agotando su derecho; no puede alegar desmedro patrimonial.

Ahora, otra es la historia si lo que hace A es bloquear a C, asignándole el monopolio sectorial de su distribución a B, pues en ese caso quien causa daño es A y de paso B. La conducta es clara: estaría generándole un margen superior a su distribuidor oficial en desmedro del consumidor, lo cual no sucedería si existiera competencia.

Esta es la razón para que el agotamiento de marca esté en consonancia con la prohibición de 1. Acuerdos verticales (precio, producto y territorio); 2. Abuso de posición de dominio (imposición de doble margen, con ganancia para fabricante y distribuidor), y 3. Competencia desleal (afectación a la competencia).

Con la asociación de temas es fácil clarificar la explicación del agotamiento de marca, y su congruencia con el Derecho de la competencia.

CAPÍTULO DECIMOTERCERO

CLÁUSULA DE NO COMPETENCIA

La cláusula de no competencia es aquella por medio de la cual las partes en un negocio jurídico acuerdan no competir dentro de un mercado relevante.

Para el estudio de la legalidad de esta cláusula y su efecto resulta de la mayor importancia diferenciar la regulación laboral de la regulación de competencia, pues dentro de las dos normativas aparecen artículos que pueden conllevar a diferentes conclusiones de acuerdo al bien jurídico tutelado.

En la primera, es decir en la regulación laboral, es siempre nula la cláusula de no competencia; pero en la segunda, la nulidad depende del daño al interés tutelado (libertad de entrada de las empresas y libertad de escogencia de los consumidores dentro de un mercado relevante), pues la adecuación normativa así lo exige. Veamos:

En el campo laboral fue declarado inexecutable el artículo por medio del cual se permitía imponer al trabajador la imposibilidad de trabajar durante un tiempo después de terminada la relación laboral en empresas competidoras de su ex empleador. En este caso, basado en la preponderancia de los derechos, el derecho al trabajo está por encima del interés de la empresa y en tal sentido fue declarado inexecutable; por ende, la imposición de la cláusula de no competencia después de culminada la relación laboral es nula por ser el Derecho laboral imperativo. Sin embargo, pienso que

resulta válida la cláusula si la empresa la impone pero paga por ella, es decir, si decide cancelarle a su ex trabajador su quietud con todas las prestaciones que ello genera durante el tiempo estipulado, pues, en este caso, el trabajador no renuncia a su derecho a devengar por un empleo, pues se le está pagando por ello.

En ese escenario, lo que se pretendía en un principio con la norma era cuidar a la empresa de fugas de información generadas por extrabajadores, utilizados por la competencia para conocer lo reservado de sus pares. Pero es claro que no se puede suponer que éstas siempre existan. Por ello, si existen, o si se presentan, puede hacerse uso de los supuestos fácticos contenidos en la Ley 256 de 1996, Ley de deslealtad, como, por ejemplo, el uso de información confidencial o la inducción a la ruptura contractual, eso sí, tipificando los hechos al contenido de la norma.

Como se observa, la cláusula laboral por medio de la cual se le impone a un trabajador, una vez terminada la relación laboral, abstenerse de trabajar en empresas de la competencia, es nula, a no ser, en nuestro concepto, que se le cancele sueldo y prestaciones laborales durante su quietud en el campo a que se dedica su ex empleador.

Pasando a un segundo plano, es decir, a la regulación de mercados, donde se controla la relación entre empresas y de éstas con el mercado, se tiene que la cláusula de no competencia está se enmarca dentro de lo que se conoce como “cartelización por repartición de mercados” en sus cuatro configuraciones, la cual puede ocurrir desde el punto de vista activo o pasivo. Es activa cuando dos empresarios que compiten en dos mercados diferentes arreglan dejar de competir en alguno de los dos mercados, apropiándose cada empresario de uno de los dos mercados, cediendo así el otro a su par, dejando de competir entre ellos. Es pasiva cuando, compitiendo dos empresas en un mismo mercado, arreglan entre ellas que una se retira del negocio y no participa más de él, cediéndoselo totalmente a su par.

Sin embargo, no obstante la tipicidad de la prohibición, por ser normas administrativas las que regulan el tema antimonopolio, es necesario evidenciar que para que la cláusula de no competencia sea ilegal bajo la luz del régimen antimonopolio se requiere la afectación al interés tutelado (antijuridicidad); es decir que se requiere el daño al mercado, que es lo que cuida la normatividad de prácticas comerciales restrictivas, lo que significa que la conducta sea de tal magnitud como para ser antijurídico, lo cual dependerá de que la cláusula de no competencia cree una afectación a la libertad de entrada de las empresas al mercado y/o la libertad de escogencia de los consumidores, dentro de un mercado relevante. Entonces, para afirmar la ilegalidad de la cláusula de no competencia, será necesario delimitar el mercado relevante y definir si dentro de él se afecta la libertad de las empresas en su entrada y la libertad de los consumidores en su escogencia.

Por tanto, si el reparto de mercado, es decir, la cláusula de no competencia, no afecta el mercado sino intereses privados, dicha situación escapa de la órbita de mercados y tendrá que ser observada tan sólo bajo la óptica privada. Si por el contrario afecta el mercado, dicho comportamiento podrá ser observado y castigado bajo la óptica administrativa y civil.

Entonces, siendo las normas de prácticas comerciales restrictivas asunto de orden público económico, y no siendo significativa la cláusula de no competencia no podría alegarse su ilegalidad *per se*, pues las partes estarían en libertad de disponer de sus intereses siempre y cuando no afecten el orden público económico. En otras palabras, cuando el arreglo de no competencia no afecte el mercado, la cláusula de no competencia es válida y, por ende, no procede su declaratoria de nulidad, pues ésta depende de si el comportamiento es restrictivo bajo las normas propias del tema (art. 46 del Dcto. 2156 de 1992).

En este orden de ideas, le corresponde al acusador probar que la cláusula de no competencia daña el bien tutelado (el mercado), y alegar su nulidad por ser una tipificación propia de orden público que escapa del poder dispositivo de las partes. Si prueba que daña al privado, pero no daña al mercado, la situación no será restrictiva y la discusión será de carácter privado, excluyéndose toda posibilidad de alegar nulidad bajo el régimen de competencia. Eso sí, otra cosa ocurre si quien impuso la cláusula de no competencia la adelantó en calidad de abuso de posición de dominio contractual; ahí la situación es otra, pues la cláusula es válida en lo administrativo, pero abusiva en lo civil, conllevando a las consecuencias pertinentes.

CAPÍTULO DECIMOCUARTO
PROCESO Y TRÁMITE PARA ADELANTAR UNA
INVESTIGACIÓN ADMINISTRATIVA POR UNA PRÁCTICA
COMERCIAL RESTRICTIVA

Las ritualidades que deben observarse al adelantar una investigación administrativa por prácticas comerciales restrictivas aparecen contenidas en diferentes regulaciones: en los decretos 1302 de 1964 y 2153 de 1992, en la Ley 1340 de 2009 y en el Código Contencioso Administrativo.

Allí aparece descrita la formalidad propia de la investigación administrativa para estos asuntos, así como algunos aspectos particulares, tales como facultades y derechos de los investigados o de los actores de un comportamiento, que pueden ser presentados en virtud del desarrollo del trámite.

I. PROCESO ADMINISTRATIVO

El proceso de prácticas comerciales restrictivas aparece principalmente explicado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Allí se encuentra el esqueleto general, sin perjuicio de otras normas que complementan el ritual.

Dentro del proceso se presentan cuatro o cinco etapas: 1. Etapa preliminar; 2. Etapa de instrucción; 3. Etapa de conciliación; 4. Etapa de acusación y juzgamiento, y 5. Etapa del contencioso. En general se trata de un proceso acusatorio donde, adelantada una investigación por parte del Super-

intendente Delegado para la Promoción de la Competencia, se acusa a los investigados frente al Superintendente de Industria y Comercio para que éste finalmente juzgue. En tal sentido, se trata de un sistema acusatorio, donde un funcionario al encontrar mérito para sancionar acusa frente a otro funcionario para que éste último decida.

Etapa preliminar. La etapa preliminar se adelanta sin la vinculación de personas. En ella se analiza si unos hechos conocidos podrían configurar un asunto restrictivo de la competencia.

El trámite se adelanta frente a la Superintendencia de Industria y Comercio, y puede iniciarse de oficio o a petición de un particular. Para esta parte, por ser una actuación administrativa, se observa lo reglado para el derecho de petición en el Código Contencioso Administrativo; en ese orden, si el inicio de la actuación obedece a una petición de un particular, ésta podrá ser elevada de forma verbal o escrita. En el artículo 15 del Decreto 1302 de 1964 aparece descrito el contenido mínimo que debe tener la denuncia, indicando los actos constitutivos de la violación anunciada, lo cual debe ser también armonizado con el contenido del artículo 5.º del Código Contencioso Administrativo.

Dicha denuncia debe ser dirigida al Superintendente Delegado para Promoción de la Competencia, que es el funcionario encargado del asunto.

En el supuesto de que la información contenida en la denuncia no esté completa, podrá la Delegatura, bajo el amparo de los artículos 12 y 13 del Código Contencioso Administrativo requerir la información faltante, la cual le debe ser radicada en un término no superior a dos meses, pasados los cuales sin el aporte respectivo conlleva al entendimiento de un desistimiento.

A partir del momento en que la información esté completa la Superintendencia cuenta con quince días para informar a los quejosos o denunciantes que ha iniciado la etapa de averiguación preliminar a fin de definir el mérito de la

queja (art. 6.º del CCA), a fin de dar respuesta al derecho de petición.

No existe un tiempo mínimo de duración de la etapa preliminar. Ahora bien, si de los hechos denunciados se evidencia la procedencia de iniciar una investigación, la Delegatura deberá proceder de conformidad, emitiendo una resolución con la descripción de hechos, cargos y orden de vinculación; en caso contrario ordenará el archivo de la queja.

Dentro de esta etapa se cuenta con la facultad de practicar las pruebas que se consideren conducentes y pertinentes (nums. 10, 11 y 12 del art. 2.º del Dcto. 2153 de 1992). Sin embargo, teniendo en cuenta que no se encuentra ninguna persona vinculada al proceso, serían pruebas que no cuentan con derecho de contradicción, el cual, en caso de pasarse a la etapa de investigación, debe ser otorgado al efectivamente vinculado, dejando de ser prueba sumaria y pasando a ser controvertida.

Etapa de investigación. El acto administrativo por medio del cual se abre la investigación por prácticas comerciales restrictivas es un acto de trámite, por tanto no resulta ser susceptible de recursos de la vía gubernativa. Le corresponde emitir esta resolución de apertura al Superintendente Delegado para Promoción de la Competencia.

Para que proceda la apertura de investigación debe la Superintendencia motivar el acto administrativo indicando particularmente las razones por las cuales considera que el comportamiento a investigar resulta ser significativo, es decir, indicar las bases en que sustenta la afectación del bien tutelado (parág. del art. 3.º de la Ley 1340 de 2009). En otras palabras, debe fundamentar la razón por la cual considera que la conducta a investigar es presuntamente antijurídica. Dicha antijuridicidad (comentada en el capítulo respectivo) resulta de la afectación a la libertad de entrada de las empresas al mercado relevante y de la afectación a la libertad de escogencia de los consumidores, intereses

protegidos por esta regulación. Dicha motivación tan sólo debe estar constituida por la descripción de las razones, con característica sumaria, por las cuales presuntamente es antijurídico el comportamiento, las cuales serán sujetas de contradicción al momento en que se vincule al investigado, y decididas finalmente al momento de fallarse la investigación, donde la Superintendencia debe demostrar lo afirmado en la resolución de apertura, estando la carga de la prueba en su cabeza.

En el mismo sentido, la resolución de apertura de investigación debe contener los hechos y las normas presuntamente violadas, es decir, la tipicidad descrita en los artículos que contienen las prohibiciones de carteles, actos y abuso de la posición de dominio.

Dentro de los diez días siguientes a la fecha de la resolución de apertura de la investigación la Superintendencia de Industria y Comercio deberá comunicar dicha decisión a todas las entidades de supervisión y control que tengan a su carga la vigilancia y control de las empresas investigadas. Las entidades públicas a quienes se les comunique la apertura contarán con diez días para emitir su concepto técnico al respecto, donde podrán intervenir inclusive solicitando pruebas. Pero su posibilidad de participación no expira por el hecho de no hacerlo dentro de los diez días señalados, pues la entidad comentada conserva su facultad de participar en la investigación a lo largo de todo el trámite, ya no pidiendo pruebas, pero sí como entidad interesada en su sector.

A través de la notificación de la apertura de investigación se vincula a las empresas investigadas. Esta notificación se adelanta de manera personal de conformidad con el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo. De no lograrse la notificación personal procederá la notificación por edicto por un plazo de tres días (art. 23 de la Ley 1340 de 2009).

Notificados los investigados se iniciará el conteo de dos términos.

El primero es el de publicación de un aviso en prensa informando a terceros a fin que estos definan su participación dentro de la investigación (arts. 17 y 19 de la Ley 1340 de 2009). El aviso en el periódico de alta circulación nacional debe informar al público en general de la apertura de la investigación, estableciendo los hechos y los cargos, indicando que no se trata de una situación juzgada e invitando a terceros a participar en el asunto. El término que tienen los investigados para adelantar la publicación no aparece establecido en la ley; sin embargo, dada la importancia de este aviso, donde terceros interesados conocen de la actuación con la posibilidad de participar, dicho vacío no puede dejarse al arbitrio de los interesados; en tal orden de ideas, debe el ente investigador definir el término prudente para que se aporte al expediente copia o certificación de la publicación. Sin embargo, puede ocurrir que los investigados no cuenten con los recursos suficientes para erogar la publicación, situación en la cual el Estado debe obrar de patrocinador, basado en que el interés público está por encima del interés privado, poniendo en conocimiento del mercado la investigación para que los interesados tengan oportunidad de hacer valer su derecho.

El segundo término comienza a correr a partir de la notificación de la apertura de investigación; se trata de la presentación de descargos y la solicitud de pruebas (inc. 2 del art. 52 del Dcto. 2153 de 1992). El tiempo que dura este traslado tampoco aparece descrito en la ley, teniendo que ser definida su duración por el funcionario competente. En cuanto al factor probatorio, podrán solicitarse todas las pruebas conducentes y pertinentes para el caso, así como decretarse de oficio las que se estimen necesarias.

Una vez publicado el aviso informando a terceros acerca de la investigación, estos contarán con quince días para presentar pruebas y opiniones respecto de la investigación. Estos terceros solo requieren probar que forman parte real o potencial del mercado meta para efectos de legitimación.

Teniendo en cuenta las solicitudes de pruebas presentadas por los sujetos investigados, así como las de los terceros que hubieren decidido participar, se decretarán las pruebas que resulten procedentes. En el supuesto de ser negada una prueba, dicho acto administrativo tendrá recurso de reposición, mas no tendrá el de apelación (art. 20 de la Ley 1340 de 2009 y num. 2 del art. 50 del CCA). Las pruebas que sean decretadas lo serán de plano y no admitirán recurso.

En la práctica de las pruebas decretadas podrán participar todos los vinculados a la investigación, así como los terceros a quienes se les hubiere aceptado su participación.

Culminada la etapa de práctica de pruebas el Superintendente Delegado para Promoción de la Competencia deberá adelantar un análisis de la situación y definir si procede a acusar frente al Superintendente de Industria y Comercio a los investigados o si efectivamente no lo hace. Pienso que bajo este sistema la recomendación del Delegado debe presentarse en cualquiera de las dos posibilidades, tanto en la que recomienda archivar, como en la que recomienda sancionar. En este segundo caso acusa. Dicho análisis se denomina “informe motivado”, que en otras palabras, es el resumen de la instrucción dentro la investigación, asumiendo posición el Superintendente Delegado de Competencia, adelantando recomendaciones de culpabilidad o de archivo, las cuales finalmente van a ser decididas por el Superintendente de Industria y Comercio.

De este informe se le dará traslado a los investigados y a los interesados. Nótese que puede ocurrir que el instructor sugiera la sanción de los investigados por infracción del régimen antimonopolio: en ese caso serán los investigados los que, frente al Superintendente de Industrias y Comercio, aleguen su inocencia; pero, también puede ocurrir que el instructor sugiera el archivo de la investigación: en este caso, serán los terceros interesados en el castigo de la conducta quienes acudan al Superintendente de Industria y Comercio y soliciten de manera fundada la sanción.

Con el traslado del informe motivado acaba la etapa de instrucción.

Etapa de conciliación. De acuerdo con el contenido del artículo 33 de la Ley 640 de de 2001, la Superintendencia de Industria y Comercio está obligada a adelantar una audiencia de conciliación de intereses particulares cuando la investigación hubiere iniciado a solicitud de parte. Dicha audiencia deberá citarse una vez culminado el termino que tienen los investigados para solicitar pruebas.

No es una etapa que se presente siempre, dado que si la investigación inicia de oficio tal etapa no se dará. Por ello se explica en este acápite después de tratar la etapa de instrucción, no obstante presentarse antes en tiempo, dado que su realización depende de haber sido una investigación iniciada a solicitud de parte, pero si un tercero la solicita también es obligatoria su práctica.

La naturaleza y los comentarios respecto de esta audiencia serán explicados más adelante.

Etapa de acusación y juzgamiento. Otorgado un término de traslado para que investigados e interesados expongan sus últimos argumentos, entra el asunto para fallo por parte del Superintendente de Industria y Comercio. Sin embargo, nada impide que este funcionario decida practicar otras pruebas no adelantadas en la etapa de instrucción, para lo cual hará uso de las facultades generales contenidas en los numerales 10, 11, 12 del artículo 2.º del Decreto 2153 de 1992, dando la debida contradicción a los investigados.

En esta parte se adelantará un estudio bajo el marco de responsabilidad. Para ello tendrá que definirse si es un comportamiento antijurídico, típico y culpable. Será antijurídico si afecta el interés tutelado (libertad de entrada de las empresas al mercado y libertad de escogencia de los consumidores). Será típico si contradice el contenido de los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, así como del artículo 4.º de la Ley 155 de 1959. Y será culpable si está

acompañado el comportamiento de la falta de diligencia, previsión o intensión.

La resolución puede ordenar el archivo de la investigación o la declaración de ilicitud del comportamiento, caso en cual impondrá una sanción (arts. 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009), así como la prohibición de continuar adelantando la conducta restrictiva.

Este asunto será fallado y solo procederá el recurso de reposición, agotando la vía gubernativa, despejando así si el del caso el camino a la jurisdicción contenciosa.

Etapas del contencioso administrativo. La decisión que adopte el Superintendente de Industria y Comercio no está sujeta tan solo al recurso de reposición, no siendo procedente el recurso de apelación (num. 2 del art. 50 del CCA).

Una vez agotada la vía gubernativa podrá iniciarse la acción de nulidad simple o la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por quienes se sientan afectados por la decisión.

Esta acción correrá en su primera instancia frente al Tribunal Superior Administrativo de Cundinamarca, y en su segunda instancia frente al Consejo de Estado, quienes son los entes que finalmente definen el asunto, creando la jurisprudencia final.

II. FIGURAS PROCESALES ESPECIALES PROPIAS DEL TRÁMITE

A. Ofrecimiento de garantías

Las llamadas “garantías” representan una forma anormal de terminación de investigación administrativa por prácticas comerciales restrictivas (num. 12 del art. 4.º del Dcto. 2153 de 1992).

Aunque es una figura inusual, como se podrá observar adelante, el funcionario a cargo de su estudio y aceptación es el mismo Superintendente de Industria y Comercio.

El ofrecimiento de garantías consiste en la facultad que tiene un investigado de comprometerse a modificar o eliminar la conducta que se le investiga, obteniendo a cambio el cierre de lo investigado sin ningún juicio de responsabilidad acerca de su comportamiento.

Lo entiendo como una aplicación al principio de oportunidad, donde el Estado renuncia a investigar un comportamiento por haber sido éste ya erradicado y no ser importante ahora el reproche de lo ya no existente.

De acuerdo con lo dicho, los particulares podrán buscar que la investigación iniciada en su contra termine sin juicio de responsabilidad, pero a cambio deben prometer desmontar el comportamiento investigado sin discutir si es ilegal o legal, pues cesa la investigación sin llegar a juicio de responsabilidad.

El ofrecimiento de modificar el comportamiento debe estar acompañado de unos compromisos del investigado que den tranquilidad a la Administración sobre el cumplimiento de lo prometido. Estos compromisos, así como el desmonte de la conducta, deben estar asegurados por un colateral que garantice todo lo ofrecido.

Este sistema de garantías, donde la Administración renuncia a investigar un comportamiento sin juzgar la responsabilidad de los vinculados, ha generado que no exista mucha jurisprudencia en el caso colombiano en asuntos antimopolio, pues las empresas deciden eliminar el riesgo de una multa y presentan garantía, evitando el juzgamiento del comportamiento, ya sea legal o ilegal.

Se trata de una decisión discrecional y no reglada.

En tal sentido, para que proceda la figura se requieren de tres elementos: a. La modificación del comportamiento; b. El acompañamiento de compromisos que den seguridad al objetivo del cumplimiento y c. Un colateral que salvaguarde económicamente lo prometido.

Este ofrecimiento de garantías tiene un momento procesal pertinente dentro del cual procede su presentación en

el término que se otorgue al investigado para la solicitud y aporte de pruebas.

No comparto esta figura, ya que dudo de su constitucionalidad; particularmente considero que es una carta abierta de impunidad a los infractores del régimen antimonopolio que se cartelizan para no competir, pues por el sólo hecho de modificar la conducta investigada obtienen el derecho de exonerarse del juicio de responsabilidad y de la multa establecida por la presunta infracción, quedando impune el comportamiento.

En otras legislaciones se regulan figuras de clemencia y amnistía frente a este tipo de investigaciones, las cuales se diferencian y distan de la extraña figura instaurada a nivel nacional denominada “garantías”, pues en esas legislaciones al que delata una conducta restrictiva de la competencia se le perdona o se le rebaja la multa en lo administrativo, pero está obligado a delatar a las demás empresas participantes en el cartel (los delatados).

En la figura implementada a nivel nacional la infracción, de haber sido cometida, queda impune para todos, sin calificación de responsabilidad administrativa.

Son ejemplos de países que poseen programa de clemencia y amnistía Australia, Canadá, República Checa, Francia, Alemania, Hungría, Corea, Países Bajos, Polonia, Eslovaquia, Suecia, Reino Unido, Estados Unidos (desde 1978) y España (desde 2007), además de la Unión Europea (desde 1996).

En cada una de estas legislaciones se conoce una amnistía o rebaja de multa a quien delate comportamientos de empresas cartelizadas para no competir, sin dejar de juzgar la responsabilidad de los delatados, pero perdonando al delator.

Por ejemplo, en Estados Unidos existe la “Corporate Leniency Policy”, norma del Departamento de Justicia a través de la cual se otorga una amnistía por la actividad

anticompetitiva que se ha reportado, bajo los siguientes parámetros:

Se le otorgará amnistía a una empresa que informa estar realizando conductas ilícitas, antes de que se haya iniciado una investigación, si se cumple con las siguientes condiciones:

1. Que al momento de informar la conducta la División Antimonopolios no haya recibido información sobre actividades ilegales allegada por otra fuente.
2. Que la empresa, al tener conocimiento de su conducta ilegal, haya adoptado pronta y efectivamente las acciones necesarias para terminar esa conducta.
3. Que la empresa informe detalladamente la situación y se comprometa a colaborar con la División Antimonopolios durante toda la investigación frente a los demás infractores.
4. Que confiese el comportamiento.
5. Que la empresa haga restituciones a los terceros que han sufrido daños.
6. Que la empresa no haya coaccionado a otros a participar en la práctica de la actividad ilícita, y que no haya sido el líder de ella.

Si la empresa procede a informar su conducta ilegal después de iniciada la investigación, se le concederá la amnistía si cumple las siguientes condiciones:

1. Que la empresa sea la primera en informar y en aspirar a buscar amnistía por esa actividad ilegal reportada, quedando las demás excluidas de la amnistía.
2. Que la División Antimonopolios no tenga evidencia suficiente para establecer una posición convincente que los involucre.

3. Que la empresa, al tener conocimiento de su conducta ilegal, haya adoptado pronta y efectivamente las acciones necesarias para terminar esa conducta.

4. Que la empresa informe detalladamente la situación y se comprometa a colaborar con la División Antimonopolios durante toda la investigación respecto de los demás infractores.

5. Que confiese el comportamiento.

6. Que la empresa haga restituciones a los terceros que han sufrido daños.

7. Que la División Antimonopolios pueda determinar que al otorgar amnistía no resulta injusto para los demás, teniendo en cuenta la ilegalidad del comportamiento, la confesión hecha y el aviso de la empresa (aquí se tendrá en cuenta qué tan temprano apareció la empresa, si coaccionó a terceros a participar, si fue el líder o no de la actividad).

Como se observa, con la clemencia o amnistía no se genera impunidad del ilícito. Pero con la figura que se demanda sí existe ese riesgo.

Para el caso colombiano la figura conocida bajo el nombre de “ofrecimiento de garantías” permite que con la sola modificación de la conducta por parte de cada investigado se le permita sustraerse del juicio de responsabilidad administrativa, sin juzgar su responsabilidad por los hechos investigados, pudiendo los hechos quedar impunes.

Recapitulando lo dicho, bajo la figura de garantía: i. El Estado renuncia a esclarecer unos hechos a instancia del investigado, y ii. Los administrados se sustraen de un juicio de responsabilidad, pudiendo quedar impune un ilícito en los casos donde el investigado efectivamente lo realizó.

B. Medidas cautelares

Las medidas cautelares en materia de prácticas comerciales restrictivas aparecen contenidas en el numeral 11 del artículo

4.º del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 18 de la Ley 1340 de 2009.

Dentro de estos textos legales se define de manera clara que la única medida cautelar que procede en estos casos es la suspensión del comportamiento investigado, no siendo posible la adopción de otra medida diferente, pues el comportamiento es reglado y no discrecional.

Ahora bien, nada se dice en el ordenamiento acerca del origen de la medida, es decir, si procede de oficio o a solicitud de parte; sobre el particular considero que procede en los dos escenarios: lo es cuando el Estado, en ejercicio de guardián del mercado, adopta la medida, pero esto no excluye que proceda ante la petición de un particular.

El momento procesal tampoco está estipulado, siendo entonces abierto y amplio a lo largo de todo el trámite, eso sí, no antes de la apertura de investigación, pues a partir de ahí es que se vincula a los investigados.

En cuanto a las cauciones requeridas para su procedencia, considero que siempre será el Estado el garante de los daños causados en caso de que el comportamiento no sea finalmente considerado restrictivo, lo cual puede ocurrir, pues no pensarlo sería como crear un prejuicio. Esta situación incidirá en que la medida cautelar sea de escasa presencia, dado que el funcionario que la adopte estará poniendo en riesgo el patrimonio del Estado y el suyo propio. Pero esto no quiere decir que exista el funcionario responsable que frente a un comportamiento evidente dotado de suficientes pruebas sumarias se atreva a tomar la medida, pues para eso aceptó el cargo, para ejercer y hacer cumplir la ley.

El funcionario competente para tomar esta medida es el Superintendente de Industria y Comercio.

En la práctica procesal es difícil la figura, pues la investigación, como se mencionó, está a cargo del Superintendente Delegado para la Competencia, conociendo de ella el Superintendente de Industria y Comercio sólo hasta que se le presenta el informe motivado. Entonces, quedará más

al arbitrio del Superintendente Delegado de Competencia definir si sugiere a su superior la medida, a no ser que sea radicada una solicitud de decreto de medida, pues en ese caso será el Superintendente de Industria y Comercio quien adopte la decisión, al igual que ocurre en caso de ser presentado ofrecimiento de garantías.

Es de la mayor importancia tener en cuenta estos aspectos, y evitar el prejuzgamiento.

C. Delación

La figura de la delación aparece regulada dentro del artículo 14 de la Ley 1340 de 2009.

La figura nace con la intención de crear mecanismos que permitan agrietar la confianza que tienen los infractores de normas de competencia al desarrollar un comportamiento restrictivo de no ser detectados y juzgados por Estado, ya que se incentiva la confesión de un comportamiento conllevando a la atenuación o perdón del mismo a cambio de informar el nombre de las empresas y personas participantes del acto restrictivo.

Esta delación puede adelantarse con la entrega de pruebas o con la simple información del nombre de las personas integrantes del comportamiento.

Se trata básicamente de un perdón a cambio de delatar a los cómplices y coautores de un comportamiento restrictivo, obteniendo el delator una atenuación de la multa o inclusive un perdón.

Tal como quedó establecido dentro de la Ley 1340 de 2009, solo podrá obtenerse el perdón o la atenuación, a través de la delación, en lo atinente a aspectos relativos a la multa administrativa; es decir, la delación, que es una confesión, genera un escenario de probable perdón en el aspecto administrativo, pero, de forma inmediata, genera un peligro en lo civil, pues deja expuesto al delator a que en lo civil su confesión sea utilizada para que le cobren los perjuicios causados a

las empresas excluidas por el comportamiento restrictivo confesado, o que sean los mismos consumidores quienes demanden. En otras palabras, deja expuesta a la empresa delatora a acciones civiles, populares y de grupo donde su defensa será limitada como consecuencia de la confesión.

No está en duda que la delación representa una confesión, dado que es la misma ley la que indica que los beneficios los obtiene la persona que hubiere participado “en una conducta que viole las normas de competencia”. Entonces, quien adelanta una delación parte de la base de que él participó en el comportamiento ilegal, y dicha afirmación lo deja indefenso en lo civil.

Esta es la base de la ley, y con razón no excluye lo que dicho infractor debe pagar en lo civil a título de daño al perjudicado; lo que ocurre es que se le perdona la multa administrativa, que le haría más gravosa su situación, pero deja a salvo en lo civil el perjuicio que debe pagar por daño.

Existen algunas directrices para que a través de decretos reglamentarios se intente volver reservada la delación, desbordándose lo establecido en la ley, siendo nulo lo reglamentado; pero de llevarse a cabo lo dicho, tal reserva se podrá levantar por orden judicial, bastando el oficio de un juez civil para que le sea remitida la información.

Lo que no resulta viable, a todas luces, es que bajo una interpretación errada, la Administración vaya a ocultar la confesión de un culpable que le ha causado daño a particulares en lo civil.

De otra parte, también se advierte que bajo el supuesto de un caso donde a través de la delación no se reduzca la totalidad de la multa, sería mejor para el interesado ofrecer garantías, puesto que termina la investigación en su contra tan sólo con la promesa de modificar su conducta y el compromiso de no volver a realizar el comportamiento, no exponiéndose a una multa.

El Decreto 2896 de 2009 contiene la regulación para hacer aplicable la figura de la delación.

D. Doctrina probable

Trae la Ley 1340 de 2009 algo interesante acerca de la creación de doctrina probable.

Es precisamente el artículo 24 de dicha ley el que indica que tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto constituyen doctrina probable.

Dicha situación requiere que se presente un escenario especial, ya que de estarse en presencia de una decisión de la Superintendencia ésta será susceptible de ser demandada frente al contencioso-administrativo, y en tal supuesto la decisión estaría en discusión, no pudiendo ser procedente la calificación de doctrina probable ya que puede ser revocada por nulidad. Ahora bien, si la decisión de la Superintendencia ha sido debatida tres veces en el contencioso y ha sido validada por dicha justicia será entonces doctrina probable, pero, siendo justos, no tanto doctrina de la Superintendencia cuanto doctrina del Consejo de Estado, que es el Tribunal de Competencia para Colombia.

E. Caducidad

La caducidad que rige en materia de prácticas comerciales restrictivas aparece descrita en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009.

Dicha caducidad resulta ser especial, pues no sigue las directrices del Código Contencioso Administrativo, donde dicha situación se presenta tres años después de la ocurrencia del hecho. Para el caso que nos ocupa la caducidad tiene una duración de cinco años a partir de la ocurrencia de los hechos, lo cual, insisto, es especial respecto de la general que existe en el orden administrativo.

Dicha ampliación de caducidad si bien permite a la Administración tener mayor tiempo para detectar infracciones al mercado, también la coloca ante una situación peligrosa que debe manejarse de la mejor manera ya que, bajo un

análisis económico del Derecho, supone que los denunciantes se verán desestimados a solicitar investigaciones que serán resueltas en cinco años, sin descontar el tiempo que deberán soportar en el contencioso para una obtener una decisión final.

F. Conciliación de daños de intereses particulares

Tal como se expresó al definir las fases de un proceso administrativo por prácticas comerciales restrictivas, donde se indicó la obligatoriedad de citar a audiencia de conciliación para tratar de conciliar intereses privados (perjuicios) derivados de un comportamiento restrictivo, resulta a la vez importante insistir en que dicha conciliación será solo procedente y obligatoria en los casos donde la investigación se hubiere iniciado a solicitud de parte; no siendo obligatoria para los casos donde la investigación hubiere iniciado de oficio por parte de la Superintendencia.

En tal medida, se trata de una etapa obligatoria, la cual debe ser citada por virtud del artículo 33 de la Ley 640 de 2001.

Es extraña esta conciliación, pues a través de un proceso administrativo se intentarán conciliar intereses privados, situación propia en los asuntos civiles. Es algo así como convertir al funcionario público en conciliador de asuntos civiles.

Para nada está la Superintendencia de Industria y Comercio obligada a culminar la investigación administrativa por conciliación, pues una cosa es la conciliación de intereses privados y otra la suerte administrativa de la investigación, la cual no está involucrada dentro del texto legal que incluye la conciliación, donde es claro que ésta tan solo abarca intereses privados, quedando entonces la Superintendencia libre en la continuación de su gestión. En este caso se recomienda acompañar la conciliación con el ofrecimiento de garantías.

CAPÍTULO DECIMOQUINTO
COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DE
ARBITRAMIENTO PARA CONOCER DE UNA
PRÁCTICA COMERCIAL RESTRICTIVA

El régimen de competencia es un régimen de ordenación. Se pretende que el mercado esté ordenado, y que quien sea elegido lo sea dentro de un ambiente de transparencia, sin trampas que hagan perder la credibilidad en el mercado. Para ello el Estado dota a quienes a su mercado concurren con un conjunto normativo que reprime los comportamientos que dañan el ambiente sano de competencia, protegiendo tanto a la empresa como al mercado.

Teniendo en cuenta lo anterior, un Tribunal de Arbitramento es competente para decidir la responsabilidad privada por una práctica comercial restrictiva que cause daño a la empresa o al mercado, de acuerdo con las siguientes conclusiones:

- De conformidad con las normas civiles, el hecho que ha inferido daño a otra persona es fuente de obligaciones;
- El daño sufrido en la propiedad privada es de carácter transigible;
- Tanto el régimen de prácticas comerciales restrictivas como el régimen de competencia desleal salvaguardan diferentes bienes jurídicos tutelados: el primero cuida el mercado, el segundo la concurrencia;
- Una práctica comercial restrictiva puede ser la causa de un daño a la propiedad privada;

– Un comportamiento puede llegar a no afectar los intereses del mercado, sin embargo, sí puede ser la causa eficiente del daño a la propiedad privada.

– Una práctica comercial restrictiva puede generar responsabilidad contractual o responsabilidad extra contractual;

– Los comportamientos desleales pueden causar daño a una empresa;

– El daño proveniente de un comportamiento desleal puede ser contractual o extracontractual.

Las anteriores conclusiones deben ser vistas bajo las siguientes consideraciones.

El daño es fuente de obligaciones. Según el artículo 1494 del Código Civil,

... las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya ha consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

Como bien se observa, la ley considera que el daño causado a otro es fuente de obligaciones.

Facultad de un Tribunal de Arbitramento para fallar asuntos transigibles. De conformidad con el artículo 1.º del Decreto 2279 de 1989, “Podrán someterse a arbitramento las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir, o vinculadas con uno o varios fideicomisos mercantiles”. De acuerdo con el texto legal, todo aquello que sea sujeto a transacción puede ser conocido y fallado por un Tribunal de Arbitramento.

Bienes tutelados en materia de prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal. Cada régimen jurídico que impera en nuestro Derecho salvaguarda un bien tutelado. Es importante definir el alcance de los dos regímenes, así como el bien jurídico tutelado por cada uno.

El régimen de prácticas comerciales restrictivas aparece contenido dentro de las leyes 155 de 1959 y 1340 de 2009, así como en el Decreto 2153 de 1992. Allí se castigan los comportamientos por medio de los cuales los diferentes agentes económicos “falsean la competencia”. Lo que se castiga es que las empresas obtengan utilidades como consecuencia de la falta de competencia. Es decir, se reprimen las conductas a través de las cuales se adelantan colusiones o exclusiones por falta de competencia. Con esto se intenta cuidar i. La capacidad adquisitiva de bienes de los consumidores, y ii. La exclusión indebida de competidores. Veamos: i. En teoría económica el precio es resultado de la oferta y la demanda. En esa medida, en un mercado competitivo los precios serán el resultado del enfrentamiento por la clientela (la competencia). En el supuesto que el ofrecimiento a cargo de las empresas esté arreglado o con imperfecciones, el precio sube, y por ende, se disminuye la capacidad adquisitiva de bienes de los consumidores; ii. Otra forma de falsear la competencia es con comportamientos que excluyen a otros competidores, disminuyendo, así las opciones de escogencia que tenía el consumidor, lo cual produce un efecto inmediato en las variables económicas. Estos comportamientos pueden ser resumidos en la premisa de “quien causa daño con culpa es responsable”. Responsable por dañar el mercado. Es decir, lo que se protege como interés tutelado es el mercado, del cual es soberano el Estado, quien determina las reglas de participación como ente interventor en la economía, y que, en el supuesto de encontrar una infracción, procede a sancionar por la ocurrencia del comportamiento. No obstante lo anterior, quedan a salvo las acciones privadas de aquellos que sufrieron daño en su patrimonio privado como consecuencia de la restricción (comportamiento). Al gobierno le compete el fallo administrativo cuidando el mercado (la sanción pecuniaria), en tanto que a la jurisdicción civil le corresponde declarar el daño privado por los perjuicios sufridos por un comportamiento.

En lo atinente a competencia desleal, el tema aparece regulado en la Ley 256 de 1996. Allí se castigan los comportamientos que dañan la concurrencia. La concurrencia es la tranquila participación en el mercado y el sano enfrentamiento entre las empresas. En nuestro concepto es una ley mal denominada, pues no se requiere que los dos extremos del proceso jurídico sean competidores (art. 3.º de la Ley 256 de 1996): debería ser denominada “de deslealtad a la empresa”, pues puede ser desleal quien no es competidor. Se castiga el daño a la empresa en su competitividad de mercado: ése es el bien tutelado, la organización empresarial y su competitividad dentro del mercado. Diferente del anterior, es decir, del bien tutelado de la práctica comercial restrictiva, aquí, en la deslealtad, no se cuida la capacidad adquisitiva de los consumidores, pues lo que se protege a través del reproche a la deslealtad es la concurrencia de la empresa al mercado, la cual puede ser defraudada por comportamientos opuestos a la buena fe, a la transparencia de los participantes en un mercado, como, por ejemplo, cuando un consumidor desacredita una empresa sin justa causa. En este caso se daña la concurrencia de la empresa, pero el cliente no es competidor. Las acciones de competencia desleal pueden ser preventivas o de perjuicio: i. Preventiva, cuando se causa daño a la concurrencia, pero aún no se ha causado daño a la empresa (como cuando una empresa se presenta con un producto engañoso); la empresa ya dañó la concurrencia, pero no ha causado daño a otro. Se pretende la erradicación del comportamiento antes de que cause daño a un privado; ii. De perjuicio, cuando se daña la concurrencia y además se daña a una empresa. En ambos casos se pretende la indemnización del perjuicio como consecuencia del comportamiento anticoncurrencial (desleal).

Competencia del Tribunal de Arbitramento para decidir daño generador por un comportamiento restrictivo. Bajo este acápite se desarrolla la competencia del Tribunal de Arbitramento para asuntos de prácticas comerciales restrictivas. La pre-

tensión será, o tendrá como causa, el daño en lo privado. Como se indicó, bajo este régimen se reprimen los comportamientos restrictivos protegiendo a competidores y consumidores. A los competidores, para no ser excluidos, a los consumidores, para que el resultado de lo ofrecido en el mercado no sea producto de la falta de competencia mediante comportamientos arreglados o abusivos, los cuales, a su vez, son exclusorios o colusorios; es decir, se cuida el mercado. Producto de estos comportamientos proceden dos acciones. Por una parte, i. La investigación administrativa a cargo del Estado, y de otra, ii. La acción civil de daño en lo privado sufrido como consecuencia de un comportamiento. Esta última, independiente del daño al mercado, pues bien puede suceder que un comportamiento no dañe el mercado, pero sí restrinja la competencia de un particular; ahí, entonces, el comportamiento es la causa del daño, y perjudica la competencia de un privado, por ello tiene derecho a perjuicios. Así, se diferencia el daño al mercado, calificado por el Gobierno, con el daño a la propiedad privada, cuyo conocimiento es competencia del Juez, y no de la Administración. La restricción al mercado la califica el Gobierno, pero el perjuicio al particular, por ser fuente de Derecho civil, lo califica la jurisdicción: daño no al mercado sino a la propiedad privada. Así las cosas, por existir daño y ser éste transigible, puede estudiarse por parte del Tribunal de Arbitramento el asunto, independientemente de que no sea violatorio de normas de prácticas comerciales restrictivas o que sí lo sea: se estudia si un comportamiento es la causa del daño. Así, los comportamientos restrictivos pueden afectar el mercado y/o a un particular, siendo en los dos casos el comportamiento la causa eficiente del daño.

Relación contractual y extracontractual. El daño puede tener naturaleza contractual o extracontractual. En el mismo sentido, si la práctica restrictiva se presenta en desarrollo de un contrato, y el negocio jurídico celebrado cuenta con cláusula arbitral, podrá el Tribunal de Arbitramento debatir

el asunto, pues las partes lo habilitaron para ello (previsible para las partes en el contrato). Es importante indicar que las normas de competencia son de orden público, por tanto, la inclusión de un comportamiento restrictivo dentro de un contrato genera nulidad (cfr. art. 49 del Dcto. 2153 de 1992); ésta es otra razón para argumentar la competencia del Tribunal, pues es posible alegar la nulidad sobre la inclusión de la cláusula restrictiva dentro de un contrato, pero, en este caso, faltaría definir dos asuntos: si es abuso de la posición de dominio contractual o si procede el principio de que “nadie puede alegar su propia culpa”.

Si la restricción es de origen extra contractual, y no existe cláusula arbitral, se requerirá un arreglo posterior que habilite al Tribunal para su conocimiento.

Competencia del Tribunal para fallar casos de competencia desleal. Los asuntos de competencia desleal son transigibles. Desde el punto de vista jurisdiccional los asuntos de competencia desleal son de conocimiento de los jueces (Ley 256 de 1996), y de la Superintendencia de Industria y Comercio (Ley 446 de 1998). Sobre estos procesos, por ser abreviados, cabe la conciliación. En tal medida, por ley, es un asunto transigible, razón por la cual no entra en discusión la competencia del Tribunal de Arbitramento para conocer el asunto. Es de notar que para algunos sectores económicos especiales los asuntos de competencia desleal también son administrativos, como, por ejemplo, en materia financiera los servicios públicos, la televisión, etc., lo cual no excluye lo jurisdiccional donde se debate el daño en lo privado.

Daño contractual y extra contractual. Al igual que se mencionó para el tema de las prácticas comerciales restrictivas, el daño ocasionado por competencia desleal puede ser contractual o extracontractual.

De acuerdo con lo anterior, la competencia para que el tribunal de Arbitramento conozca del asunto depende de la existencia de la cláusula arbitral y del origen del daño, sea este contractual o no.

CAPÍTULO DECIMOSEXTO
RÉGIMEN DE COMPETENCIA EN MATERIA
DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN
Y LAS COMUNICACIONES –TIC–

Observando las últimas regulaciones que han sido expedidas en materia de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, resulta de la mayor importancia crear doctrina que permita iniciar la discusión acerca del alcance de las mismas en materia de competencias aplicables en el desarrollo de las comunicaciones.

Trataré en forma corta y sencilla de exponer una opinión respecto del asunto.

I. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE
COMPETENCIA EN MATERIA DE TIC

El régimen de competencia resulta ser transversal, es decir, se presenta en todos los sectores económicos.

Para poder hablar del régimen de competencia en materia de telecomunicaciones es necesario tener en cuenta los siguientes puntos.

II. ENTIDADES COMPETENTES PARA JUZGAR

De acuerdo con la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio es la entidad competente para

juzgar administrativamente los asuntos de prácticas comerciales restrictivas y de competencia desleal. En materia civil pueden ser competentes para conocer del asunto los jueces ordinarios, los tribunales de arbitramento. Si se trata de acciones populares o de grupo, serán los jueces civiles y administrativos, dependiendo de los actores del litigio.

En materia de competencia desleal serán los jueces quienes, en un principio, resuelvan los asuntos puestos a su consideración. Es de recordar que en estos asuntos jurisdiccionales la Superintendencia de Industria y Comercio actúa como juez, pero no es un asunto exclusivo de su conocimiento, es decir, es un juez civil más.

En cualquiera de los dos casos, de prácticas o de deslealtad, la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio no es definitiva, pues queda a los particulares demandar el acto administrativo frente al contencioso administrativo (Tribunal Administrativo y Consejo de Estado) o a la jurisdicción civil (Tribunal Civil), donde verdaderamente se define el asunto.

Así las cosas, los asuntos de competencia no se resuelven definitivamente en la Superintendencia de Industria y Comercio, sino en los Tribunales Superiores.

III. NORMAS DE COMPETENCIA APLICABLES

El régimen de competencia aplicable en materia de TIC es el contenido en la Ley 155 de 1959, los Decretos 1302 de 1964 y 2153 de 1992, y en las leyes 1340 y 1341 de 2009.

Este es el régimen general; sin embargo, existen algunas disposiciones, no muchas, en materia de telecomunicaciones que vuelven restrictivos comportamientos que no lo son bajo el régimen general de competencia, como, por ejemplo, la prohibición de subsidios cruzados y la venta por debajo de costo, la cual, bajo el régimen general de competencia, es ilegal solamente cuando se adelanta con posición de

dominio, en tanto que para las telecomunicaciones es una prohibición general para todos .

Las demás normas especiales de telecomunicaciones son repetitivas del régimen general, siendo, inclusive, más generoso el régimen general de competencia en su redacción y claridad.

IV. ENTIDADES COMPETENTES PARA REGULAR

Son tres las entidades competentes para regular la ley en materia de competencia.

Por una parte, la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad a cargo de la regulación en materia de competencia para todos los sectores. Su regulación aplica de inmediato a sectores especiales, a no ser que excluya expresamente la regulación a un sector específico: por ejemplo, en materia de integraciones económicas, la Superintendencia es el ente competente de regulación.

Asímismo, se encuentra el Ministerio encargado del tema, particularmente en cuanto a la asignación del espectro electromagnético, pues debe observar la no discriminación.

De otro lado se encuentra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones –CRC–, quien podrá regular en materia de competencia en comunicaciones, particularmente en tres temas:

- Para promover la competencia.
- Para evitar el abuso de la posición de dominio.
- Para regular los mercados de redes y servicios.

En los dos primeros casos la facultad consiste en emitir regulaciones de manera particular o general que puedan generar supuestos restrictivos (prohibiciones) aumentando los ya existentes en el Decreto 2153 de 1992. En estos dos casos podrá generar regulación de carácter particular o general,

es decir, direccionada para un agente con nombre propio pero no para toda la industria, o para toda la industria.

Para el caso de regulaciones particulares, y diferenciales, la CRC debe partir de la existencia de una falla en el mercado, pues así se lo exige la ley. Ahí, pienso yo, se va a presentar un problema complicado, pues será necesario definir si la falla en el mercado significa: i. Un comportamiento restrictivo de un agente económico que conlleva a la regulación; y/o ii. Una situación de mercado anómala creada por externalidades diferentes al comportamiento de los operadores.

Si se trata del primer caso, es decir, si la falla a que hace referencia la ley tiene como fuente el comportamiento de un operador, pienso que es una falla que debe estar juzgada en la Superintendencia de Industria y Comercio, y si es del caso en los Tribunales; entonces, habría que esperar dicha decisión para emprender la regulación, pues nadie es culpable, ni un hecho ilícito, sin una sentencia que así lo establezca.

Si se trata del segundo caso, es decir, de encontrarse una falla en el mercado, no generada por el comportamiento de un operador sino proveniente del desarrollo propio del mercado, considero que, antes de establecerse una nueva regulación, debe definirse previamente la causa de la externalidad, pues sería antijurídico perjudicar a los operadores con una nueva regulación que tiene como causa el comportamiento de un tercero diferente a ellos, ya que no existiría nexo causal para la regulación. Ahora bien, puede resultar que ese tercero sea el Estado, quien con la propia regulación hubiera creado la falla y, al existir una falla de mercado generada por su propia regulación, siendo él el causante, tendría que pagar los perjuicios generados por su equivocación, siempre y cuando hubiese sido previsible la falla. La única posibilidad para que el Estado nuevamente regule y elimine la falla sin ser él el responsable de los perjuicios causados por su anterior regulación, sería si la falla hubiera sido imprevisible; pero, insistimos, si hubiera sido previsible tendría que pagar los

correspondientes perjuicios, inclusive, sus comisionados responsables, si actuaron con dolo o culpa grave. En este caso se recomienda a los operadores dejar constancias de las previsiones que hacen de la falla a futuro generada por una inadecuada y próxima regulación.

En cuanto al derecho de interconexión, tiene igual facultad la CRC; pero en este punto en especial no se requiere sustentar una falla en el mercado, ya que regula la interconexión sin sustentar la falla. Vale la pena señalar que bajo la Ley 1340 de 2009 se creó un sistema mediante el cual las entidades que tengan facultades de regulación en materia de competencia deben previamente solicitar un concepto no vinculante a la Superintendencia de Industria y Comercio, a efecto de que ésta opine. Tal sería el requisito previo que debería surtir, en este caso, y en los demás.

En cuanto a la facultad de regular mercados relevantes, prefiero tratar el tema más adelante, en un punto aparte.

V. COMPORTAMIENTOS RESTRICTIVOS DEL ESTADO

En este capítulo se han expresado opiniones acerca de los comportamientos restrictivos de los operadores, pero no significa lo escrito que ellos sean los únicos que pueden adelantar un comportamiento restrictivo, pues el Estado, con su intervención, puede también adelantarlos, siendo discutidos en determinados foros y bajo otras acciones.

Me refiero a las acciones de nulidad sobre regulaciones donde exista un indebido favorecimiento a un operador, alegando una práctica comercial restrictiva por ayuda estatal y/o subsidio injustificado, que crea nulidad. Al respecto existe múltiple doctrina y jurisprudencia en el exterior.

De dicha acción será concedora competente la jurisdicción contenciosa-administrativa.

VI. MERCADOS RELEVANTES EN TELECOMUNICACIONES

En la óptica del régimen de competencia resulta imposible aplicar el tema, si previamente no han sido segmentados los mercados relevantes que se conforman para su aplicación.

Se denomina “mercado relevante” al segmento económico donde presuntamente una empresa está impidiendo el libre desarrollo de la oferta o la demanda, es decir, donde se está presentando la falla de mercado causando daño.

Para definir qué es un mercado relevante, es necesario primero partir del alcance de la expresión mercado, para así entender la segmentación que se pretende del mismo. Se mencionó que mercado es el lugar geográfico donde se encuentran la oferta y la demanda de un producto determinado que se pretende intercambiar a cambio de un precio. Del lado de la demanda se encuentra el consumidor, y del lado de la oferta el empresario.

Son muchas las variables que se encuentran dentro de la definición de mercado: lugar, oferta, demanda, producto y precio. Todos estos ingredientes logran definir un mercado y diferenciarlo de otro. Por ello, un mercado de acuerdo con el lugar donde se desarrolle es diferente de otro ubicado en distinto lugar, en cuanto a precio, participantes (consumidores y empresas) y demás.

Teniendo en cuenta la definición de mercado y sus elementos, es necesario delimitar previamente el segmento que se va a proteger (mercado relevante).

No es posible determinar si un comportamiento afecta a la competencia sin antes definir el servicio que prestan esos operadores, los competidores que enfrentan, los consumidores que requieren el servicio, los insumos necesarios, los canales de distribución utilizados, así como el territorio, ya que el daño por el comportamiento anticompetitivo se sufre directamente dentro de un segmento específico de la economía que se denomina mercado relevante (vertical y horizontal).

El mercado relevante es la segmentación de la economía en pequeños mercados autónomos e independientes, donde se exige siempre la realización y observancia de las finalidades de la competencia. Por tanto, el mercado relevante es el escenario económico donde se falsea la competencia.

Para establecer el mercado relevante se debe determinar primero el territorio donde participa y los bienes o servicios que ofrecen los operadores. Es decir, el mercado relevante está conformado por el mercado-servicio y el mercado-territorio; la sumatoria de los dos permite segmentar un mercado con miras a observar y estudiar el desarrollo de la competencia.

Por el lado del mercado-territorio se observa la segmentación de acuerdo con la zona de influencia del operador, que es la zona donde presta el servicio, y la extensión hasta donde el consumidor puede trasladarse y obtener ese servicio. No es lo mismo un operador de telefonía fija ubicado en Bogotá a un operador de telefonía fija ubicado en Medellín, ya que el mercado de las dos ciudades es absolutamente diferente, no obstante que manejan el mismo servicio (telefonía fija).

Para la existencia del mercado-territorio debe tenerse en cuenta específicamente la zona donde las empresas participan y compiten de manera efectiva. Las demás no hacen parte de ese mercado-territorio.

Para entender mejor el concepto de mercado-territorio también se utilizan definiciones económicas, como lo es la elasticidad de la oferta, figura que analiza la posibilidad y facilidad que tienen algunas empresas de entrar rápidamente a otro lugar de competencia diferente de donde están establecidas; esto se presenta, por ejemplo, con empresas de un lugar donde la tarifa es alta y la empresa competidora puede llegar fácilmente, pues todavía reporta un margen de utilidad interesante respecto de las que se encuentran en otro lugar definido (competencia entre redes en una misma ciudad o nacional).

Entonces, no solamente hacen parte del mercado-territorio las zonas específicas donde participan los operadores, sino todos los territorios donde es fácil entrar a competir. En desarrollo de lo anterior, no sólo hacen parte del mercado-territorio aquellos operadores que compiten de manera efectiva en un lugar, sino todas aquellas empresas a las que, ante un posible aumento de tarifas, les resulte fácil participar en ese territorio específico donde antes no participaban.

En lo que se refiere al mercado-producto se puede señalar que este concepto agrupa los servicios que satisfacen la necesidad requerida por el consumidor o por otro operador, es decir, los servicios que se venden y que compiten entre sí (p. ej., servicio móvil y servicio fijo).

En este sentido, cada necesidad que el consumidor pretenda satisfacer representa en sí misma un mercado-producto; del mismo modo, el mercado producto es una actividad empresarial diferenciada de otras (p. ej., mercado de servicio móvil nacional y mercado de la Red de Bogotá).

Para segmentar el mercado-producto primero se debe observar el servicio principal, que es aquel que satisface la necesidad del consumidor. Este servicio compite con todos aquellos de la misma clase: es decir, el operador lucha por el mercado frente a todos los operadores que satisfacen la necesidad. Por tanto, hasta acá se tiene que el mercado-producto estará conformado por el servicio prestado por el operador.

Pero el mercado-producto no solamente está conformado por el servicio principal, sino que también hacen parte de él aquellos servicios que se acercan a satisfacer la necesidad que proporciona al consumidor el producto principal (elasticidad de la demanda). Es decir, hay productos que se denominan sustitutos porque pueden resultar admisibles para el consumidor ante una escasez del servicio principal (p. ej., móvil y fijo).

Para que se presente la sustitución se requiere que el bien sustituto tenga cercanía en cuanto a precio y a la satisfacción que le brindará al consumidor.

Son productos sustitutos perfectos los servicios-bienes que pueden remplazar fácilmente al servicio principal, los cuales compiten entre sí, ya que también pueden ser escogidos por los consumidores. Entonces, el mercado producto estará conformado por los bienes principales y por los sustitutos perfectos.

Los sustitutos pueden ser a su vez de dos clases: perfectos e imperfectos. Los sustitutos perfectos, como se indicó, son aquellos que ante un alza de precios de los bienes principales son fácilmente escogidos en su reemplazo porque la satisfacción de su necesidad es muy cercana a la que otorgan aquellos. Los sustitutos imperfectos son aquellos bienes que, no obstante acercarse a satisfacer una necesidad, no son escogidos por los consumidores en razón de su precio o de otros factores, y por dicha situación no hacen parte del mercado relevante, pues no compiten con el producto principal.

Económicamente puede determinarse la sustitución de los bienes mediante ejercicios de elasticidad de la demanda, según la cual a través de proyecciones se aumenta hipotéticamente el precio del servicio principal a fin de observar cuál sería el comportamiento racional de los consumidores definiendo los servicios que serían escogidos en reemplazo de los principales. Posteriormente, se adelantará el mismo ejercicio, pero esta vez aumentando el precio del servicio principal y del sustituto perfecto, observando hacia dónde se dirige el pensamiento racional de compra de un cliente habitual. Puede repetirse el ejercicio hasta encontrar que un consumidor renuncia a satisfacer la necesidad por considerar no ajustado el precio esta el producto o servicio.

En mi criterio, existen, por ejemplo, entre otros, los siguientes mercados relevantes:

- Servicio de telefonía fijo por ciudad.
- Red de telefonía fija por ciudad.
- Red nacional.
- Red urbana y rural.
- Servicio de telefonía móvil.
- Red de cada operador de telefonía móvil.
- Red de cada operador de telefonía fija
- Mercado de locutorios.
- Mercado de tarjetas de minutos.
- Cables submarinos de interconexión.
- Larga distancia internacional.
- Larga distancia nacional.

No significa que cada operador o empresa, por hacer parte de un mercado se aleje del otro, pues pueden hacer parte a la vez o estar presentes en más de uno; pero es un trabajo que tiene que hacer cada uno al enfrentar un caso.

En televisión sería importante hacer la misma tarea.

SEGUNDA PARTE
COMPETENCIA DESLEAL.
AFECTACIÓN O APROVECHAMIENTO
INDEBIDO DE LA COMPETITIVIDAD

CAPÍTULO PRIMERO
ESTRUCTURA DE RESPONSABILIDAD
ADMINISTRATIVA Y CIVIL

I. BIEN TUTELADO

En materia de competencia desleal se salvaguarda la concurrencia de las empresas al mercado, es decir, el daño a la competitividad o el aprovechamiento indebido de esta.

Las empresas invierten dinero en una economía y esperan que el Estado les brinde seguridad de que entrarán a competir bajo normas que aseguren que su participación cuenta con herramientas que permitan defenderse de terceros que creen condiciones desiguales que afecten dicha inversión.

El régimen de competencia desleal es un régimen de ordenación. Se pretende que el mercado esté ordenado, y que quien sea elegido lo sea dentro de un ambiente de transparencia, sin trampas que hagan perder la credibilidad en el mercado. Para ello el Estado dota a quienes a su mercado concurren con un conjunto normativo que reprime los comportamientos que dañan el ambiente sano de competencia.

Ese ambiente sano de mercado se afecta cuando: 1. Un comerciante concurre de manera inapropiada al mercado creando para sí un enriquecimiento sin justa causa derivado del uso del derecho ajeno, independientemente de si le causa daño a otros, y 2. Se afecta la concurrencia de un comerciante al mercado causándole daño. Veamos:

El primer caso se presenta cuando un comerciante utiliza el derecho de otro para adquirir mayor competitividad sin causarle daño al usurpado; por ejemplo, cuando una empresa ofrece al mercado un producto bajo la marca de otro, dentro de un territorio donde no participa el titular de la marca, sin dañar la credibilidad de la misma, pues conserva la calidad y estándares de la original. En este sentido, concurrió de manera inadecuada al mercado, pues se aprovecha del derecho de terceros, pero no les causa daño, pues la marca no sufre consecuencias negativas dentro del mercado; pero, recalco, se apropia del derecho de un tercero. En este caso existe un enriquecimiento sin justa causa de la competencia, en otras palabras, un aprovechamiento indebido de la competencia.

En el segundo caso cuando el comportamiento afecta la competitividad de una persona que participa en el mercado causando daño, como por ejemplo cuando una empresa ofrece al mercado un producto bajo la marca de otro, dentro del mismo territorio del titular de la marca, dañando la credibilidad de la misma, pues no conserva la calidad y los estándares de la original. En este sentido concurrió de manera inadecuada al mercado, pues aparte de aprovechar el derecho de terceros, les causa daño, pues la marca sufre consecuencias negativas dentro del mercado, ya que la desacredita frente al consumidor. En este caso existe una afectación, unos perjuicios que debe resarcir.

Los dos ejemplos permiten ver que el bien tutelado en materia de deslealtad es la concurrencia al mercado, que puede resultar vulnerada por el aprovechamiento o afectación de la competitividad.

Es necesario destacar que el régimen de deslealtad no tiene como bien jurídico a la empresa, sino que su bien tutelado es la concurrencia, más específicamente la competitividad. Así, para que exista deslealtad no se requiere la presencia de daño a la propiedad privada, pues la deslealtad puede

estar representada en un enriquecimiento sin justa causa o en un daño a la competitividad.

Para el Estado resulta de la mayor importancia legitimar a ciertas personas para que inicien acciones en contra de aprovechamientos o afectaciones a la competencia por parte de otros, ya que dichas conductas amenazan su derecho a concurrir o en otros casos lo dañan. Entonces, bajo las normas de deslealtad el Estado brinda seguridad al mercado, convirtiendo en responsable a todo aquel que lo dañe.

De manera personal considero que el régimen de competencia desleal es una normatividad mal denominada, pues con la lectura del título podría pensarse que se trata de una norma que salvaguarda el comportamiento entre competidores, pero el contenido del comportamiento de un competidor no es el bien tutelado, puede hacer parte de él, pero no lo es todo, ya que el verdadero bien tutelado es la competitividad y esta, no sólo puede ser dañada por el comportamiento de competidores sino también por terceros con los que no se compite, como el caso de un consumidor que desacredita una marca y daña la competitividad de una empresa. Por ello, lo que se cuida no es el comportamiento de las empresas, que podría entre otras ser la causa del daño o del enriquecimiento: lo que se cuida es la competitividad de las empresas.

La deslealtad no es una expresión que esté definida por las normas. La regulación se limita a establecer unos supuestos fácticos que según su criterio son actuaciones desleales frente a un comerciante. En este sentido, la tarea que nos ocupa es establecer la definición natural de la expresión.

Para establecer una definición, se tomarán características y elementos contenidos en la Ley 256 de 1996 que permiten acercarse a un significado. De esta manera, se considera que

competencia desleal agrupa aquellos comportamientos¹ malintencionados² adelantados por personas comerciantes o partícipes de un mercado³, cuyas consecuencias son el debilitamiento de una empresa⁴ o el fortalecimiento de otro⁵, que no necesariamente debe ser el sujeto infractor⁶.

De esta manera, son muchos los elementos contenidos en la definición que se propone. Desagregando cada uno de ellos se tiene:

Comportamientos malintencionados. Conductas o actos adelantados por personas naturales o jurídicas cuyo contenido es causar perjuicio a la competitividad de una empresa dedicada a la prestación de bienes y servicios o el aprovechamiento indebido del derecho competitivo de otro. De tal suerte será un comportamiento malintencionado aquel que no observe el principio de buena fe comercial y, por ende, requiera una corrección en la conducta.

Normatividad imperativa que debe ser observada tanto por competidores como por cualquier partícipe del mercado. Un cambio

- 1 Según el artículo 1.º de la Ley 256 de 1996, “La presente ley tiene por objeto garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de *actos y conductas* de competencia desleal”.
- 2 De conformidad con el artículo 7.º de la Ley 256 de 1996, los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones *el principio de buena fe comercial*.
- 3 En el artículo 3.º de la Ley 256 de 1996 se señala que “el régimen de competencia desleal se aplica a todos los comerciantes como a cualquier participante en el mercado. La aplicación de esta ley no se supedita a la existencia de una relación de competencia”.
- 4 De acuerdo con el artículo 21 de la Ley 256 de 1996, está legitimada para iniciar una acción de competencia desleal cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal.
- 5 Se señala en el artículo 2.º de la Ley 256 de 1996 que los comportamientos desleales deben ser realizados siempre en el mercado y tener una finalidad concurrencial, según lo cual el acto debe revelarse objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero.
- 6 Tal como se mencionó en el anterior pie de página, según el artículo 2.º de la ley en comento, el acto debe favorecer a la persona que realiza el acto desleal o a un tercero.

radical de la Ley 256 de 1996 fue establecer que la deslealtad no fuese reprochable exclusivamente a los comerciantes, sino que también se castigarán las conductas de aquellas personas que sin ser competidoras de otra participan en el mercado. Como es el caso del consumidor que sin fundamento desacredita a una empresa.

Debilitamiento o perjuicio a persona que participa o intenta participar en un mercado. La legitimación es un aspecto primordial para la aplicación de esta ley, pues para iniciar una acción por competencia desleal debe la parte activa demostrar su interés legítimo. Por ello en la Ley 256 de 1996 aparecen dos clases de acciones, así como las personas legitimadas para ejercerlas. Existe una acción preventiva del acto desleal donde se prohíbe la realización del acto y una acción declarativa, que sanciona y desmonta el acto desleal o el aprovechamiento del derecho de otro.

Beneficio propio o de un tercero como consecuencia de un acto desleal. Bajo el régimen de deslealtad se castiga una conducta malintencionada, independientemente que la persona que incurra en ella se vea favorecida con tal conducta; puede incluso ser favorecido un tercero que no tuvo participación en la realización del acto desleal. Cabe mencionar que cualquier persona que hubiese contribuido al acto desleal es igualmente responsable frente a la ley⁷.

Las conductas desleales se clasifican en tres grupos⁸, así:

Conductas que pretenden erosionar o debilitar a una empresa. La finalidad que se busca con estos comportamientos es acabar con la actividad de un competidor. Dentro de estas conductas se encuentran, por ejemplo, los actos de descrédito, actos de desorganización y la inducción a la ruptura contractual.

7 Artículo 22 de la Ley 256 de 1996.

8 GARRIGUES. *Curso de Derecho mercantil*, cit.

Conductas que pretenden fortalecer a una empresa. Mediante estas conductas se busca un campo en el mercado adoptando posiciones desleales. Pueden señalarse como parte de este grupo, entre otros, la desviación de clientela, la explotación de reputación ajena, la violación de secretos, la imitación, la confusión y el engaño.

Conductas encaminadas a permanecer en la mente de la parte demandante de un producto. Para estos comportamientos lo primordial es crear una imagen no acertada en la mente del consumidor. Básicamente esta forma se realiza a través de medios publicitarios.

Para concluir el bien tutelado, se resalta que bajo las normas de deslealtad se salvaguarda la afectación o el aprovechamiento de la competitividad dentro de un mercado.

II. RESPONSABILIDAD

Teniendo en cuenta que se trata de la valoración de conductas inscritas en normas descodificadas, las cuales representan normas especiales, se hace necesario entrar a analizar el régimen de responsabilidad que para ellas se presenta.

Por una parte, en principio las normas de deslealtad salvaguardan bienes privados, pero algunas veces los comportamientos anticoncurrenciales se presentan dentro de sectores de interés público, y en esos casos el Estado, en virtud de sus funciones preventivas y punitivas, los reprime con multas, independientemente de la suerte privada.

Bajo tal descripción se tiene que en estos asuntos se presentan responsabilidades de tipo civil, y en algunos casos también administrativas ante funcionarios competentes, por ejemplo la Superfinanciera o Superservicios, las cuales, por tratar asuntos de interés público cuentan con competencia para fallar administrativamente asuntos de competencia desleal.

III. ESTRUCTURA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA COMPORTAMIENTOS ANTICONCURRENCIALES

Existe una distinción entre derecho de daños y derecho de enriquecimiento. El objeto del segundo es la reintegración o restitución de valores patrimoniales obtenidos mediante el ejercicio indebido de un derecho ajeno. En tanto que el primero se basa en el desmedro patrimonial acompañado de culpa o dolo.

Un ejemplo de amplio conocimiento en la doctrina es el expuesto por RODOLFO SACO, y es el siguiente: encontrándose una casa vacía entran en ella unas personas distinguidas y la habitan por unos meses. Dentro de ese lapso de tiempo, las personas cuidan con la mayor atención la casa y hacen reparaciones y reponen lo que consumen. Con la acción de daño podría ser difícil atacar a estas personas, pues no existe daño, pero, en cambio, existe un enriquecimiento por el valor de mercado que tenga el uso del inmueble durante la estadía de estas personas.

Bajo tal óptica, para emprender un estudio de la responsabilidad por actos anticoncurrenciales es necesario tener presente la diferencia que existe entre acciones por enriquecimiento sin justa causa y acciones por daño, pues de esta forma es fácilmente comprensible el alcance de las acciones, y por ende de las pretensiones.

Cuando el derecho pretendido trate del aprovechamiento indebido a la competitividad, dicha situación tendrá como objeto de discusión la obtención de bienes patrimoniales procedentes de la invasión del derecho ajeno, aunque la invasión no sea culposa, siempre que el derecho invadido esté dentro del campo de los que otorgan contenido atributivo. Desde tal perspectiva, no es necesario probar la culpa o el dolo, sino el uso de un derecho ajeno y el beneficio obtenido, es decir el incremento del patrimonio con causa en el uso del derecho ajeno.

La siguiente matriz puede resumir lo dicho:

| | |
|---|---|
| Aprovechamiento indebido de la competitividad (enriquecimiento sin justa causa) | Uso de un derecho ajeno perteneciente a una empresa, como por ejemplo uso de marca sin descrédito |
| | |
| | Incremento del patrimonio: ingresos obtenidos por el uso sin licencia de marca |

Otra cosa ocurre cuando se trata de una pretensión basada en la afectación a la competitividad, es decir que el comportamiento anticoncurrencial cause daño. En ese sentido, será necesario adelantar una imputación con ocasión del desmedro patrimonial de una empresa. Para ello cobra vigor el elemento culposo o doloso. En ese sentido, los objetivos probatorios serán distintos de los mencionados para el caso de aprovechamiento indebido a la competitividad, pues existe un daño y un comportamiento doloso o culposo, independientemente de si el agente infractor tuvo o no un incremento patrimonial con su comportamiento.

Esta matriz resume la situación:

| | |
|---------------------------------------|---|
| Afectación a la competitividad (daño) | Desmedro a la competitividad, como por ejemplo el uso de una marca (descrédito) |
| | Culpa o dolo (comportamiento) |
| | La afectación a la competitividad es consecuencia del comportamiento del imputado |

En este caso, el desmedro o daño estará representado en los perjuicios causados.

IV. ESTRUCTURA DE RESPONSABILIDAD SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA PARA COMPORTAMIENTOS ANTICONCURRENCIALES

Como se indicó, existen algunos sectores económicos de interés público, es decir, sectores donde el Estado, ha considerado que en virtud de su importancia requieren una mayor vigilancia que otros.

En determinados sectores de interés público, mediante la regulación especial, el Estado decidió crear normas de vigilancia y control que reprimen comportamientos anti-concurrenciales de los agentes del mercado. De esta forma, independientemente de las gestiones judiciales que adelante el afectado o el usurpado en su derecho, el Estado toma participación dentro del asunto y puede, de oficio o a solicitud de cualquier persona, iniciar las acciones pertinentes para castigar punitivamente el hecho en pro de salvaguardar la competitividad y concurrencia.

Dicha situación se presenta en mercados concentrados, bien sea duopólicos u oligopólicos, donde el comportamiento desleal tiene al mismo tiempo una consecuencia dentro del mercado. De ahí que se comience a hablar de restricción al mercado proveniente de un comportamiento desleal.

Para este caso, se requiere tener en cuenta el Derecho administrativo sancionador, el cual retoma principios penales para su estructura de responsabilidad y para este efecto se castiga la falta a la competitividad.

Una matriz que resume la estructura de responsabilidad administrativa con ocasión de la afectación o aprovechamiento indebido de la competitividad, es la siguiente:

| | |
|---|--------------|
| Responsabilidad administrativa por comportamientos anticoncurren­ciales | Típico |
| | Antijurídico |
| | Culpable |

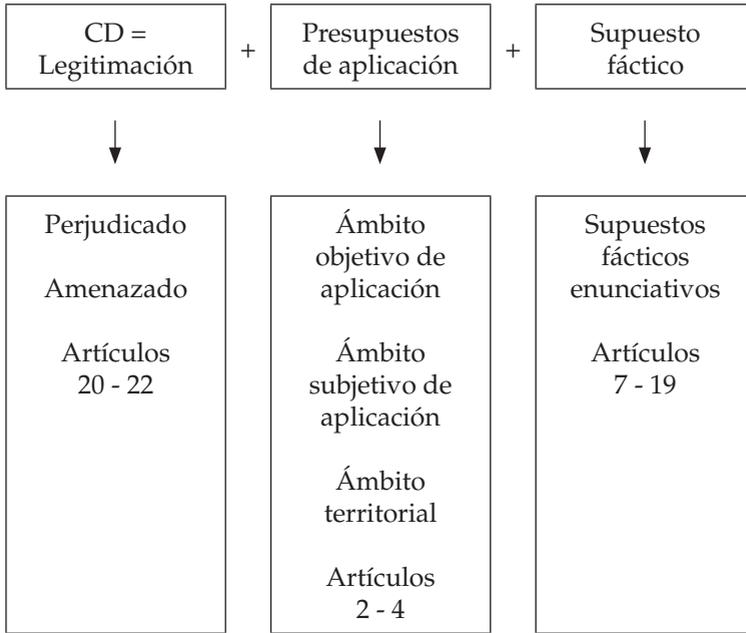
La antijuridicidad que se prueba es que el comportamiento sea anticoncurren­cial, es decir, que se presume idóneo para mantener o incrementar una ventaja competitiva, mandato contenido en las normas de deslealtad, el cual será tratado más adelante.

CAPÍTULO SEGUNDO
CONFIGURACIÓN DE UN COMPORTAMIENTO
QUE AFECTA LA COMPETITIVIDAD O SE APROVECHA
INDEBIDAMENTE DE ELLA

I. ADECUACIÓN NORMATIVA: ELEMENTOS

En la mayoría de regulaciones el régimen anticoncurrencial hace parte de la descodificación, es decir de normas especiales que tratan el tema por fuera de los códigos privados. En Colombia el régimen aparece contenido en la Ley 256 de 1996. Leyendo el texto legal se tiene que en él se describen los requisitos para que una conducta sea considerada como desleal. La unión o conformación de estos requisitos es lo que se denomina la *adecuación normativa*.

Para que se presente la adecuación de una conducta desleal debe presentarse la siguiente fórmula:



Respecto de la legitimación, la Ley 256 de 1996 otorga esta facultad a personas que cumplan ciertos requisitos mínimos, bien sea porque resultan perjudicados o porque resultan amenazados.

Los presupuestos de aplicación representan el escenario que debe tener una situación para ser investigada y reprimida como desleal. Para esto se exige un ámbito subjetivo, un ámbito objetivo y un ámbito territorial. Cada uno de estos ámbitos contienen una situación mínima para aplicar la Ley 256 de 1996, determinando, como se verá adelante, situaciones geográficas de mercado, idoneidad del acto desleal, calidades del presunto infractor.

El supuesto fáctico representa la descripción de la conducta reprochada por nuestras normas y castigada como desleal. Por tanto, en caso de adecuarse a una situación de hecho a la conformación de ingredientes fácticos estaremos

en presencia de un comportamiento desleal. Sin embargo, no debe olvidarse la existencia de un tipo en blanco que califica como ilegal lo desleal, siendo entonces los supuestos fácticos para este caso enunciativos.

La unión de estos tres elementos permite la adecuación normativa de un mandato legal frente a unos hechos ocurridos o que están por ocurrir dentro del mercado.

Sin perjuicio de la adecuación normativa comentada, es importante resaltar que se trata de un juicio de responsabilidad. En tal sentido, es importante no perder de vista los elementos como el daño, la culpa y el nexo causal, componentes de la responsabilidad subjetiva, o el uso de derecho ajeno y el beneficio por ello, los cuales hacen parte del enriquecimiento sin justa causa.

Mezclando la adecuación normativa con un juicio de responsabilidad, se tendría:

| | | |
|---------------------------------------|--------------|---|
| Afectación a la competitividad (daño) | Daño | Comportamiento concurrencial que causa daño o amenaza a un particular (arts. 2.º, y 20 al 22) |
| | Culpa o dolo | Supuesto fáctico (arts. 7.º al 19) |
| | Nexo causal | El comportamiento guarda identidad con el supuesto fáctico y es la causa del daño o amenaza a la concurrencia |

Lo propio ocurrirá cuando se trata de enriquecimiento sin justa causa para el aprovechamiento indebido de la competitividad.

II. PRIMER ELEMENTO: LEGITIMACIÓN

Dentro del tema de legitimación se tratará la legitimación para ser parte del extremo activo, pasivo, así como las

acciones que existen cuando lo perseguido es el rechazo a comportamientos que afecten o se aprovechen indebidamente de la competitividad.

A. Acciones

Las acciones contra la competencia desleal en Colombia son de dos clases. En otras latitudes el abanico de acciones es superior. En nuestra órbita están 1. la acción declarativa y de condena y 2. la acción preventiva o de prohibición.

La acción declarativa y de condena. Con este tipo de acción lo que se pretende es remover los actos desleales que se presentaron dentro del mercado, así como indemnizar los perjuicios ocasionados como consecuencia del acto desleal. Resulta claro que esta acción se presenta cuando el acto desleal ha ya acaecido, es decir cuando se ha presentado en el mercado, pero adicionalmente le ha causado daño a una persona, por ello está legitimada para iniciarla. La sentencia tendrá dentro de su cuerpo: 1. la declaración de afectación a la competitividad; 2. la prohibición de que se siga ejecutando ese acto dentro del mercado; y 3. la orden de pagar a título de indemnización, una suma de dinero.

La acción preventiva o de prohibición. Dentro de esta acción se parte de la base de una amenaza a la afectación de la competitividad de alguien en particular o del aprovechamiento indebido por el uso del derecho ajeno que genera enriquecimiento a alguien y a la vez amenaza la competitividad de otros. Se parte de una mera proyección de daño que no ha acaecido y tan solo se tiene una amenaza de desmedro patrimonial, es decir, una acción en la que no existe daño al patrimonio de una persona, lo cual resulta curioso. Es sencilla la explicación de la situación, dado que lo tutelado por las normas de deslealtad es la afectación al aprovechamiento de la competitividad, bien sea porque se causa daño a la competitividad de otro o porque se está siendo más competitivo aprovechando el uso sin permiso

del derecho ajeno. Entonces, esta acción procede cuando el demandante está siendo amenazado por un comportamiento que ya ocurrió pero que no le ha causado daño, o por un comportamiento que está por ocurrir y que en caso de presentarse generará daño.

B. Legitimación activa

La Ley 256 de 1996 describe la legitimación activa para asuntos de deslealtad, lo cual agrupa a las personas legitimadas para iniciar las acciones mencionadas en el punto anterior.

En el artículo 21 de la ley indicada aparece contenida la legitimación activa. Dentro de esta norma se indica que cualquier persona que participe o demuestre su intención de participar en el mercado, cuyos intereses se vean amenazados o perjudicados por los actos de competencia desleal, está legitimada para iniciar las acciones de competencia desleal. Así mismo se establece que además están legitimados para accionar: las asociaciones o gremios; las asociaciones de consumidores y la Procuraduría General de la Nación.

Son muchos los puntos para tratar:

Persona que participe o demuestre su intención de participar en el mercado. Bajo este precepto fáctico es necesario conocer el alcance del concepto *participante*, el cual será tratado adelante cuando se desarrolle el presupuesto subjetivo de aplicación de la ley de deslealtad, ya que involucra una calidad particular. Sin perjuicio de lo que se tratará adelante, se entiende por participante toda persona que interviene en una parte del mercado bien sea en la oferta, en la demanda o en la distribución de bienes y servicios.

La legitimación se otorga: 1. A quien participe en el mercado o 2. A quien demuestre su intención de participar en el mercado, es decir, personas que hagan parte de la demanda, de la oferta, o de cualquier etapa de la cadena de valor del mercado. Considero que el verdadero ingrediente

de legitimación se encuentra al observar que la ley exige que ese partícipe o próximo participante posea unos intereses económicos que resulten perjudicados o amenazados por el comportamiento desarrollado o próximo a desarrollar por el infractor.

Por tanto, existe un condicionamiento especial para que opere la legitimación, que consiste en demostrar que existe un perjuicio o una amenaza, ya que sin estos elementos se estará sin legitimación, lo cual significa, en términos legales, que el demandante no está habilitado para presentar una acción por competencia desleal.

Dentro del grupo de participantes estarán los consumidores individualmente considerados, los oferentes de un producto, los distribuidores dependientes, los distribuidores independientes, los productores y todo aquel que tenga participación en el mercado. Un avance importante de la ley de deslealtad fue haber dejado atrás la hipótesis legal según la cual era necesaria una relación de competencia entre los sujetos en contienda en una demanda de deslealtad. Hoy no se exige esa relación de competencia entre sujeto activo y pasivo, por lo tanto debe afirmarse que la legitimación activa no la otorga la relación de competencia, sino el perjuicio o la amenaza a los intereses económicos de un participante en el mercado como consecuencia de un acto desleal cometido por otra persona.

Otras personas están también legitimadas: 3. Asociaciones o corporaciones profesionales y gremiales cuando resulten gravemente afectados los intereses de sus miembros; 4. asociaciones que tengan como finalidad la protección al consumidor, en la medida en que se afecte de manera grave y directa los intereses de los consumidores; 5. el Procurador General de la Nación respecto de aquellos actos que afecten gravemente el interés público o la conservación de un orden económico de libre competencia.

Estas tres últimas están legitimadas representan intereses colectivos, entendido no en términos constitucionales sino

de grupos de personas que ostenta el derecho. Entonces se presentan como legitimados los miembros de una agremiación de comerciantes, las asociaciones de consumidores y, por último, el Procurador en nombre de toda una nación. La característica principal de estos legitimados es que existe un condicionamiento especial para que se dé esta legitimación, y es que los intereses de sus miembros se vean gravemente amenazados o perjudicados. Por ello, considero que estas personas están legitimadas sólo si se presenta esta calificada consecuencia. Si no se cuenta con esa situación, la asociación, agremiación o el Procurador no tendrían la legitimación establecida en la ley, la cual no nace en virtud de la conformación de la asociación o de nominación a un cargo, sino de la especial situación de gravedad por un comportamiento que, dicho sea de paso, en caso de faltar, deja legitimada sólo a la persona individualmente perjudicada, es decir bajo el primer caso de legitimación explicada, donde no se exige la calificación de perjudicado y amenazado.

La legitimación de estas últimas personas se puede entender sólo para las acciones de amenaza, donde no es necesario probar el daño. Sin embargo, también procede la de perjuicios, que dependerá de que la parte demandante pruebe los perjuicios del grupo representado. Bajo tal óptica, se trata de la posibilidad de tener acciones de grupo en materia de competencia desleal sin tener que estar condicionado a la existencia de un grupo de veinte personas. El punto será determinar si la legitimación, por ejemplo, de un gremio le permite a un integrante del grupo que no participó en el proceso unirse a las consecuencias de la sentencia da la que no estuvo vinculado. Por tratarse de un gremio que representa los intereses de sus agremiados, es nuestra opinión que los integrantes de ese gremio podrían pedir vinculación a la sentencia, inclusive después de esta, pidiendo perjuicios como ocurre en las acciones de grupo. Lo anterior, siempre y cuando la relación de causalidad guarde identidad con los términos de la sentencia; de otra forma, la solicitud sería infundada.

C. Legitimación pasiva

La legitimación pasiva de los actos desleales agrupa a diferentes personas a quienes se les puede imputar un juicio de responsabilidad.

Por una parte se encuentra el infractor o ejecutor del comportamiento desleal, quien es el principal responsable, el autor de la conducta.

En segundo lugar se encuentra legitimada desde el punto de vista pasivo cualquier persona que hubiera contribuido a la realización del acto desleal. En tal sentido, el juicio de responsabilidad en materia de deslealtad abarca un entorno importante, ya que no sólo es responsable el autor del acto, sino que también los son terceros que hubieren colaborado de manera activa o de manera pasiva.

Para tal efecto, existe una clara solidaridad entre el autor y el colaborador, y el afectado o amenazado está legitimado para demandar a cualquiera de los dos y perseguir de ellos el daño.

Por último se encuentra un mandato según el cual se deberá demandar al empleador cuando el acto desleal sea ejecutado por el trabajador en uso de sus funciones laborales. Dicha descripción resulta innecesaria pues es uno de los casos de responsabilidad indirecta que aparecen contemplados dentro del Código Civil, conocidos como *responsabilidad por los hechos ajenos*, la cual surge como consecuencia de los delitos o faltas cometidos por otros, como la del padre por los daños causados por los menores.

III. SEGUNDO ELEMENTO: PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN

Existe un escenario legal mínimo para que una conducta sea calificada como desleal. El escenario que anotamos está constituido por los ámbitos de aplicación contenidos en los artículos 2.º al 4.º de la Ley 256 de 1996. De esta forma, la

ley exige que se presente: un ámbito objetivo, un ámbito subjetivo y un ámbito territorial. La presencia de estos tres ámbitos de aplicación es absolutamente indispensable para la adecuación normativa, independientemente de que se presente el supuesto fáctico de deslealtad¹.

La existencia de este escenario permite ver el adelanto filosófico que ha tenido la regulación de deslealtad, afinando mucho más la definición del bien tutelado, pues, como se observará, lo que se protege es la concurrencia o competitividad en el mercado nacional, sea afectada por competidores o por terceros.

A. Ámbito subjetivo de aplicación

En este ámbito se establecen los requisitos exigidos al sujeto infractor del comportamiento desleal. Advierte este ámbito que la aplicación del régimen de deslealtad rige no sólo para los comerciantes, sino que cobija la responsabilidad de cualquier participante en un mercado. Entonces, no solo es sujeto destinatario del cumplimiento de esta ley alguien dedicado al comercio, sino cualquier otra persona que participe en el mercado y dañe la competitividad de otro. Nuestro Código de Comercio adoptó un criterio objetivo para calificar la profesión de comerciante. Según el artículo 10.º del código en mención, son comerciantes las personas que se ocupan profesionalmente en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles. Por tal razón, se afirma que la diferencia de la actividad comercial con otras actividades está en la realización de actos mercantiles². De tal manera, la doctrina considera que para poder calificar a una persona

1 En el último inciso del artículo 16 de la Ley 256 de 1996, en el cual se encuentra el supuesto desleal de violación de secretos, aparece una excepción a la presencia imperativa de estos ámbitos.

2 RAMÓN MADRIÑÁN DE LA TORRE. *Principios de Derecho comercial*, Bogotá, Temis, 1990.

como comerciante deben sus actos afectar su patrimonio o que de ellos se derive algún provecho económico en su favor³. Ahora, la expresión participante en el mercado no aparece definida en la ley; entonces, para encontrar su alcance debería atenderse el significado natural de las palabras, según el cual la palabra *participar* aparece definida como “tener parte en un juego, concurso o negocio”⁴. Entonces, “participante en el mercado” será cualquier persona que intervenga o haga parte en cualquier forma de la oferta, distribución o demanda de bienes o servicios de un mercado específico. No obstante lo anterior, el alcance jurídico de la expresión participante en el mercado se encuentra al interpretar de manera sistemática la ley, ya que en el artículo 22 de la Ley 256 de 1996 se determina que las acciones de competencia desleal procederán contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal, estableciendo que cualquier persona, independientemente de su naturaleza jurídica, es sujeto de la ley de competencia desleal, sea comerciante o no lo sea (donde el legislador diferenció, el intérprete debe diferenciar).

Dentro del ámbito subjetivo se establece un aspecto de alta importancia, como lo es que la aplicación del régimen de deslealtad no requiere una relación de competencia entre sujeto activo y sujeto pasivo. No resulta alejado que en la práctica la mayoría de personas considere que la ley de competencia desleal sólo es una regulación que tiene vida cuando existen problemas entre competidores, tal vez dejándose llevar por el nombre de la ley.

La actual ley de deslealtad parte de la premisa específica de que puede dañarse la concurrencia de un comerciante

3 En el artículo 13 del Código de Comercio se establece que se presume que una persona ejerce el comercio cuando se halle inscrita en el registro mercantil; cuando tenga abierto un establecimiento de comercio; cuando se anuncie como comerciante.

4 *Diccionario Enciclopédico Básico*, Madrid, Plaza & Janés, 1981.

sin ser competidor de él, como cuando un consumidor desacredita injustamente a un empresario. En este caso no se observa una relación de competencia entre sujeto activo y sujeto pasivo de la acción, pero es evidente que el sujeto pasivo, es decir el consumidor, dañó la concurrencia, y en este momento amenaza o perjudica la propiedad privada del dueño de un patrimonio representado en la empresa.

Por tanto, no es requisito para demandar por deslealtad, y ser favorecido con este régimen, que el supuesto infractor se encuentre ofreciendo sus servicios en el mismo mercado del sujeto activo de la acción.

De acuerdo con lo anterior, insisto en que se trata de una norma mal denominada, pues no se trata de competencia desleal, sino de la afectación o provecho indebido de la competitividad.

B. Ámbito objetivo de aplicación

El ámbito objetivo de aplicación de la ley de deslealtad se encuentra contenido en el artículo 2.º de la Ley 256 de 1996. Este mandato contiene la esencia del bien tutelado, pues independientemente de que se presente identidad entre un supuesto fáctico y un comportamiento de mercado, es indispensable que para que el mismo sea desleal éste trascienda al mercado, pues de hacerlo, no se daña el bien tutelado. Por tanto, su prueba es obligatoria, ya que es un presupuesto imperativo de aplicación para la calificación de deslealtad.

Entonces, es claro que para que un acto sea calificado como desleal es indispensable que se realice en el mercado y con fines concurrenciales. Es menester ahora indicar que el ámbito objetivo está conformado por dos situaciones que deben obligatoriamente presentarse: una, que la conducta se realice en el mercado y la otra, que la conducta tenga fines concurrenciales.

Que se realice en el mercado significa que la conducta tenga trascendencia en el exterior del responsable y en el interior del mercado, que no se quede internamente dentro de la mente del sujeto infractor. No significa lo anterior que los actos preparativos a un acto desleal no sean castigados, pues existe la acción preventiva, con la cual se evita la realización de una conducta prohibiendo la misma⁵. De esta manera, la conducta presuntamente desleal tiene que haber sido exteriorizada y no quedar en pensamientos. Adelantar un comportamiento en el mercado significa que este se presenta dentro de las diferentes etapas de la cadena de valor, bien sea en la entrada a la actividad económica escogida, en el uso de signos distintivos, en la publicidad pregonando productos, en la distribución o al momento de ser elegida.

En cuanto a los fines concurrenciales, se presume que es concurrencial cuando la conducta se revela objetivamente idónea para mantener o incrementar la participación propia o de un tercero dentro del mercado. Es importante mencionar que esta presunción no es la única forma de encontrar la finalidad concurrencial del acto, pudiendo ser probada mediante cualquier otro tipo de situación. De la misma manera se hace necesario indicar que el cumplimiento del ámbito objetivo requiere la idoneidad del comportamiento, mas no su realización; por tanto, le corresponde al intérprete definir y demostrar que dicho comportamiento resulta un medio para aumentar o mantener la participación de una persona en el mercado. No se requiere que el comportamiento tenga un resultado efectivo de aumento o mantenimiento de participación. Con la demostración de la idoneidad del comportamiento hacia ese horizonte, es suficiente. Entonces, que se exteriorice y que sea idóneo.

5 En el artículo 20 de la Ley 256 de 1996 aparecen las acciones declarativa y preventiva.

El fin concurrencial se determina si la conducta que se investiga es apta para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones de quien adelanta el comportamiento o la de un tercero⁶. Entonces, debe resaltarse que la idoneidad que se pregona respecto del aumento de participación no sólo se pregona respecto de quien adelantó el comportamiento desleal, sino también la de un tercero ajeno al comportamiento desleal. Puede ocurrir que el consumidor desacredite a una empresa y los clientes de la desacreditada decidan comprar en una empresa diferente, abandonando su fidelidad. En este caso el autor del comportamiento no aumentó su participación (consumidor), pero sí un tercero (a donde se fue el consumidor por el descrédito), que en este caso no colaboró en el acto de deslealtad; sin embargo, con ese tercero se cumple el elemento concurrencial, siendo aquel el responsable. Es decir, la finalidad del acto debe ser que el infractor dañe la concurrencia valiéndose del desarrollo de ese acto malintencionado. El acto debe ser apto para permitir esa concurrencia desleal en el mercado.

C. Ámbito territorial de aplicación

El ámbito territorial se refiere a las consecuencias que tiene una conducta dentro del mercado nacional, independientemente del lugar donde hayan sido desarrollados los comportamientos. Según el régimen de deslealtad, este se aplica a los actos cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado nacional.

6 La Ley 256 de 1996 tomó como referencia la ley de competencia desleal de España, contenida en la Ley 3.^a de 1991. Dentro del preámbulo de esa ley se determina que el acto es concurrencial si su finalidad es promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero. Esta referencia es importante pues se encuentra ubicada en lo que nosotros llamamos exposición de motivos.

De tal suerte, en materia de Derecho internacional privado se adopta un criterio unilateral de conexión, consistente en que cada mercado afectado conoce del acto de competencia desleal. El punto tratado entra en discusión cuando se observa que en la norma se menciona que la ley se aplica a los actos *cuyos efectos principales tengan lugar en el mercado colombiano*. En ese sentido, la competencia preponderante es la del país donde se producen principales efectos. Sin embargo, cada país es autónomo de adoptar el conocimiento del caso. Entonces, cada país guarda soberanía, limitando su investigación a los efectos ocurridos dentro de su ámbito territorial. Así, la nación es soberana al momento de establecer si los efectos de la conducta tienen sus principales consecuencias en su mercado.

De esta manera, sólo serán investigadas las conductas que tengan efectos en nuestro mercado, independientemente de dónde se gestan, bien sea en territorio nacional o por fuera de él. Ahora bien, si la conducta no tiene efecto en Colombia y fue desarrollada en nuestro país, no podría ser castigada como desleal por nuestras normas. Lo mismo ocurrirá con la conducta gestada en el extranjero y que no sobrepasa nuestras fronteras.

IV. TERCER ELEMENTO: SUPUESTOS FÁCTICOS DE DESLEALTAD

El tercer elemento de la fórmula de adecuación normativa está compuesto por los supuestos fácticos de competencia desleal. Anotaba que la sola conducta que encuadre en el supuesto fáctico de deslealtad no puede ser calificada independientemente como desleal, pues requiere la presencia de los ámbitos de aplicación mencionada en el punto anterior y de la legitimación activa, sobre la cual se tratará adelante.

El legislador de 1996 encontró la necesidad de regular de manera general las relaciones existentes entre los comerciantes dentro de un mercado, pero se percató de

que la competencia es una materia que brinda derechos e impone responsabilidades no sólo a comerciantes sino a todos los que tienen intervención en el desenvolvimiento de las relaciones comerciales. Por ello diseñó un catálogo de supuestos fácticos encaminados a prohibir y sancionar conductas sobre las cuales presume la deslealtad.

De acuerdo con el contenido de las normas de deslealtad, se presentan unos supuesto fácticos que describen comportamientos que el legislador considera desleales; sin embargo, dichos supuestos fácticos no resultan presunciones de derecho, por tanto admiten prueba en contrario, y esto resulta ser cuando los comportamientos de una persona, no obstante que guardan identidad con el supuesto fáctico, no tienen el talante para dañar el bien tutelado.

Los supuestos fácticos desleales resultan ser enunciativos y no taxativos, puesto que desde el inicio dentro de la ley aparece un tipo en blanco que prohíbe de manera general los comportamientos desleales. En este sentido es un tipo universal que agrupa todos los comportamientos desleales, puesto que en él están incluidos los supuestos enunciativos descritos en la ley, así como los supuestos que no fueron evidenciados al momento de legislar, pero que aparecen incluidos en la prohibición general, son finalmente lo verdaderamente prohibido. Entonces, lo importante no es el medio o la forma bajo la cual se adelantó el anticoncurrencial: lo que importa es que se castigan comportamientos que dañen la competitividad o se aprovechen indebidamente de ella.

A. Prohibición general enmarcada en el abuso de derecho

No todas las formas de deslealtad podrían ser plasmadas en la ley, pues se corre el riesgo de dejar por fuera algunas no previstas al momento de legislar o porque el desarrollo de los mercados también puede crear nuevas formas o modelos de deslealtad. Atendiendo lo anterior, en el artículo 7.º de

la Ley 256 de 1996 se estableció la prohibición general de competencia desleal, por medio de la cual se prohíben los actos desleales.

Hemos mencionado que un acto es desleal cuando existe una afectación o un aprovechamiento indebido de la competitividad. Para el caso de la afectación a la competitividad es de la mayor importancia aclarar que esta se puede dañar por medios lícitos o ilícitos. Entonces, para el Derecho es definitivo el resultado del comportamiento, pues el resultado finalmente refleja el daño, pero no menos importante es el comportamiento que se desarrolló por el imputado, pues es el medio para llegar al daño, y ese medio debe ser ilegal, bien sea por contradecir el ordenamiento 1. Por expresa prohibición, o 2. Por el abuso del derecho.

Dentro de los supuestos enunciativos aparecen expresas prohibiciones de comportamiento, consideradas desleales; inclusive aparece una en particular dentro del artículo 17 de la Ley 25 de 1996, denominada “deslealtad por violación de ley”, según la cual un comportamiento en contra de la ley puede llegar también a ser desleal si daña la competitividad de una empresa, bajo el cumplimiento de ciertos condicionamientos.

Entonces, si ya existe un castigo de deslealtad como consecuencia de comportamientos prohibidos en otros textos diferentes a la Ley 256 de 1996, por sustracción de materia se tiene que la prohibición general de competencia no agrupa dichos comportamientos que están prohibidos en la ley, pues estos ya tienen desarrollo en los supuestos enunciativos o en prohibiciones de otras normas que de rebote dañan la competencia, y por tal razón, bajo un método deductivo, lo que encierra la prohibición general es la deslealtad por el abuso del derecho. Por tanto, la prohibición general tiene aplicación cuando estando dentro de la permisión legal, es decir sobre la no prohibición, se sobrepasa el derecho protegido, causando afectación o aprovechamiento indebido de la competitividad, abusando del derecho.

Es un supuesto específico para los casos de abuso de derecho. Los demás casos entran por los supuestos fácticos enunciativos, inclusive por el artículo 17 de la Ley 256 de 1997, que regula la deslealtad por violación de ley.

B. Acto desleal de confusión

El supuesto de deslealtad de confusión aparece contenido en el artículo 10.º de la Ley 256 de 1996. De la lectura desprevenida del mismo no se puede extraer gran significado, pues el texto colombiano no es generoso ya que sólo se limita a señalar que los actos de confusión resultan ser desleales, sin explicar a qué se refiere con ello.

Sin embargo, el verdadero alcance jurídico del acto de deslealtad por confusión aparece dentro del texto del inciso segundo del artículo 14 de la Ley 256 de 1996, el cual trata acerca de la deslealtad por imitación, y deja entrever que la deslealtad por confusión consiste en el error acerca de la procedencia empresarial de los productos. De tal suerte que el acto de deslealtad por confusión se presenta cuando existe error acerca de la procedencia empresarial de los productos puestos a disposición del mercado.

En este punto es necesario tener en cuenta lo tratado dentro de la teoría general del derecho acerca del error, donde se indica que el error se puede presentar por comportamientos omisivos o activos, sobre los cuales mucho se ha escrito y no vale la pena profundizar, ya que existen libros juiciosos y profundos al respecto, de obligatoria lectura.

Entonces, la confusión se presenta cuando existe error por acción o por omisión acerca de la procedencia empresarial.

C. Acto desleal de engaño

El supuesto de deslealtad de engaño aparece contenido en el artículo 10.º de la Ley 256 de 1996. Este supuesto guarda relación con el descrito en el punto anterior, pues tienen

como elemento y fuente común al error, en sus dos caras, es decir, la acción o la omisión.

Bajo el engaño se castiga el error sobre el objeto, es decir sobre los productos, sean bienes o servicios. La verdadera afectación del engaño es crear una imagen irreal o inexistente acerca de los productos en un mercado, ya que de ello depende parte de las variables de la fidelidad de la marca, de sus bondades. De tal manera que lo que se pretende habitualmente es diezmar una marca, causando daño o amenaza a la competitividad de una empresa.

La cercanía de este supuesto fáctico con el descrédito es clara; sin embargo, resulta necesario aclarar que dentro del supuesto fáctico de engaño se puede presentar sin que esté presente el descrédito, como cuando alguien menciona que el producto ajeno se encuentra agotado, sin que esto sea cierto, lo cual no desacredita la marca, pero engaña al mercado. El contenido del descrédito ataca la credibilidad, en tanto que el engaño enmarca la realidad de mercado, con descrédito o sin él.

Dentro de la primera parte del texto legal aparece que el supuesto fáctico resulta aplicable cuando se trate de bienes ajenos, es decir ofrecidos por terceros, lo cual haría pensar que no agrupa los comportamientos cuando una empresa engaña sobre los productos propios, alardeando sobre ellos, prometiendo lo que no son, bajo un ilícito de exageración. Sin embargo, dicha situación queda zanjada cuando dentro de la segunda parte del supuesto fáctico, en la parte final, no limita finalmente tal situación. Pero para mayor seguridad, en estos casos es mejor alegar deslealtad por violación a la ley, basado en una violación a la ley de consumidor donde se castiga el engaño sobre lo propio bajo el supuesto de publicidad engañosa. En este caso no es posible alegar la prohibición general, pues esta sólo es aplicable cuando se está en permisión legal sobre la cual se abusa, ya que si la causa de la deslealtad es una prohibición legal, tal situación debe ser alegada bajo: 1. el supuesto enunciativo de competencia

desleal aplicable, por ser un supuesto especial, o 2. bajo el supuesto de deslealtad por violación de ley que genera una ventaja competitiva significativa, por ser la forma diseñada en la ley para castigar el comportamiento.

Resulta extraño que el régimen colombiano hubiese incluido la expresión *ajeno*, pues las demás legislaciones no incluyen tal distinción, y el supuesto fáctico de engaño se explica en ellas como el error sobre lo propio, todo lo contrario a lo que ocurre en nuestra esfera.

Así las cosas, en tanto que en la confusión el error resulta ser acerca de la procedencia empresarial, conocido como riesgo asociativo, en el engaño el error va encaminado a atacar todo el entorno del producto, propio o ajeno.

D. Acto desleal de descrédito

Según el artículo 12 de la Ley 256 de 1996, se considera desleal el descrédito. Este supuesto fáctico salvaguarda la credibilidad que tienen los productos o un empresario dentro del mercado. Las empresas trabajan en una reputación adquirida, la cual debe ser cuidada; sin embargo, esa reputación puede resultar afectada por comportamientos de terceros que mediante señalamientos y afirmaciones incorrectas encaminadas a hacer perder la credibilidad frente al mercado, intentan resquebrajar ese posicionamiento adquirido.

De tal manera se castigan los comportamientos mediante los cuales se adelantan señalamientos que afectan la confianza que se han ganado las empresas con sus productos. Por lo tanto, la pérdida de credibilidad nace o tiene como fuente la afirmación incorrecta de un tercero. Sin embargo, puede suceder que el hecho generador de la pérdida de credibilidad no sea la afirmación adelantada por una persona en contra de una empresa, sino que sea el mismo comportamiento del desacreditado el causante del descrédito. Dicho de otra manera, puede ocurrir que el descrédito nazca del

propio actuar del desacreditado, siendo él generador de su propio daño, y en estos casos cualquier persona se encuentra legitimada para transmitir los hechos generadores del descrédito, con lo que la transmisión de información se convierte en una fuente de información verdadera que permite una mejor elección del consumidor. Es decir, si la afirmación en el mercado es cierta, pero genera descrédito, no existirá un descrédito desleal, pues la causa de este es la propia víctima, la verdadera causa es el comportamiento del desacreditado, y lo mejor para el mercado es conocer el indebido comportamiento de alguien que ofrece negocios dentro de un sector económico.

Bajo tal óptica, lo que se castiga es la pérdida de credibilidad que nace de la mentira, de lo inexacto, de lo incompleto, de lo amañado, de lo torticero.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, también se reprocha como desleal cuando se hace una afirmación cierta y exacta que no tiene relación con comportamientos que incidan en el mercado, pero que por relacionarlos con la empresa afecten la credibilidad de esta, como cuando el presidente de una compañía es encontrado alicorado, y multado, y la competencia se aprovecha de este hecho para publicar que el presidente de tal compañía es irresponsable por manejar ebrio. En dicho ejemplo la situación es cierta, pero el objetivo es aprovechar un hecho ocurrido por fuera del mercado, para desacreditar a la empresa dentro del mercado.

E. Acto desleal de desorganización

Desorganizar internamente una compañía resulta ilegal.

Para obtener un producto final las empresas cuentan con programas y organizaciones internas que interactúan entre sí y generan una estructura que permite a un ente empresarial enfrentar el mercado. De tal manera que las compañías cuentan con diferentes departamentos estratégicos encargados de diferentes tareas: divisiones de ventas,

mercadeo, jurídicas, financieras, de capacitación, contables, secretarías generales, de investigación y desarrollo, de distribución, de regulación, etc.

Cada una de ellas tiene a su cargo el cumplimiento de una labor especial, la cual le fue encomendada y resulta vital para el desempeño de la organización empresarial. El cumplimiento y la estructura indicada es lo que se denomina el orden empresarial, lo que entra a salvaguardar este supuesto fáctico.

Existen algunos comportamientos encaminados a vulnerar ese orden empresarial, o que terminan sin querer haciéndolo (dolo o culpa). Como cuando no se permite la distribución de un producto un día, o se impide la entrada de electricidad necesaria para la fase productiva, etc.

Resulta de la mayor importancia entender que este supuesto cuida ese orden adquirido dentro de una compañía, el cual es necesario para que la empresa tenga presencia en un mercado. No sobra decir que el desorden al que se llegue debe ser consecuencia de un acto ilícito de un tercero, puesto que si el agente demandado se encuentra en uso de un legítimo derecho, y no abuso del mismo, no existirá daño o amenaza ilícita por puro juicio de responsabilidad.

F. Actos desleales de comparación

En materia económica existen dos teorías acerca de la comparación: una que rechaza todo tipo de comparación con los productos de un competidor y otra que la acepta.

La primera, es decir la que no acepta la comparación, basa su análisis económico en que para posicionar sus productos las empresas han adelantado inversiones cuantiosas, que se ven reflejadas en los costos y por ende en los precios. De modo que resulta atentatorio contra la competencia permitir que una persona, sin haber gastado esos dineros en el posicionamiento de sus productos, entre a compararse con uno ya posicionado, pues su comparación estaría sentada en lo

invertido por otro, con el respectivo ahorro de costos, y lo que se estaría incentivando es la competencia parasitaria, aprovechando lo adquirido por otro.

La segunda, es decir, la que acepta la comparación, basa su análisis económico en la asimetría de la información, y es que a cualquier costo es más importante tener en un mercado un consumidor informado, y en la medida en que bajo cualquier medio se le entrega información transparente con la cual él pueda hacer su mejor elección, tal comportamiento resultará beneficioso para la economía.

Las dos teorías resultan válidas. Nuestro sistema acoge la segunda, es decir la que permite la comparación de productos; sin embargo, le impone ciertas cargas.

Bajo tal premisa, y continuando con una sistematización frente a los supuestos fácticos de engaño y descrédito, la comparación resulta válida siempre y cuando se adelante con circunstancias de ser: 1. Ciertas; 2. Completas; 3. Comparables, y 4. Comprobables.

De tal suerte que resulta muy riesgosa la publicidad comparativa, pues quien emprenda la comparación debe tener bien claro que debe contar con los elementos que le permitan tener certeza de esas circunstancias, ya que de lo contrario estaría dentro del ilícito de comparación.

Especial atención debe ponerse sobre la comparación de productos para igualar sus bondades, es decir, donde la comparación emitida no encuentra diferencias entre los productos sino igualdades, pues en este caso es clara la competencia parasitaria que se emprendió para igualarse con la marca reconocida, donde el autor del comportamiento, aprovechando el derecho a la comparación, traspasa lo permitido en la ley, y se ahorra costos de posicionamiento a costa de lo recorrido por otro. En ese orden de ideas, lo que es permitido es la comparación para diferenciarse y no para igualarse, pues al igualarse el comportamiento se convierte en deslealtad por comparación parasitaria que desborda la permisión explicada en este supuesto fáctico.

G. Actos de deslealtad por violación de normas

El cumplimiento de la ley tiene un costo económico. Es decir, el cumplidor de la ley tiene mayor gasto que el incumplido, quien por ese hecho ahorra los costos del cumplimiento de la norma.

En este sentido, en tanto que para la persona que cumple la ley existe un costo que se verá reflejado en el precio, bien sea por disminución de utilidades o por aumento de costos, para el incumplido esa erogación no existe, y puede obtener una ventaja por menores costos basada en el incumplimiento.

Según la anterior descripción, se tiene que al momento de violarse un ordenamiento se estaría causándole un daño directo al bien tutelado por ese ordenamiento, pero a la vez, como un daño indirecto, se le podría estar causando una afectación o amenaza a la competitividad. De tal suerte que la deslealtad podría tener como fuente o causa la violación a otro ordenamiento, por lo cual el infractor adquiere una ventaja competitiva, vulnerando dos bienes jurídicos tutelados diferentes.

Para la procedencia de este supuesto fáctico se requiere que como consecuencia de la vulneración al ordenamiento especial se obtenga una ventaja competitiva significativa (daño indirecto). Esa ventaja competitiva significativa debe ser de una dimensión importante, que permita al infractor ser más competitivo o amenazar la competitividad de otros. Dicho ingrediente resulta ser muy subjetivo, pero no por ello no demostrable. Para tal efecto debe adelantarse una valoración en un horizonte de tiempo que permita observar la consecuencia de la realización del ilícito sobre la competencia, pudiéndose presentar acciones de daño o amenaza para su prohibición; por tanto, no sería requerida la demostración del daño efectivo, pero sí la demostración del impacto de la conducta en caso de permitirse su continuidad.

Este supuesto resulta ser supremamente importante, puesto que no en pocas ocasiones la deslealtad proviene de la infracción de otro ordenamiento. Ahora bien, siempre y en todos los casos en que la deslealtad provenga de la violación de una ley, este deberá ser el supuesto que entrará a ser calificado y ha de ser demostrada su adecuación normativa a los hechos imputados. Entonces, no resulta pertinente que frente a la violación de otro ordenamiento el demandante intente la tipificación de manos de la prohibición general de competencia, queriendo no probar la ventaja competitiva significativa, y deshacerse de la disciplina del artículo, no exigida para ese supuesto pero sí para éste, ya que por especialidad de las normas la aplicable resulta ser la de deslealtad por violación de ley. En otras palabras, algunas veces, para ahorrarse la demostración de la ventaja competitiva significativa algunos litigantes pretenden encuadrar la conducta de infracción legal en la prohibición general, pero si el comportamiento está basado en la infracción legal la tipificación es por deslealtad basada en la infracción legal, donde es menester probar la ventaja competitiva significativa. Por tal razón, al tratar la prohibición general se expresó que esta prohibición contiene sólo casos de abuso de derecho donde estando dentro de la permisión se causa deslealtad, pues si el comportamiento desleal está prohibido, la tipificación se encuentra en los enunciativos; y si está basado en la infracción a otro ordenamiento, la deslealtad es por violación de ley. El universo de prohibiciones estaría contenido en los enunciativos de deslealtad o en los demás regímenes, lo demás estaría permitido, y si dentro de lo permitido se abusa del derecho y se causa deslealtad, la llamada a ser tipificada sería la prohibición general de deslealtad.

H. Actos desleales de imitación

Lo general es poder copiar. La anterior afirmación se basa en la libre imitación de creaciones que existe en nuestro derecho, ya que se aclara que este derecho no es absoluto, pues existe protección de ciertas creaciones con amparo legal que no pueden ser copiadas. Bajo tal premisa, este supuesto de deslealtad contiene comportamientos desleales que resultan ser excepciones al principio general de libre imitación.

Resulta claro, entonces que existen algunas prestaciones e iniciativas que no pueden imitarse, pero que sobre otras, las que no están protegidas por la ley, la imitación es permitida.

Entonces, la primera discusión que debe adelantarse frente a un caso es verificar si lo imitado tiene protección legal o no. Pues en caso de tener protección legal, se está en presencia de una infracción legal y entonces la deslealtad por copiar lo que tiene protección legal no estará tipificada en este artículo, sino en el supuesto de infracción legal que reporta una ventaja competitiva (violación de ley), siendo solo tipificados bajo el supuesto de imitación aquellos supuestos donde la imitación es permitida, pero exagerando la copia, encontrándose dentro del supuesto fáctico que se entra a explicar:

La primera forma se presenta cuando la copia es utilizada para no competir con otro, es decir cuando se actúa paralelamente e igual que un competidor, pues ello genera una práctica comercial restrictiva vía acuerdos por comportamientos paralelos. De tal suerte que estando sistematizada la ley de competencia desleal con las prácticas comerciales restrictivas se prohíbe la *imitación exacta y minuciosa*. Pero para que tal imitación sea considerada como desleal se requiere que genere confusión o aprovechamiento indebido de la reputación ajena.

Pienso que es inoficiosa tal condicionamiento, pues si para que sea considerada la imitación como desleal se requiere una previa calificación de deslealtad bajo otros supuestos como confusión o explotación, la imitación sobra, pues ya existe el rechazo legal por causa de la confusión o explotación de la reputación ajena mencionadas.

Resulta, a mi modo, de ver más un texto normativo aclarativo y explicativo, donde se indica que por el abuso a la copia se puede generar confusión o explotación de la reputación ajena.

Ahora bien, si lo copiado genera *inevitablemente* el riesgo de confusión (asociativo), se trata de un asunto donde no existe abuso de copia, sino que es imposible copiar sin que se genere confusión; en este caso la culpa será de la víctima, pues para esta era previsible que era imposible copiarse sin generar confusión, y asumió esa situación (riesgo creado), no pudiendo ser dueño de un derecho a la exclusividad que no tiene protección legal; la conducta del tercero es justificada por culpa de la víctima, quien pudo prever las consecuencias del actuar legítimo de un tercero.

También es desleal la copia permanente, que no permite el posicionamiento de otro por la propia copia. Si no existe copia, entonces no existirán iguales, y en ese sentido el público podría diferenciar, lo cual es denominado posicionamiento. Esta prohibición de copia es para esos casos en que se impide por medio de la copia el posicionamiento. Sobre este supuesto, considero que es deber de la empresa denunciar la copia y el seguimiento, pues de otro modo existe consentimiento de la víctima y siendo conocedora de la imitación, podría ser investigada por un paralelismo consentido, reprochable por el régimen de antimonopolios, pues se está dejando seguir sacando provecho del seguimiento, ya que en el mercado su competidor no compete, sino que lo sigue.

Por último, retomando figuras interesantes de responsabilidad, el supuesto de imitación es consciente de que la

copia a otro puede estar dentro de lo que se denomina la respuesta natural del mercado, es decir, sentido de supervivencia de las empresas, y esta es una causal de justificación especial para esta conducta. Puede ser entendida la figura como una legítima defensa; sin embargo, esta figura no es propia del Derecho civil, sino del penal. En civil se denominaría culpa de la víctima, quien es la que genera la causa del seguimiento a otro como una respuesta natural del mercado, y el que hace la copia está haciendo un uso legítimo de un derecho.

I. Acto de deslealtad por explotación de la reputación ajena

Apropiarse de lo de otro, esa es una frase corta que contiene el significado de explotación de la reputación ajena.

La fama es aquello por lo cual se califica una persona. Buena o mala, pero es la fama. Es como los demás perciben algo o a alguien. Desde muy pequeños conocemos la palabra “reputación”, pues es usual a veces oír comentarios de los mayores acerca de la reputación de alguien, el “deporte” de calificar a otros.

Este supuesto de deslealtad salvaguarda la “buena fama”: aquella calificación o percepción positiva que tiene el mercado acerca de una empresa por su esmero dentro de la actividad mercantil. Desde tal perspectiva, resulta atractivo para un tercero retomar esa fama y explotarla, pero si lo decide así, se le olvida que la fama es una especie de derecho personalísimo, y es propiedad de su titular. En este sentido se requiere de la autorización del titular de la reputación para explotarla, pues de otro modo se estaría explotando el derecho de un tercero, creándose un enriquecimiento sin justa causa.

Este es un caso típico de uso de derecho ajeno en que genera para su ejecutor enriquecimiento sin justa causa. Pero si con el uso del derecho ajeno se causó daño, lo que sobreviene es

el descrédito o la confusión, pues como resultado de la explotación ajena se perdió credibilidad en el mercado o se creó riesgo de asociación, y procede el derecho a los perjuicios. Con lo cual queda claro que la explotación de reputación ajena es una típica acción de enriquecimiento sin justa causa, y si la explotación de la reputación genera daño al empresario la tipificación deberá adelantarse por otro supuesto de deslealtad como es el descrédito, el engaño, la confusión, la desviación de clientela, etc., donde se solicita el daño argumentando la causa de este, que no es la explotación sino la pérdida de valor. Entonces, cuando se pretenda el valor por el uso del derecho y su provecho, el perjuicio no se alega por medio del supuesto de explotación de la reputación ajena, sino del supuesto que lleva al daño.

Se trata, entonces, de identificar si existe la reputación, para después demostrar si otro se aprovechó de ese camino recorrido por otro en el mercado, cobrando su uso y su provecho. Después de identificar si por la explotación ajena se causó perjuicio a la empresa. En este caso, se perseguirá el uso y el daño.

Contiene el mandato legal una descripción de lo que, entre otros, se considera explotación de la reputación ajena. Así, se considera que el uso de signos distintivos genera explotación de la reputación. Pero para que ello ocurra debe probarse los presupuestos de aplicación de la ley, especialmente el presupuesto objetivo, es decir el concurrencial. Pero el solo uso del signo es desleal cuando se alega acción de amenaza, pues es claro que el hecho de que otra persona diferente de su titular use el signo es una amenaza a la competitividad.

Entonces, el uso de signo distintivo ajeno siempre es desleal por amenaza, recordado lo dicho al respecto en la parte de legitimación; y si lo que se pretende es dinero por el uso del derecho ajeno, debe probarse ese provecho, es decir, la concurrencia al mercado.

No es aceptable la interpretación de que el solo uso del signo no genera deslealtad, pues si usar el signo de otra persona no es amenaza, ¿entonces qué lo es? Es claro que es un acto que atenta contra la competitividad, quizás sin causar daño todavía, pero para eso están las acciones de amenaza y de perjuicio.

J. Acto desleal por violación de secretos

Bajo este supuesto de deslealtad se protege la información reservada de una empresa. No en pocas ocasiones el mundo empresarial cuenta con información que resulta vital para sus negocios. Dicha información puede ser de aquella que es calificada como reservada, la cual es de propiedad de su titular. En ese orden, existe deslealtad cuando se explota o divulga esa información que pertenece a otro, denominada reservada.

Se parte, entonces, de identificar si lo que se pretende alegar como usurpado es reservado o no. En materia de información se parte de una premisa particular: lo general es que la información sea pública, siendo la excepción la reserva. Entonces, son pocos los casos en que la información es reservada.

Considero que una información es reservada cuando no es posible tener acceso a ella por una fuente diferente que a su titular. Si la información reposa en otra parte por fuera de la órbita de control del supuesto titular la información no puede ser calificada como reservada y resulta ser pública, ya que no está bajo el control del que alega titularidad.

Un ejemplo es la lista de clientes de una compañía. Si la lista contiene tan solo direcciones y teléfonos que reposan en el directorio telefónico, resulta inconducente alegar reserva sobre ella, pues se trata de información que se encuentra en la guía, máxime ahora que los anunciantes pautan por sectores, teniendo ya bajo esa forma el interesado detallado el mercado meta. Es decir, si una compañía de papel quiere

la lista de papelerías interesadas en su producto, sólo busca en las páginas de la guía en la sección *papelerías*, y ahí le aparece la dirección y teléfono de su mercado objetivo. Entonces, sobre ello no es factible alegar reserva, pues la información reposa en una guía pública a la cual todo el mundo tiene acceso. Ahora, si la lista contiene otro tipo de información, como plazo de los contratos, valor, frecuencia de compra, modos de pago, cantidad de pedidos, etc., esa información sí resulta reservada, pues a ella sólo tiene acceso la empresa, y no existe otro medio para tenerla, y en ese caso, se hablaría de información reservada y un uso desleal de la misma.

Resulta de la mayor importancia tener claro que lo público no se puede convertir en reservado por una simple cláusula de confidencialidad.

El acceso a la información reservada puede ser de dos clases: legítimo e ilegítimo: el acceso legítimo se presenta cuando el titular de la información permite que un tercero tenga acceso, pero impone el deber de reserva. La carga de mantener la reserva es del titular, que al momento de permitir a un tercero el acceso, debe imponer el deber de confidencialidad, pues en caso de no hacerlo convierte en público lo que era reservado. Entonces, el guardián de la cosa debe cuidarla. El acceso ilegítimo se presenta cuando la reserva es violentada por un tercero: tiene acceso ilegal. Es claro en este caso que el guardián de la cosa debió haber tomado todas las medidas para conservar la reserva y no permitir el acceso ella misma, pues de otro modo es culpa de la víctima o es copartícipe de lo ocurrido.

Se presenta deslealtad cuando teniendo acceso legítimo se incumple con el deber de reserva, divulgando o explotando lo reservado. Así mismo, se es desleal cuando se tiene acceso ilegítimo acompañado de divulgación o explotación.

K. Actos de deslealtad por inducción a la ruptura contractual

Es ampliamente conocido el principio de relatividad de los contratos según el cual el contrato es ley para las partes y sólo para ellas. Eso significa que terceros no hacen parte de esa relación obligacional. Sin embargo, en algunas ocasiones existen terceros interesados en que esa relación no continúe: se inmiscuyen en ella y causan su rompimiento. En materia de mercados dicha situación resulta importante, pues las empresas desarrollan su actividad interna o externa bajo modelos contractuales.

Este supuesto salvaguarda la tranquilidad contractual de una empresa respecto de terceros ajenos a la relación obligatoria. Ahora, esto no puede ser malentendido como la imposibilidad de ofertar al obligado con diferentes opciones, pues no se trata de crear monopolios contractuales.

En desarrollo de la explicación de los supuestos se entenderá el sentido, alcance y límites de tan interesante supuesto de deslealtad.

Son tres las hipótesis contenidas dentro del texto legal: 1. Inducción al incumplimiento de contrato; 2. Inducción a la terminación regular, y 3. El aprovechamiento de la infracción contractual.

La primera forma, es decir, *la inducción al incumplimiento del contrato*, se presenta cuando el tercero ajeno al negocio jurídico tiene influencia en el incumplimiento del contrato. El solo hecho de influenciar a quien lo incumple configura la conducta. En estos casos es de la mayor importancia determinar que la influencia estaba encaminada a la terminación del contrato, pues es el móvil. Pero no puede pretenderse que terceros queden vetados para entablar relaciones precontractuales o contractuales con quien ya contrató. No puede entenderse como influencia la oferta de contratar, pues se estaría entendiendo que un cliente o un trabajador no podrían recibir otras ofertas siendo propie-

dad, cosa que no es lo que busca el mandato legal que nos ocupa. Entonces la influencia no puede ser confundida con el legítimo derecho que se tiene de ofertar en un mercado. La influencia debe estar por fuera de lo que significa el uso legítimo de un derecho o dentro de lo que se denomina abuso del derecho.

La segunda forma, es decir, *la inducción a la terminación regular*, se presenta cuando el contrato termina por causas mismas del negocio, como son el cumplimiento de la prestación, la llegada del plazo, etc., pero como todo negocio, con la posibilidad de prorrogar o de renovar su contenido, y el tercero ajeno a esa relación interviene para que esa posibilidad no se concrete. De la misma manera, la influencia para no seguir contratando debe estar dentro el abuso del derecho y por fuera de uso legítimo de un derecho.

La última forma es el *aprovechamiento de la infracción contractual*. En este supuesto el tercero no se entromete en la relación, pero es conocedor del incumplimiento y saca provecho de él. Este supuesto es un claro desarrollo del artículo 1515 del Código Civil, donde se pregona la devolución del provecho ganado con el dolo de otro. Entonces, el que se aprovecha del incumplimiento ajeno tiene que devolver lo que se ganó.

CAPÍTULO TERCERO

DESLEALTAD Y SIGNOS DISTINTIVOS

I. SIGNOS DISTINTIVOS Y COMPETENCIA

Los productos son los lazos que unen a la empresa y al consumidor. La marca es una expresión o una señal cuya finalidad es identificar el producto para diferenciarlo de productos rivales. Desde el punto de vista del consumidor, la marca le garantiza una calidad uniforme cuando vuelva a adquirirlo.

En todo proceso de compra los consumidores adelantan en su mente un análisis de las marcas reconocidas y adquieren la mejor imagen que tengan de ellas. Si el producto cumple con sus expectativas, esta persona repetirá la compra del producto cuando nuevamente lo necesite. En este sentido, la entrada al mercado puede ser la situación más difícil para una empresa, pues debe cambiar la imagen que tiene un consumidor de productos que ya se encuentran gravados en su memoria, emprendiendo la tarea para reposicionar la competencia. Lo que se ha comentado se denomina el posicionamiento de una marca. Para que este fenómeno se presente, los expertos en mercadeo han explicado que todo producto recorre un camino antes de estar posicionado:

Se parte de una etapa de desconocimiento, pues los consumidores ignoran el nuevo producto. La empresa emprende la labor de conocimiento, involucrando campañas publicitarias que permitan al consumidor conocer

las características del producto, intentando dejar gravada en su mente una expresión que permita diferenciar el producto frente a otro. En respuesta a la publicidad, siempre y cuando esta sea efectiva, el mercado despierta interés sobre el producto.

De acuerdo con el interés creado, el consumidor prueba y compra por primera vez y así obtiene su propio criterio sobre el bien. Este es el verdadero momento de la empresa en el mercado. Si es aceptada por el consumidor, es decir, si satisface la necesidad del consumidor, este deja de ser un simple comprador y pasa a convertirse en un cliente, quien en adelante mantendrá una fidelidad hacia la marca.

Las anteriores etapas son necesarias para hablar del posicionamiento de las marcas, lo que se traduce en el reconocimiento que hace un mercado a las características de un producto, así como al nivel de aceptación que tiene éste en su clientela, lo cual permite estar seguros de unas calidades mínimas que han sido frecuentes, las cuales se comprueban por la fidelidad en la compra.

Ahora, el posicionamiento debe ir acompañado de una profundización en el mercado, organizando estructuras de distribución que permitan asegurar la presencia del producto dentro del mercado.

Estos aspectos nos llevan a donde queremos llegar: en el posicionamiento y profundización de la marca la empresa invierte anualmente grandes cantidades de dinero. Desde la etapa de mercadeo, donde determina lo que necesita el consumidor, agregando determinada calidad e idoneidad a sus productos, pasando por labores de publicidad, canales de distribución, servicios posventa, y hasta estudios de aceptación del producto, son labores que involucran dinero para las empresas y seguridad para los consumidores.

Cuando terceros no autorizados utilizan en sus productos los signos de otros, actúan por fuera de la ley: se aprovechan del esfuerzo alcanzado por otro dentro del mercado, hacen fortuna con una imagen que nos les pertenece y rompen la

seguridad y confianza que los consumidores tienen sobre su producto preferido. Es decir, son piratas de signos distintivos.

II. CONSECUENCIA DE MERCADO POR USO DE SIGNOS

En la medida en que exista una variedad de marcas dentro de un mercado, de la misma manera existirá, de forma directa, una multiplicidad de calidades y precios para escoger. Por ello, lo más importante en una economía es la entrada de nuevos productos al mercado.

La piratería marcaría es la falta de confianza en lo propio, lo cual resulta fatal para un mercado. Las nuevas empresas pueden crear su propio producto y marcarlo con determinada expresión, para captar su propia clientela. Sin embargo, escogen el camino más corto, como es tomar una expresión posicionada y marcar sus productos con esa denominación sobre la cual otro tiene el derecho.

Lo perjudicial para el mercado es que, por una parte, se engaña al consumidor sobre la verdadera adquisición de una calidad y un conjunto de características, y por otra, se trata de un producto nuevo que no entra a ser una opción para el mercado, pues se denomina igual que uno ya posicionado, es decir, no existe aumento en el abanico de marcas para escoger, con riesgo de que ocurra todo lo contrario, pues la marca pirata, al no contar con controles de calidad, puede desacreditar la imagen que tiene el consumidor sobre la verdadera, con lo cual lanza por la borda todo el esfuerzo de posicionamiento de marca implementado por la empresa.

III. ACCIONES DE COMPETENCIA DESLEAL POR USO DE SIGNO DISTINTIVO

Como se expresó, competencia desleal agrupa los comportamientos malintencionados desarrollados por personas que impiden que una empresa adelante su actividad comercial.

Existen intangibles que son de propiedad de una empresa por medio de los cuales esta graba en la mente del consumidor un nombre o la identificación de una expresión con un producto que ella fabrica. En esta parte del ensayo trataré de explicar algunos supuestos que pueden ser adecuados a situaciones en las cuales se esté usando un signo distintivo de un empresario que se encuentra amparado en la ley, aclarando que en cada caso particular tendrá que analizarse la situación, pues puede presentarse la adecuación de los mencionados a continuación o de otros no tratados. Lo siguiente es tan sólo un ejercicio práctico.

En primer lugar, no debe olvidarse que en cada caso debe tenerse en cuenta la necesidad de contar con los ámbitos de aplicación y la legitimación explicada, a fin de encontrar la adecuación normativa requerida, así como la explicación particular dada atrás para cada supuesto.

Explotación de reputación ajena. En el artículo 15 de la Ley 256 de 1996 se considera desleal el aprovechamiento de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. En el mismo sentido, se considera desleal el empleo no autorizado de signos distintivos o de denominaciones de origen falsas o engañosas.

Son dos los supuestos fácticos contenidos en el artículo en comento. En la primera parte, aparece contenida la prohibición general de explotación de reputación ajena, diferenciando claramente la reputación industrial, la reputación comercial y la reputación profesional. En la segunda parte del supuesto, aparece la descripción por uso de signos distintivos.

Observemos que lo que se repudia de manera general en la norma es la explotación de una reputación adquirida por otro. Aquí, el bien jurídico tutelado es ese, es decir, el reconocimiento favorable que tiene un comerciante dentro del público. En mi criterio, la situación planteada en la primera parte del artículo difiere de la segunda, por ello afirmamos que una es la prohibición general de explotación

de reputación ajena y la otra es la particular de explotación de reputación ajena.

Por ser diferentes los dos supuestos contenidos en la norma, la conformación de ingredientes para su adecuación normativa también lo es. En el primero, es primordial probar una reputación existente dentro de las tres que se comentan en el artículo, es decir, profesional, comercial o industrial. Deberá adicionalmente demostrarse la explotación de esa reputación por parte de otro, por cualquier medio apto para ello. En la segunda, estamos en presencia de una descripción legal, en donde cumplida la situación prevista por el legislador habría lugar a declarar la conducta como desleal, sin la obligación para el perjudicado de probar la previa reputación que él tenía en el mercado con el signo distintivo y dejando a salvo la posibilidad del denunciado para desvirtuar la falta de existencia de esa reputación en el mercado.

Por tanto, la reputación es un elemento que debe debatirse en los dos supuestos, pero si estamos en presencia del supuesto particular de uso de signos distintivos, no es del demandante la carga de la prueba sobre la existencia de su reputación, pues la ley la presume¹. Así, está en cabeza de la parte demandada el desvirtuar esa presunción².

Por ser este un capítulo dirigido solamente a la parte de signos distintivos sólo se tratará el artículo ajustado a ese

1 Según el artículo 66 del Código Civil, "si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias".

2 Recordemos que una de las características de los signos distintivos es la distinción y diferenciación con otros. Entonces, podría alegar el demandado que esos signos no distinguen al empresario porque él no tiene reputación en el mercado.

tema, aclarando que la explotación de reputación puede presentarse por casos diferentes del uso de esos signos.

En ese orden de ideas, en la adecuación normativa de explotación de reputación ajena por uso de signos distintivos estudiada bajo la óptica del segundo supuesto de explotación, deberá probarse:

- El derecho que posee el demandante sobre un signo distintivo.
- El uso por parte del demandado de un signo idéntico al registrado o al usado con legítimo derecho por parte del demandante.

No obstante lo dicho, se recomienda, en caso de contar con ello, prueba de la reputación, pues en la medida en que se le den mayores argumentos al juzgador, éste podrá tener mejores elementos sobre la situación.

Ahora bien, si se ejerce acción de amenaza se tendría que el solo hecho de usar el signo ya es amenaza, y por ende un acto desleal, no siendo necesario probar daño, ya que si existe daño por el uso del signo la tipificación será por otro supuesto, pues la explotación por signo sólo genera la retribución de que se debe pagar por el uso del mismo, ya que se usó un derecho ajeno.

Puede presentarse *imitación*. Ahora bien, si el signo distintivo usado es parecido pero no idéntico, no se adecuaría al primer supuesto que estamos comentando. Pensaría que llegado ese caso debería tratarse bajo el primer supuesto de explotación de reputación ajena, combinándolo con el supuesto fáctico de imitación³, pretendiendo probar una imitación de signo y como consecuencia de ello, una explotación de reputación ajena. Veamos lo que debería probarse para la adecuación de esta hipótesis:

3 La imitación de iniciativas amparadas en la ley está prohibida por las leyes colombianas.

- El derecho que posee el demandante sobre un signo distintivo.
- La imitación del signo por parte del denunciado.
- El uso del signo por parte del denunciado.
- La reputación del demandante en el mercado.

Como se observa, es más exigente la adecuación normativa de la última hipótesis frente a la primera.

De conformidad con el artículo 14 del régimen de competencia desleal, la imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estas estén amparadas por la ley.

El contenido del artículo está compuesto por tres incisos más, que para los fines de este tema no se tratan por no tener relación con el uso de signos distintivos.

Como se puede observar en el contenido de la transcripción de los dos primeros incisos del artículo 14 de la Ley 256 de 1996, en nuestro país la regla general es que la imitación de prestaciones es libre. De tal manera, los participantes del mercado están autorizados para copiar iniciativas de otro, sin que lo anterior tenga consecuencias desde el punto de vista comercial para quien plagió. Ahora bien, la regla general tiene una excepción legal, según la cual, se otorga un trato especial a los derechos o prestaciones sobre las cuales se tiene un amparo en la ley. De esta manera, atendiendo que existen bienes o intangibles sobre los cuales nuestras normas de propiedad industrial han otorgado un derecho exclusivo de uso, el régimen de competencia desleal reprocha el hecho de tomar como referencia un signo o derecho que se encuentra en poder de otro.

Cabe recalcar que la imitación desleal no agrupa la copia idéntica de un signo distintivo con otro, pues esa situación se adecuaría a la presunción de explotación de reputación ajena explicada en el punto anterior. Bajo el supuesto de imitación comentado se sancionan los rasgos parecidos pero no idénticos entre dos signos.

En conclusión tenemos que en nuestro país es de manera general permitida la imitación, pero si se trata de la imitación de signos distintivos amparados en la ley, esa conducta se castiga como desleal. Para que opere este supuesto se requiere probar:

- El derecho sobre un signo distintivo.
- Los rasgos en los cuales guardan semejanza o parecido dos signos distintivos.
- El uso de ese signo parecido por parte del demandado.

Otro supuesto comprometido es el *descrédito*. En uno de los apartes del artículo 12 de la Ley 256 de 1996 se señala que es desleal cualquier tipo de práctica que tenga como objeto o como efecto desacreditar las prestaciones, actividades o establecimiento de otro.

Así como el régimen de deslealtad castiga el uso de un signo ajeno para apropiarse de la reputación adquirida por otro en el mercado, también el mismo régimen castiga la situación contraria a la reputación, es decir, cuando con el uso del signo ajeno se acaba con el prestigio del titular del derecho. En este orden de ideas, la imagen favorable que alcanza un empresario en la mente de los consumidores, con el uso de un nombre comercial o de una marca, está siempre en riesgo cuando un tercero no autorizado los usa.

El problema se presenta de manera especial cuando el producto, marcado con una expresión parecida o idéntica a la usada legítimamente por otro, no cumple con las condiciones de idoneidad y calidad exigidas por la ley o tenidas en cuenta por el verdadero titular del derecho sobre el signo distintivo, con lo que desacredita al empresario y a la marca.

Sin embargo, para que opere el descrédito anotado debe partirse de la confusión por parte del consumidor acerca de la procedencia de los productos o del empresario, ya que si tiene diferenciada la procedencia mal podría desacredi-

tarse, pues ya se conoce su verdadera procedencia. Pero otro es el caso cuando se logra probar que la intención del presunto infractor era desacreditar, ya que en esta situación no se requerirá la confusión previa del consumidor. En este caso el solo uso del signo distintivo no es suficiente, pues es necesario que se pruebe la intención de desacreditar o el verdadero descrédito sufrido en el mercado.

También pueden estar presentes la *desviación de clientela*, *el engaño* y *la confusión*. Existen otros supuestos desleales que pueden presentarse como consecuencia de la imitación o de la explotación de la reputación ajena por el uso no autorizado de signos distintivos. Tal es el caso de la desviación de la clientela, la confusión y el engaño. Estos tres supuestos podrán ser alegados en la medida en que exista concomitante con ellos una imitación o el uso del signo distintivo como tal.

- Se presenta desviación de clientela si el consumidor cree que está comprando la verdadera marca. En este caso los consumidores confunden la verdadera procedencia del producto y la empresa pierde un cliente para ese negocio.

- Se presenta engaño cuando el empresario infractor hace caer en error al consumidor alegando que ese es el producto original y la marca auténtica.

- Se presenta confusión cuando para el consumidor no es clara la verdadera procedencia del producto.

De esta manera, desde el punto de vista desleal, un comerciante tiene un régimen que le permite defenderse de terceros que abusivamente usan un signo distintivo sobre el cual se tiene un previo derecho de uso. En la Ley 256 de 1996, aparte de los supuestos comentados aparecen herramientas que permiten que el acto desleal sea rápidamente erradicado del mercado, como son las medidas cautelares de 24 horas, las cuales serán tratadas en el próximo capítulo.

No sobra indicar que aparte de las acciones de competencia desleal por uso de signo distintivo, existen otras que también pueden ser utilizadas para defenderlo, pero bajo el

ropaje de otro bien jurídico tutelado, como, por ejemplo la acción de consumidor por publicidad engañosa, o la acción de actos restrictivos de la competencia por información errónea que afecte el mercado, así como las acciones populares y de grupo que dañen la competencia o el consumo que tengan como fuente la confusión o el engaño por signos distintivos.

CAPÍTULO CUARTO

ASPECTOS PROCESALES ESPECIALES

DE LA LEY DE DESLEALTAD

Teniendo en cuenta que al momento de explicar la configuración de un comportamiento desleal se adelantó mención acerca de la legitimación por activa y por pasiva, así como una descripción de las dos clases de acciones, la declarativa y de condena, y la preventiva o de prohibición, en este capítulo se abordarán temas como jurisdicción y proceso civil y administrativo por deslealtad; competencia del Juez; prescripción y caducidad; así como las diligencias preliminares y las medidas cautelares.

I. JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA Y CIVIL POR COMPORTAMIENTOS DESLEALES

En materia de deslealtad existen dos clases de jurisdicciones. Por una parte la jurisdicción administrativa y por otra parte la jurisdicción civil.

La jurisdicción administrativa se desarrolla bajo un expediente administrativo que se adelanta frente a la Superintendencia de Industria y Comercio a la luz de un trámite contenido en la Primera Parte del Código Contencioso Administrativo¹. Allí, del artículo 1.º al 81 aparecen

1 Artículo 6.º de la Ley 1340 de 2009

las normas que regirán en esta clase de actuaciones. Dicho trámite es el procedente en la medida que no existe norma especial que indique otro diferente.

Es de resaltar que una investigación administrativa por deslealtad es procedente cuando la autoridad considera que el comportamiento ilícito trascendió la órbita privada de daño patrimonial configurando un daño al bien público, es decir, al mercado, pudiendo ser castigado el autor del comportamiento desleal con una sanción pecuniaria por dañar la cosa pública². De no existir dicho entorno, tan sólo el comportamiento podría ser juzgado bajo la óptica civil, pues no se presenta prueba del daño a la cosa pública, situación necesaria para que el Estado entre a sancionar lo hecho.

Este tipo de investigación administrativa podrá iniciarse de oficio o a petición de parte. En el supuesto de ser una queja presentada por un particular, se tiene que la Administración tendrá la posibilidad de requerir la información adicional que se necesite (art. 11 del CCA). Si el particular no radica la información requerida por la Administración dentro de los dos meses siguientes, se entenderá que ha desistido de su queja (art. 13 del CCA). En el supuesto de estar completa la información, y que la Administración decida abrir una investigación, ordenará la notificación a los investigados (arts. 44 y 45 del CCA), para que ejerzan su derecho de contradicción, así como la publicación a terceros a fin de vincular a la comunidad a los resultados de la investigación (art. 15 del CCA). Durante la investigación los vinculados podrán solicitar las pruebas que consideren pertinentes para ejercer su derecho de defensa (art. 34 del CCA). Por último, la Administración correrá traslado a los vinculados y al quejoso, en caso que hubiese sido impulsada

2 Ver artículo 143 de la ley 446, concordante con el numeral 2 del artículo 2 y numeral 15 del artículo 4.º, ambos del Decreto 2153 de 1992, modificado este último por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, a fin de definir el monto de la sanción por competencia desleal.

por un particular la investigación, de las pruebas practicadas para que éstos presenten sus alegatos de conclusión (art. 35 del CCA). Notificada la resolución de sanción o de archivo (arts. 44, 45 y 47 del CCA), procederán los recursos de la vía gubernativa (num. 2 del art. 50 del CCA), cobrando firmeza finalmente el acto (art. 62 del CCA). Es de resaltar que estas decisiones contarán con las acciones propias del contencioso administrativo, contenidas en la Parte Segunda del Código Contencioso Administrativo.

En cuanto a la jurisdicción civil, esta se adelantará bajo la figura de la heterocomposición, donde un particular impulsa la demanda. Para ello, serán competentes los jueces civiles del circuito, así como la Superintendencia de Industria y Comercio, quien para el efecto será un juez más, tal como lo pregona el artículo 143 de la Ley 446 de 1998, concordante con el artículo 116 de la Constitución Política. Amerita comentario especial lo anterior, pues se trata de una entidad administrativa a la que le fueron otorgadas facultades jurisdiccionales para que resolviera disputas entre dos particulares. En ese sentido, el acto administrativo de la Superintendencia de Industria y Comercio decidiendo el conflicto de deslealtad donde vinculó a una parte demandante y a una parte demandada, tendrá alcance jurisdiccional como si fuera un juez. No se debe confundir esta facultad civil con la facultad administrativa, pues son diferentes: en la primera, la Superintendencia de Industria y Comercio ejerce labores de juez, en tanto que, en la segunda, adelanta funciones de policía administrativa en desarrollo de su labor de supervisión y control del mercado.

En tal sentido son dos los sujetos competentes en materia civil para juzgar asuntos de competencia desleal: por una parte, todos los jueces civiles del circuito, de otra, la Superintendencia de Industria y Comercio, como un juez más de primera instancia, ya que el fallo final siempre estará en cabeza del Tribunal Superior Civil como autoridad competente para conocer en segunda instancia de estos casos.

El proceso que deben observar tanto los jueces como la Superintendencia de Industria y Comercio para fallar asuntos civiles de deslealtad, será bajo el ropaje del proceso verbal.

En lo referente al proceso verbal existe amplia doctrina acerca de los pormenores, por ello no nos referiremos a las minucias del trámite, mas sí a los asuntos procesales especiales en los procesos de deslealtad contenidos en la Ley 256 de 1996.

II. COMPETENCIA TERRITORIAL DEL JUEZ

De acuerdo con el artículo 25 de la Ley 256 de 1996, existen diferentes posibilidades para definir la competencia territorial del juez en un asunto de deslealtad.

A decisión del demandante se puede presentar la demanda ante el juez del circuito donde tenga el establecimiento de comercio la parte demandante, y a falta de éste el domicilio del demandado o en la residencia habitual de éste; pero también podrá el demandante presentar su demanda en el sitio donde se haya realizado el acto de competencia desleal.

En este segundo caso, es nuestro criterio que lo podrá hacer de manera independiente a si el demandado tiene allí su establecimiento, domicilio o residencia. Lo importante es probar que el acto desleal tuvo efecto en el territorio donde fue presentada la demanda. Esta es una competencia territorial especial, propia de una demanda de deslealtad, que autoriza la radicación de la demanda en el lugar donde se realizó el supuesto hecho denunciado.

III. DILIGENCIAS PRELIMINARES DE COMPROBACIÓN

Este trámite particular se encuentra contenido en los artículos 27 a 30 de la Ley 256 de 1996. El objetivo de la figura procesal es que bajo su desarrollo pueda recaudarse el

material probatorio que de no hacerlo en ese instante corre riesgo de erosión o desaparecimiento.

De tal suerte que, en algunas ocasiones, las pruebas necesarias para demostrar la veracidad de los hechos sobre los cuales se basan las pretensiones pueden ser recaudadas a lo largo del proceso; pero también puede ocurrir que las pruebas que demuestran la ocurrencia de lo afirmado en la demanda estén en peligro de desaparecer, a instancia del conocimiento que tenga el demandado acerca de una demanda en su contra, o por circunstancias de tiempo, modo o lugar. Así, este tipo de diligencia se adelanta a fin de evitar la pérdida del acervo probatorio sin culpa de la parte demandante.

El momento procesal de estas diligencias es preliminar a la demanda, es decir, se solicitan las pruebas antes de ser radicada la demanda. Tal como ocurre con las medidas cautelares, la procedencia de las diligencias de comprobación requieren de un escenario mínimo para que resulte ajustada su práctica. En dicho orden, se requiere que los hechos que se alegan como desleales, en caso de ser ciertos generen, efectivamente, en su sola descripción, una deslealtad, y no sean tan sólo afirmaciones sin ningún respaldo probatorio. Así mismo, se requiere para el decreto de su práctica, que no exista otra forma de comprobar los hechos que se quieren demostrar, pues de existir otro medio que no ponga en riesgo la comprobación del hecho futuro, la diligencia no debería resultar procedente.

La práctica de la diligencia previa de comprobación podrá ser negada por el juez, y sobre ella procederá el recurso de apelación frente al Tribunal Superior Civil.

En el supuesto de ser decretada la práctica de la diligencia previa de comprobación del comportamiento presuntamente desleal, el juez ordenará prestar caución al solicitante que ampare los daños que puede sufrir quien soportará la diligencia. Para la práctica de la misma, el juez podrá hacer uso de peritos, bien sea porque lo considera así de oficio

porque no cuenta con los estudios suficientes en el tema solicitado, o a instancia de parte, porque los interesados así lo solicitan. Dentro de la diligencia se inspeccionarán los bienes o elementos que supuestamente prueban los hechos descritos en la solicitud que presuntamente constituyen una deslealtad. Dentro de las diligencias se podrán tomar los testimonios que resulten necesarios para entender la mecánica de la empresa. Un punto importante es que la diligencia se practica sin presencia de los solicitantes, quienes son ajenos a la práctica, pues le corresponde al juez adelantar la diligencia e inspeccionar lo pedido, es decir, es una diligencia reservada en su desarrollo.

El resultado de la práctica de la diligencia previa de comprobación puede ser positivo o negativo en cuanto al recaudo de pruebas que demuestren los hechos. El resultado es negativo cuando la diligencia practicada no conlleva a demostrar los hechos afirmados, y resulta ser positiva cuando ocurre lo contrario, es decir, cuando con la práctica de la diligencia resultan probados sumariamente unos hechos afirmados por la parte interesada. Insisto, sumariamente, pues no han sido sujetos a contradicción.

En el supuesto de ser negativo el resultado, así se le notificará al interesado, no permitiéndole tener acceso al resultado de la diligencia, lo cual es sano, pues de otra forma la diligencia de comprobación sería utilizada como medio de espionaje comercial. Este resultado negativo no es sujeto a recurso alguno. Ahora bien, si resulta positiva la práctica de la diligencia, se le entregará una certificación del resultado al interesado quien sólo la podrá utilizar para iniciar una acción judicial por deslealtad; demanda que deberá ser instaurada dentro de los dos meses siguientes a la práctica de la diligencia. Considero que, no obstante que la ley define a partir de cuándo se cuenta el término, éste debe ser contabilizado a partir del momento en que es notificada y puesta a disposición del interesado la certificación del resultado positivo de la diligencia previa de com-

probación, pues de otro modo no resultaría ser un término real a favor del interesado, ya que la demora del juzgado en notificar las resultas, y el tiempo necesario para elaborar la certificación, serían aspectos temporales que correrían en contra del interesado, disminuyéndose el término legal para utilizar el resultado en la demanda por presentar. En tal suerte debe ser interpretada la norma para que tenga sentido su aplicación.

IV. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL Y CADUCIDAD DE LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA

Nos referimos acá a la figura de la prescripción desde la óptica civil, y a la figura de la caducidad desde la óptica administrativa.

En el artículo 23 de la Ley 256 de 1996 aparece la regulación referida a la prescripción de la acción civil. Existen dos supuestos:

El primero se presenta bajo la hipótesis según la cual han transcurrido dos años desde que el perjudicado o amenazado tuvo conocimiento del comportamiento; es decir, si el interesado supo del hecho, a partir de ahí cuentan los dos años de prescripción de la acción.

Otra situación se presenta bajo el segundo supuesto, donde se recalca que el término máximo de prescripción de una acción de competencia desleal es de tres años contados a partir de la ocurrencia del comportamiento; es decir, que bajo esta hipótesis el interesado cuenta con un periodo máximo de prescripción que se cuenta a partir del desarrollo de la deslealtad.

Se puede presentar el caso donde el perjudicado tuvo conocimiento del comportamiento antes de que se cumpliera el segundo año de ocurrencia; pero no es a partir de ahí que cuentan otros dos años, pues la norma es clara en indicar que el periodo máximo de prescripción es de tres años a partir de la ocurrencia, quedándole, para el ejemplo, al

perjudicado un año más de gracia para presentar la acción por deslealtad, acogándose al periodo extraordinario de prescripción.

En cuanto a la caducidad de la facultad administrativa para sancionar un comportamiento desleal, debe observarse en principio el contenido del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, de acuerdo con el cual la administración pierde sus facultades sancionatorias tras haber transcurrido tres años de la ocurrencia del hecho presuntamente ilícito. Sin embargo, dicha situación no aplica para el caso de investigaciones administrativas por deslealtad, ya que a la Superintendencia de Industria y Comercio le fueron otorgadas en asuntos de deslealtad las mismas facultades que posee en materia de prácticas comerciales restrictivas y, según éstas, su facultad para imponer sanciones caduca a los cinco años a partir de la ocurrencia del hecho³.

V. MEDIDAS CAUTELARES

Son dos las clases de medidas cautelares que existen reguladas en el artículo 31 de la Ley 256 de 1996 para asuntos de deslealtad.

A. Medidas cautelares de trámite preferente por existir peligro grave e inminente

Esta clase de medidas proceden cuando existe una situación de peligro grave e inminente en la posición comercial del demandado, tenga éste la calidad de perjudicado o de amenazado.

Este peligro grave e inminente recae sobre el negocio mismo, es decir, sobre el bien tutelado denominado compe-

3 Ver artículos 6, 26 y 27 de la Ley 1340 de 2009, concordante con el artículo 143 de la Ley 446 de 1998 y numeral 2 del artículo 2.º del Decreto 2153 de 1992.

titividad, y se presenta cuando, como consecuencia directa o indirecta del ataque presuntamente ilícito del autor del comportamiento, la parte demandante, que es una empresa existente o una empresa que está por nacer, sufre un desmedro en su actuar comercial que la podría llevar a desaparecer prontamente, o a evitar su entrada inmediata al mercado, constituyéndose ambos casos en exclusiones de mercado. En ese sentido, la situación de peligro grave e inminente se refiere a condiciones de exclusiones empresariales, donde el comportamiento del demandado se presenta como una inmediata sustracción de mercado o como la constitución de una barrera de entrada al mercado a la demandante.

En este orden de ideas, el peligro grave e inminente que debe probarse para la procedencia de esta primera clase de medidas cautelares propia del régimen de deslealtad, es el referido a la exclusión de la empresa del mercado, bien sea porque se daña su permanencia o porque se impide su entrada, como consecuencia del comportamiento que presuntamente afecta la competitividad.

En esta clase de medidas de peligro grave e inminente además de tener que probarse, para su procedencia, de manera sumaria, la exclusión comentada, se deben también relatar unos hechos que en su redacción configuren deslealtades. Esos hechos deben estar acompañados de prueba sumaria, es decir, que tanto sobre las pruebas como sobre los hechos no había recaído el derecho de contradicción del demandado, pues como se puede observar de la redacción del artículo 31 de la Ley 256 de 1996, estas medidas proceden sin oír a la parte contraria, pero requieren comprobación sumaria de la realización del acto, y por lógica que los hechos narrados en la demanda, de ser ciertos y completos, configuren un ilícito desleal. Esa comprobación se adelanta bajo prueba sumaria aportada por el interesado, sin que sobre la misma haya recaído aún el derecho de contradicción que tiene la demandada, pues, se insiste, se adelanta sin oír a la parte contraria.

Las medidas que se adoptan por el juez de conocimiento deben estar encaminadas a erradicar temporalmente el hecho generador de la presunta deslealtad, teniendo libertad la parte demandante para solicitar lo que considere procedente y pertinente para ello. Es decir, no existe un límite para la medida a adoptar, siempre y cuando conlleve a la suspensión del comportamiento demandado. Se resalta que la medida cautelar decretada debe garantizar el resultado de la sentencia en caso de que le asista razón a la parte demandante, pero no para asegurarle la indemnización, pues una cosa es la erradicación del hecho del mercado, y otra asegurar el monto indemnizatorio como consecuencia del comportamiento desleal.

Para decretar dicha medida, y por ser una solicitud con carácter preferente, el juez de conocimiento cuenta con veinticuatro horas a partir de que la solicitud tiene entrada a su despacho. Es razonable tal situación, pues lo que se encuentra en juego es altamente importante tanto desde la óptica del interés público como del privado. Dentro del texto del artículo 31 de la Ley 256 de 1996 se expresa que la medida podrá ser decidida dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación de la solicitud, verbo que requiere ser entendido como periodo dentro del cual se debe decidir la medida; no rige el periodo comentado para la medida cautelar que se explica a continuación, la cual no tiene en su ser el rasgo de peligro grave e inminente de la conducta, estando el juez, para este segundo caso, en libertad temporal para decidir la procedencia de la medida. Así, la ley debe ser interpretada de tal modo que tenga sentido.

Esta clase de medida cautelar contiene una circunstancia de tiempo algo exótica desde la óptica procesal, y es que permite ser solicitada al juez inclusive antes de ser presentada la demanda, como un trámite independiente sin demanda que la acompañe. Para este efecto solo será competente el juez donde tenga efectos el acto presuntamente desleal. Resulta exótico dado que lo general es que la medida cautelar esté

acompañada de la demanda, y no que sea presentada de manera independiente sin radicación de demanda.

Dentro de la ley no aparece regulado el tema acerca del tiempo que tiene el solicitante de la medida para que en caso de ser decretada la misma presente la demanda. Haciendo uso de la analogía, permitida en materia procesal, pienso que el vacío se llena con el contenido del artículo 29 de la Ley 256 de 1996, donde se regula el tiempo para presentar demanda después de practicadas las diligencias previas de comprobación, de acuerdo con el cual, se cuenta con dos meses pasada dicha diligencia para presentar la demanda. Se trata de un caso parecido ya que tiene en cuenta una diligencia previa a la presentación de la demanda que busca recaudar pruebas, y que después requiere la presentación de la demanda. Por ello dicho término y situación que se encuentra desde el mismo cuerpo normativo de la Ley 256 de 1996 permite la analogía comentada.

Por último, esta medida y la siguiente se adelantan bajo la responsabilidad del solicitante y por ello requiere ser garantizado el daño antijurídico que pueda sufrir el perjudicado por la medida.

B. Medidas cautelares de trámite ordinario

Esta clase de medidas, por oposición a las explicadas en el punto anterior, no guardan como causa principal una situación de exclusión de mercado para las demandantes sino que se encuentran bajo un entorno fáctico de comportamientos desleales que no ponen en peligro la permanencia o entrada de una empresa al mercado. Sin embargo, cabe recalcar que lo dicho no excluye que se puedan presentar alegando un acto de exclusión de mercado.

La solicitud de medida cautelar se adelanta con la participación de la contraparte a quien se le traslada la misma para que pueda opinar acerca de su procedencia, es decir no tiene el carácter de preventiva.

La procedencia, al igual que la anterior medida, se basa en que los hechos narrados en la demanda configuren un acto de competencia desleal, acompañándolos de pruebas sobre las cuales, para este caso, ya ha recaído derecho de contradicción, por lo tanto, el juez tendrá mayores elementos de juicio para analizar la necesidad y procedencia de la medida.

LIBRO TERCERO
DERECHO DEL CONSUMO

CAPÍTULO PRIMERO
ANÁLISIS ECONÓMICO, RÉGIMEN
DE RESPONSABILIDAD Y ACCIONES

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro sentir, las normas civiles están sufriendo un gran riesgo, pues en la actualidad el derecho de consumo está erosionando sus cimientos. El derecho de consumo se presenta como una alternativa para aquellos que sufren un daño. Pero dicha situación ya se encontraba salvaguardada por el régimen civil. Entonces se encuentra en la ley dos regímenes que pretenden la satisfacción del comprador.

En este sentido, se hace necesario remontarse a una explicación económica que permita fundamentar la existencia de un régimen que proteja el mismo daño cubierto por el régimen civil de contratos. Para ello, dentro de este artículo se pretende adelantar 1. una explicación económica que fundamente la existencia de las normas de consumo; así como una breve descripción de 2. las acciones y del 3. derecho sustancial que dentro de nuestro entorno nacional rodea tal derecho, es decir, el juicio de responsabilidad. Unas cortas líneas que decantan inquietudes surgidas en clase, es decir, aportadas por estudiantes.

II. ANÁLISIS ECONÓMICO

Fundamentos necesarios:

A. Enfrentamiento entre oferta y demanda

A nivel microeconómico siempre se tienen en cuenta dos variables principales: la oferta y la demanda.

En la oferta están las empresas, que en virtud de la libertad negocial escogen el mercado donde quieren participar. En adelante, ofrecerán satisfacer necesidades con sus productos (bienes y servicios). Su función dentro de la economía es ofrecer bienes a cambio de un precio. Como es un negocio, la finalidad de la empresa es obtener el mejor rendimiento a su inversión, es decir maximizar su utilidad.

Por otra parte está la demanda. De ella hacen parte los consumidores, quienes pretenden satisfacer necesidades. Para ello utilizan el ingreso que reciben. En la medida en que en un mercado los productos tengan un precio bajo, los consumidores podrán adquirir un mayor número de bienes, de la misma clase o de otro rubro. De esta forma los consumidores intentarán maximizar su ingreso buscando precios bajos que les permitan utilizar de la mejor forma la porción del ingreso destinado a consumo, para obtener una buena capacidad adquisitiva de dinero.

Con esta descripción se hace evidente el enfrentamiento entre la finalidad de la oferta y la demanda. Por una parte, la oferta pretende maximizar su utilidad, es decir cobrar lo más que pueda para obtener el mejor retorno, en tanto que la demanda quiere maximizar su ingreso tratando de pagar lo menos por los productos para así adquirir la mayor cantidad de bienes con su dinero destinado a consumo o inclusive para destinar un porcentaje a la partida de ahorro.

Entonces, *primera conclusión económica*: al momento de encontrarse, la oferta y la demanda tienen intereses opuestos: una quiere cobrar lo más y otra quiere pagar lo

menos. Es decir, la empresa y el consumidor tienen intereses diferentes.

B. Asimetría de la información: profesional vs. lego

La asimetría de la información se presenta cuando existe desigualdad en el conocimiento. Es el reconocimiento de que la información es diferente según el actor que se califique, ya que cada uno posee diferente información de acuerdo con lo vivido y estudiado.

La información es un asunto de vital importancia dentro de un mercado, pues con base en ella se adelanta el estudio para escoger la opción que más se acomode a la necesidad que se quiere satisfacer. Un mercado es altamente eficiente en la medida en que cuente con canales de información de fácil consulta que permita a los actores igualarse en el saber, para así escoger lo mejor para cada uno.

La ignorancia es normal. Solo no se es ignorante en lo que se estudió. Entonces no se puede pretender que todo el universo de personas entienda de cada materia como la percibe un especialista. Y eso se debe a la información, y a una situación de asimetría entre quien ha tenido la oportunidad de conocer un tema, y otro que no ha tenido esa oportunidad. Dicha asimetría cobra importancia para una *segunda conclusión*: en una economía existen algunos que cuentan con mayor información y otros con menor información. Las empresas tienen mayor información que los consumidores.

C. Legítima expectativa

El dinero fluye en una economía en la medida en que sus actores confíen en la actividad empresarial. Así se desarrollan los negocios y se crea una fidelidad. La fidelidad lleva a que las personas adquieran productos a cambio del precio. Ese

precio permite la creación de renta por la venta (IVA), y adicionalmente se inicia un proceso de reinversión de utilidad para el bien de la empresa, o de gasto en otro sector.

En esa medida, la confianza es el concepto que permite que en una economía fluya el dinero. La falta de confianza lleva a que el dinero se dirija hacia otras economías de la región, es decir, otros países. Entonces tenemos una *tercera conclusión*, y es que la confianza del consumidor en su mercado es un asunto que le interesa al Estado.

Estos tres fundamentos: el enfrentamiento de la oferta y la demanda, la asimetría de información, así como la confianza, permiten evidenciar que las empresas tienen un gran poder frente al consumidor, pues cuentan con mayor información que este, y además los consumidores tienen una legítima confianza en las empresas que ofrecen bienes y servicios en el mercado.

Si se vuelve sobre el punto del enfrentamiento de la demanda y oferta, se tiene que dicho enfrentamiento es desigual, pues la demanda (los consumidores) en primer lugar confía en las empresas, y en segundo lugar, cuenta con menos información que estas, en tanto que las empresas (es decir la oferta) por el contrario cuentan con mayor información y son aquellos en quienes los consumidores han depositado su confianza. A todas luces es un enfrentamiento desigual, donde se observa claramente que en los negocios existe una parte débil (los consumidores) y una parte fuerte (las empresas). Y la parte débil requiere protección. De ahí la explicación económica del régimen jurídico de protección al consumidor.

D. Tendencias económicas del consumidor

La tendencia económica del consumidor es particular, y no puede dejar de ser observada, pues un juicio de responsabilidad no puede ser ajeno a la realidad económica. Lo

que a continuación se describe es el comportamiento del consumidor frente a las variables económicas.

Escasez de productos. Los precios existen porque existe la escasez. Si los bienes estuvieran a entera disposición las personas se apropiarían de ellos sin necesidad de cancelar dinero. Del concepto de escasez nacen principios como el a mayor demanda que oferta (escasez) el precio es alto y viceversa.

Que quiera y que pueda. La satisfacción de la necesidad es lo que pretende el consumidor cuando adquiere productos. En ese sentido, desea adquirir un bien o servicio y saciar su necesidad. Eso es que *quiera*. Ahora, una cosa es tener la necesidad y otra, satisfacerla. Para satisfacer la necesidad es necesario contar con el dinero suficiente para poder adquirir los bienes y servicios. De esta forma, aunque suene crudo, si no tiene ingresos no puede.

Capacidad adquisitiva de bienes: el ingreso ayuda. La capacidad adquisitiva de bienes es la cantidad de productos que puede adquirir una persona en relación con su ingreso. Desde tal perspectiva, mientras más baratos los bienes, mayor cantidad de consumo. En el mismo sentido, mientras mayor sea el ingreso, mayor será el consumo. Si el ingreso aumenta, el consumidor consume más. Al mismo tiempo compra algunos bienes a los cuales no había tenido acceso por la restricción presupuestal que tenía.

La renta afecta el consumo. El ingreso es el dinero que se recibe periódicamente. Esa suma de dinero tiene tres destinos: pago de impuestos, consumo y ahorro. Entonces la política tributaria de un país también incide en el consumo de bienes y servicios, ya que disminuye la cantidad de dinero destinada a consumo.

III. ANÁLISIS JURÍDICO

En este acápite se tratará el concepto de consumidor, las acciones y el juicio de responsabilidad¹.

Es necesario partir con la afirmación según la cual el tema de protección al consumidor contiene un componente administrativo y otro jurisdiccional. Administrativo porque con este régimen el Estado pretende que su mercado sea confiable para los que compran, pues de otra manera el dinero no fluye dentro de la economía (confianza). Es jurisdiccional porque se debate el interés de un sujeto privado al cual se le causa daño (abuso de posición de dominio contractual que causa daño al patrimonio privado).

IV. CONSUMIDOR

No sobra decir que el régimen de consumidor está dirigido a proteger al consumidor, y eso es lo que debe quedar grabado de esa primera parte, así suene simple. Por ello es válido afirmar que dicho ordenamiento está diseñado para salvaguardar a un sujeto calificado específico. Es decir, sólo será benefactor de estas normas quien tenga la calidad de consumidor, nadie más.

Ahora, si el daño es sufrido por alguien que no ostente dicha calidad, este no pierde opción de alegar el daño, sino que tendrá que acudir a la normatividad propia del Código Civil o del Código de Comercio, pues las normas de consumidor tienen su razón de ser en la descodificación para un grupo selecto de personas, agrupadas en el concepto de consumidor.

Lo anterior quiere decir que dentro de un grupo de personas habrá algunos que podrán ser calificados como consumidores y otros, en cambio, no lo podrán ser. Por

1 Decreto 3466 de 1982.

tanto, bajo un análisis de lógica-jurídica, no en todo negocio jurídico existe un consumidor. “Consumidor” es la persona que usa, desgasta, agota o extingue el producto, es decir, quien tiene una relación de consumo con el producto. Para tener una relación de consumo no se requiere ser comprador, pues puede consumir sin haber comprado, ya que su título fue transferido posteriormente por otro modo. Por ejemplo, un regalo de cumpleaños: es el nuevo dueño quien lo consume, no el comprador. En este caso el comprador es diferente del consumidor. Pero si el comprador hubiere consumido tendría las dos calidades: de comprador y de consumidor².

Para ser consumidor no se requiere ser comprador. De modo que la noción de comprador es diferente de la noción de consumidor; sin embargo, en algunas ocasiones la misma persona ostenta las dos calidades, pues no son excluyentes. Basta poner algunos ejemplos para ilustrar el concepto de consumidor, y su diferencia con comprador:

Primer ejemplo:

A es un fabricante de televisores. B es un distribuidor de televisores que revende los televisores que fabrica A. Los televisores comprados por B fallan (producto defectuoso).

En este caso el distribuidor no encuadra dentro del concepto de consumidor, pues no usa, ni desgasta el producto. Tan solo es un comprador que adquiere productos para la reventa. En tal sentido, esa persona, ante un eventual daño por los productos, no puede ser favorecida con el régimen de protección al consumidor y tendrá que hacer uso de la normatividad que a su favor se encuentra en el Código Civil y en el Código de Comercio.

2 JOSÉ RODRÍGUEZ CARRIÓN. “La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”, *Revista General de Derecho*, Alcalá, 2003.

Segundo ejemplo:

A es un fabricante de sillas. B es vendedor de telas que surte a A para que éste las utilice en las sillas que fabrica. Dentro del proceso de producción de las sillas, A encontró que la tela adquirida es defectuosa.

Al igual que en el caso anterior, el fabricante no consume las telas sino que las transforma en otro producto que será usado finalmente por otro. El régimen para seguir la responsabilidad de B no es el de consumidor, sino el del Código Civil, ya que no ostenta la calidad de consumidor.

V. ACCIONES DEL CONSUMIDOR

Este capítulo se limitará a las dos acciones de consumidor consideradas las más importantes, dejando las demás para otra ocasión.

– Acción de protección al consumidor por información engañosa.

– Efectividad de la garantía, cuya fuente sea 1. La publicidad engañosa o 2. Por producto defectuoso.

VI. ACCIÓN DE INFORMACIÓN ENGAÑOSA

Quien tiene la información tiene el poder. Afirmación que ilustra una realidad, de acuerdo con la cual quien tenga un mayor conocimiento ostenta una mayor ventaja.

La información es el medio que tienen las empresas para dar a conocer sus productos. Es la forma como el mercado se nutre. El negocio jurídico está antecedido del intercambio de información, donde la demanda informa cómo pretende satisfacer su necesidad y la oferta presenta modelos para satisfacerla.

De tal forma, siguiendo un encadenamiento, la información de un producto será utilizada como parámetro de decisión por el consumidor para escoger lo que más se acerque a su necesidad. De ahí la importancia de que la

información que ronde un mercado sea cierta y suficiente, pues por medio de ella es como se persuade al mercado. Esta es una acción que protege la transparencia de la información. Por qué no decirlo, inclusive desde un momento anterior a la oferta misma.

A. Qué es la información

Informar significa dar conocimiento, reporte o noticia acerca de algo. Las empresas dan conocimiento, reporte o noticia acerca de las propiedades de los bienes que ponen a disposición del consumidor. El mensaje remitido por el emisor queda grabado en el receptor, y este lo recordará al momento de hacer su mejor elección.

Al momento de entrar al mercado una empresa es desconocida para los compradores, entonces debe emprender toda una carrera para hacerse conocer, tanto como estructura comercial como por sus productos. En ese momento expone al mercado las características de lo que pretende vender, y su elemento diferenciador con la competencia. Dicha información será la que incentivará la compra, y de hecho, la novedad intentará romper la fidelidad que tiene un cliente con una marca anterior.

La importancia de la información se puede observar cuando se analiza el proceso evolutivo de compra de una persona, el cual se describe a continuación:

Primero, reconoce que tiene una necesidad que quiere satisfacer; segundo, determina qué alternativas existen en el mercado con las cuales pueda satisfacer esa necesidad; tercero, las estudia; cuarto, escoge.

Sin hacer mucho esfuerzo, puede notarse la importancia de la información dentro del proceso evolutivo de compra de un consumidor. De acuerdo con lo dado a conocer por las empresas acerca de los productos, los consumidores afrontan todas las etapas del proceso evolutivo de compra, es decir, tienen como alternativa a una empresa, la estudian,

y si es la que más satisface su necesidad, la escogen. Todo depende de la cantidad y calidad de información que se dé al mercado.

La información, en nuestro sentir, es dejar de ser N. N., pues ello significa que nadie lo conoce. Entonces la información permite que una persona logre sentir la existencia de algo diferente de la existencia propia. Por ello en algunas regiones un producto es N. N., pues nadie lo conoce. En otras partes no son N. N. Lo mismo ocurre con el ser humano.

Si nadie conoce los productos, son N. N., y la única manera de conocerlos es que la empresa informe (anuncie) su existencia. Ahora, la imagen que se tiene de ellos antes de su compra es la que ha generado la empresa con la información con la cual dota al mercado.

Lo más importante es que existen de acuerdo con la imagen que la empresa ha dado acerca de ellos, imagen que puede guardar identidad con las características del producto o, por el contrario, no guardarla.

La información comercial es aquella que se da para que el consumidor se entere de la existencia del producto, reportando sus características y componentes.

B. Lo que se protege

El mandato del deber ser dentro del régimen de protección al consumidor es que la información entregada por una empresa al mercado contenga dos características, y es que sea cierta y suficiente, pues de otro modo los fundamentos informativos con que cuenta un consumidor para elegir contendrían una patología, denominada error en la elección. Entonces, se puede afirmar que la causa del error es la información errónea de la empresa.

Viendo más allá de las líneas, lo que se intenta hacer es eliminar el riesgo de la ocurrencia del error en el mercado.

Recordemos algunos aspectos económicos: el consumidor cuenta con menor información que las empresas, por lo que

existe entre ellos una asimetría de la información, y adicionalmente, el consumidor cree en las afirmaciones del empresario (confianza), pues éste es el creador del producto, y por tanto debe saber más que cualquier persona acerca de él.

Si la información no fue cierta o insuficiente se crea de rebote un error donde de paso existe un provecho basado en la confianza que pone en el mercado el ignorante. Es decir, el enriquecimiento basado en hacer caer en error.

El bien privado, es decir el patrimonio de una persona, está dotado de herramientas civiles que le permiten atacar el negocio jurídico cuando está impregnado de situaciones que inducen a apreciaciones erróneas. Estas son las acciones de nulidad relativa.

Pero existe un bien que sobrepasa el patrimonio de la persona, como lo es el cuidado del mercado y del consumidor. Entonces nace una acción que cuida el mercado, y por ende la violación se presenta independientemente de que el patrimonio privado de una persona se vea afectado. Para este efecto, la falla se presenta con la sola presentación errónea de los productos, independientemente de que trascienda el daño a una persona particular.

La acción de publicidad en materia de consumidor lo que pretende proteger, desde el punto de vista del interés general, es la confianza del consumidor en el mercado, ya que este espera que el Estado reprima a aquellos que se presenten bajo información engañosa, es decir, que desarrollen su actividad comercial con información falsa o insuficiente y con ello dañen la confianza en el mercado.

Es necesario recalcar lo dicho, y es que bajo la acción de publicidad engañosa lo que se castiga es eso: la publicidad engañosa. La acción no está diseñada para castigar o entrometerse en el negocio jurídico que se adelantó bajo publicidad engañosa, sino para castigar la mera presentación que crea el riesgo de error, contrate o no contrate el mercado con ella. De ahí que se trate de una acción administrativa que termina con sanción, sin perjuicio de la acción civil con que cuenta

una persona en caso de haber sufrido daño sin contratar, por ejemplo, bajo la figura del interés positivo.

C. Información engañosa

Una información es engañosa cuando no guarda identidad con la realidad. A su vez, una información no guarda identidad con la realidad cuando es falsa o insuficiente. Una información es falsa cuando el contenido de la afirmación no concuerda con lo que verdaderamente perciben los sentidos. La acción del actor lleva al error de apreciación. El comportamiento activo del comerciante con su afirmación no verdadera pone al consumidor en riesgo de cometer un error.

La información insuficiente proviene de un error por omisión. Es decir, de tener el deber pero no hacerlo. En tal sentido, cuando ofrece productos, el comerciante informa, porque si no fuera así, no existiría. Como mínimo, informa acerca del precio, pues es necesario para la realización del negocio. De tal suerte que su deber va cambiando de acuerdo con la casuística que se presente. Entonces, si se trata de un envase con líquido es deber decir la cantidad, los ingredientes, el productor, la dirección, etc. Ahora, puede ocurrir que el consumidor requiera información adicional y así la va solicitando, por ello hablamos de casuística.

Pero el punto para analizar es si la carga de información está solo en cabeza de la empresa, o si también la tiene el consumidor. Para encontrar una respuesta haremos uso del tema de las cargas que deben ser observadas en un negocio jurídico. Según ello, las cargas de claridad, información y sagacidad deben ser desarrolladas por las partes de un negocio. Entonces podrá decirse que tanto comprador como vendedor tienen cargas de información de acuerdo con la posición que ocupen³.

3 EMILIO BETTI. *Teoría general de las obligaciones*, Tomares, 1950, p. 74.

Para dilucidar las cargas de información de uno y otro, pensamos:

Una empresa pretende capturar un nicho de mercado especial. Por lo tanto otorgará la información que requiere ese nicho para contratar. Ese nicho es denominado el mercado-meta o mercado objetivo, y tiene unas características, y lo constituyen los que tienen la necesidad de consumir el producto. Es decir, el producto ha sido diseñado para satisfacer la necesidad de un grupo de personas con características especiales. Es carga de la empresa proveer la información que requiera ese grupo de personas, denominado mercado-meta.

¿Qué le queda al consumidor como carga?: igualarse al conocimiento mínimo del mercado, a aquel que ya es notorio para el mercado-meta, pero que él, de pronto, por no pertenecer a ese mercado, desconoce. La ignorancia no es excusa.

Cruzando lo dicho, nuestra opinión al respecto es que la carga de información del consumidor es la de igualar su saber hasta lo notorio del mercado, lo cual ya es reconocido por un comprador habitual. Por su parte, la carga de información de la empresa está compuesta por aquellas noticias determinantes para tomar una decisión de compra por parte de un integrante del mercado meta.

En tal sentido, la información insuficiente se presenta cuando la empresa no presenta toda la información determinante para que el consumidor decida, siendo dicha omisión una posible causa de la configuración de una futura decisión signada por el error.

Por último, insistimos en que la configuración del tipo no requiere que el error trascienda a la órbita privada de otro, como sí ocurre en el Derecho civil. Para este caso, la sola presentación engañosa, por acción o por omisión, conlleva la inobservancia del régimen de consumidor. Se protege la transparencia del mercado en pro del consumo.

D. Forma de protección del Derecho

La protección es administrativa. En tal sentido, en esta primera etapa de presentación de productos el Estado es el encargado de cuidar al consumidor y al mercado. Nótese que hablamos por ahora tan solo de la presentación del producto, por tanto todavía no existe adquisición para un posterior uso del bien.

Queda a salvo, como ya se advirtió, la acción civil de daño para aquel interesado que dejó de comprar en otro lugar, y perdió una oportunidad, como consecuencia de una publicidad engañosa. En este caso, no compró, pero tiene una pérdida; sin embargo, su acción será civil ordinaria, mas no de protección al consumidor.

E. Desarrollo de la acción y estructura de responsabilidad

La acción puede iniciarse de oficio o a solicitud de parte. Se trata de una acción administrativa mediante la cual se desarrolla el derecho de petición, donde se le comunica al denunciado la queja para que pueda ejercer su derecho de defensa presentando sus descargos y solicitando las pruebas que considere pertinentes y conducentes. Una vez practicadas las pruebas, se entra en la etapa final en que la administración toma las decisiones del caso. Dentro de dicha decisión final se ordena remover la publicidad engañosa dentro de un plazo determinado, o se exonera al investigado.

La sanción asciende a cien salarios mínimos mensuales vigentes.

En nuestro sentir, se trata de una responsabilidad subjetiva, y es necesario tener en cuenta el factor de la culpa como elemento para configurar la responsabilidad. Sin embargo, cabe anotar que la diligencia de un comerciante es superior a la de otra persona, ya que por ley es un profesional, por

el solo hecho de ser comerciante, y su diligencia es la de un buen hombre de negocios, no la de un buen padre de familia.

| | | |
|-----------------|-------------|--|
| Responsabilidad | Daño | Acrescenta la asimetría de la información con información falsa o insuficiente |
| | Culpa | Diligencia-previsión-dolo |
| | Nexo causal | El comportamiento de comerciante es la causa del daño |

VII. ACCIÓN DE EFECTIVIDAD EN LA GARANTÍA

La garantía es el derecho que tiene un consumidor de que lo ofrecido guarde identidad con lo entregado. Existen dos clases de garantías: la garantía mínima presunta y la garantía comercial.

La garantía mínima presunta se entiende pactada en todos los contratos de compraventa y prestación de servicios. En ella el productor se compromete a garantizar las condiciones de calidad e idoneidad propias del producto. En este sentido, la garantía mínima presunta es obligatoria⁴.

La garantía comercial o de buen funcionamiento⁵ es ajena al derecho de consumo, pues se presenta con relación de consumo o sin ella. Es voluntaria, sin que ello quiera decir que en el supuesto de que falle el producto, y no sea pactada la garantía de funcionamiento, y ante la ausencia de consumidor, quien adquiere el producto quede desprotegido de alegar el defecto. De tal suerte que siempre tendrá acción por daño.

Resulta de la mayor importancia aclarar que una es la garantía mínima presunta, propia del régimen de consumi-

4 Artículo 11 del Decreto 3466 de 1982.

5 Artículo 932 del Código de Comercio.

dor, y otra es la garantía comercial, propia de los contratos comerciales. La primera es obligatoria y se encuentra en todas las relaciones de consumidor, en tanto que la segunda es la del régimen comercial, y no necesariamente se encuentra en todos los contratos, pero sí dentro del poder dispositivo de las partes intervinientes en un negocio jurídico.

La garantía comercial, de acuerdo con el Código de Comercio, se entiende incluida en todos los contratos, pero podrá ser excluida por las partes de manera expresa. En tal suerte, la garantía comercial es renunciable, o inclusive puede ser negociada. De tal forma, es el comprador quien decidirá si los bienes adquiridos tendrán garantía de buen funcionamiento o será él quien autoasegure los defectos.

Caso contrario ocurre con la garantía mínima presunta, la cual es imperativa, y no renunciable por directriz propia del Estatuto de Protección al Consumidor protegiéndose a la parte débil del mercado.

Esta acción de efectividad de la garantía mínima presunta se puede presentar por dos fuentes: 1. Proveniente de producto defectuoso, y 2. Proveniente de publicidad engañosa.

A. Producto defectuoso

El caso del producto defectuoso se presenta cuando un producto carece de las cualidades propias y naturales que debe tener. Se puede presentar porque todos los productos fabricados cuentan con un defecto, o porque dentro de ellos alguno se aparta del resto de la producción.

El fenómeno de producto defectuoso puede presentarse dentro de una relación de consumo o por fuera de ella. Cuando se presenta dentro de una relación de consumo el perjudicado puede hacer uso de las acciones de protección al consumidor, en tanto que cuando se presenta por fuera de una relación de consumo el perjudicado debe, para alegar

su derecho, utilizar las acciones civiles propias para quien sufre un daño.

En este escrito sólo se tratarán las acciones que provienen de la relación de consumo. Pero se vuelve a resaltar que también existe producto defectuoso por fuera del régimen de consumidor, la diferencia está en el favorecimiento probatorio y la rapidez de la acción de consumidor frente a la pretensión de producto defectuoso proveniente de acciones civiles.

Bajo un análisis económico del derecho, el producto defectuoso rompe la confianza depositada en el mismo bien, lo cual perjudica la fluidez de dinero en una economía. Para comprar, los consumidores requieren tener confianza en lo que compran. Los productos defectuosos erosionan la legítima confianza con que los consumidores se acercan al mercado. Se cuida precisamente ello, lo que se conoce como legítima expectativa en materia de consumidor.

El producto defectuoso está asociado a la calidad e idoneidad de los productos.

La calidad es el conjunto de propiedades, ingredientes o componentes que conforman un producto. La idoneidad es la aptitud para satisfacer las necesidades para las cuales ha sido producido, así como las condiciones de uso.

Las condiciones de calidad e idoneidad de un producto aparecen dentro de las normas técnicas, en la licencia o en el registro de calidad e idoneidad.

Así, cuando la idoneidad y la calidad ofrecidas no concuerdan con las entregadas por la empresa nace para el consumidor el derecho a solicitar garantía sobre el bien por producto defectuoso, es decir, a exigir la reparación de la falla; en otras palabras, que lo ofrecido guarde identidad con lo entregado.

Para este asunto se trata de una pretensión de que al consumidor le sea entregado un producto que sirva para la naturaleza para la que fue diseñado, sin perjuicio de la sanción que pueda dar a lugar no cumplir ante el reclamo

con causa. Se profundizará en este tema al tratar las hipótesis ante el reclamo de la garantía.

B. Información engañosa

A diferencia de la acción tratada en el número 2.1.1 de este escrito, en este caso la publicidad trascendió y afecta el patrimonio del consumidor al encontrarse que la publicidad resultó engañosa y en virtud de tal engaño el consumidor adquirió el producto.

La pretensión dentro de esta acción es que se cumpla con lo pregonado, ya que el producto resulta defectuoso no por que haya una falla dentro del bien mismo, sino que la falla se presenta por lo dicho acerca de él.

C. Las fallas

Las fallas que se producen con ocasión de un producto defectuoso son de diferente índole.

Falla en el producto específico. En este acápite son tratadas las fallas en el bien o en el servicio. La falla puede ser de dos índoles. Por una parte, cuando es un único bien el que resulta defectuoso, y por otra parte, cuando todos los bienes correspondientes a esa serie resultan defectuosos.

Daños a la persona. El producto defectuoso traspasa el daño a la legítima expectativa esperada sobre las bondades del producto. En este caso el uso del producto resulta perjudicial para la salud y en tal sentido procede la protección a la comunidad.

D. Protección del Derecho y acciones

Como se puede extraer del último párrafo del punto anterior, la protección del derecho, es decir, el bien jurídico tutelado, en un caso es la legítima expectativa y en otro caso es la salud.

La acción de garantía contiene dos aristas diferentes de acuerdo con lo sucedido y con el momento. Grafiquemos lo que puede ocurrir para explicar las posibilidades.

Un consumidor compra un producto y al usarlo percibe que el bien presenta un defecto. En ese instante nace para él el derecho a hacer efectiva la garantía. Por lo tanto reclama, y el obligado a prestar la garantía, es decir el fabricante o el vendedor, tiene dos posibilidades: prestarla o no. Si la presta, el problema se soluciona, pero si no, tendrá que entrar el consumidor en una etapa judicial en la que recurra a un juez para que se proteja se derecho.

Bajo la hipótesis planteada, el consumidor tiene un derecho, que no fue respetado.

Lo primero es que en nuestro concepto la garantía es un derecho no sólo del consumidor sino también de la empresa, pues esta tiene derecho a saber que un producto resultó defectuoso a fin de mantener la fidelidad con el cliente resolviendo el defecto. De ahí que ante la presencia del defecto el consumidor debe presentar su queja a la empresa para que esta estudie la situación y si es del caso la resuelva.

Hemos expresado en diferentes escenarios nuestra posición sobre este punto. Y es que el producto defectuoso está muy cercano al incumplimiento contractual. De tal suerte que si un producto no cumple con lo ofrecido puede afirmarse que una de las partes está en situación de incumplimiento. Pensamos que en ese caso, en el supuesto de quererse demandar el incumplimiento, y estar en presencia de una relación de consumo donde el consumidor no exigió la garantía sino que demandó el incumplimiento, cabe para la empresa demandada defenderse alegando incumplimiento de la parte demandante por no haber solicitado la garantía (requerimiento en mora), pues para el empresario era desconocido el incumplimiento y el demandante (consumidor) tenía el medio legal para hacerlo saber al empresario, quien por nunca saberlo, no estaba en posibilidad de cumplir lo que no sabía que había incumplido.

Volviendo al tema, en caso de que al consumidor le asista la razón y la empresa no le brinde la garantía, se tiene dos posibilidades de acción: una acción administrativa y una acción judicial.

La acción administrativa pretende castigar el incumplimiento de la empresa al no otorgar la garantía ante la eventualidad de un producto defectuoso. Para ello el comprador presentará un derecho de petición ante el organismo de control donde se solicite una investigación que termine con una sanción por menoscabar la confianza en el mercado.

Otra cosa es la acción judicial con que cuenta el consumidor para demandar ante los jueces pertinentes la efectividad de la garantía: su pretensión será que la falla del producto sea eliminada para que pueda satisfacer plenamente su necesidad. Inclusive en este asunto puede proponerse que dentro de lo pedido esté resarcir los daños sufridos con ocasión de haber adquirido un producto defectuoso.

E. Responsabilidad

El régimen de responsabilidad de producto defectuoso se presenta de acuerdo a la acción que se pretenda. Si se trata de la acción judicial de efectividad de la garantía por producto defectuoso, proveniente por falla en el producto y no en la información, pensamos que la matriz de responsabilidad es la siguiente, donde impera la responsabilidad objetiva:

| | | |
|-----------------|-----------------|--|
| Responsabilidad | Daño | Imposibilidad de satisfacer la necesidad |
| | Hecho generador | Venta o fabricación del bien |
| | Nexo causal | El hecho de vender o fabricar el bien es la causa del daño |

Esta acción puede ser presentada contra el fabricante o el vendedor del bien, quienes son solidariamente responsables por las fallas del producto. Desde el punto de vista económico, es válida la solidaridad, ya que los dos obtienen utilidad por la venta del producto, y con su comportamiento crearon el riesgo y de paso obtienen utilidad por ello.

Para este asunto son procedentes las causas de exoneración pertenecientes a la causa extraña: el hecho de un tercero, la culpa de la víctima, fuerza mayor y caso fortuito, que le corresponde probar al empresario.

Si se trata de una acción de producto defectuoso con ocasión de una información engañosa, en nuestro sentir sustancialmente se debe tener en cuenta una responsabilidad subjetiva, donde la culpa grave o el dolo del empresario cobran fuerza y deben ser probados. Así lo pensamos en la medida en que lo dicho en la afirmación sea falso o insuficiente, donde cobra vigor la previsión, diligencia o intención del sujeto activo de la acción.

| | | |
|-----------------|-------------|--|
| Responsabilidad | Daño | Imposibilidad de satisfacer la necesidad |
| | Culpa | Diligencia en la cantidad de información Previsión sobre el alcance de la información Intención de desinformar |
| | Nexo causal | El comportamiento del empresario es la causa del daño |

En cuanto a la acción administrativa, con la cual se pretende sancionar con multa a los empresarios que no cumplen con la garantía, parte del incumplimiento, que es la causal para fallar su responsabilidad:

| | | |
|-----------------|-------------|---|
| Responsabilidad | Daño | Confianza en la economía |
| | Culpa | Incumplimiento del deber de prestar la garantía |
| | Nexo causal | El incumplimiento del deber de prestar la garantía daña la confianza en la economía |

VIII. COMPETENCIA DE UN TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO PARA CONOCER ASUNTOS DE CONSUMIDOR

El contenido de este punto tiene como finalidad dar una opinión acerca de la competencia de un tribunal de arbitramento para conocer y decidir hacer efectiva la garantía a favor de un consumidor comprador o de un mero comprador con ocasión de un producto defectuoso.

Para exponer el criterio personal al respecto vale la pena tener en cuenta lo siguiente:

- La garantía de buen funcionamiento de los productos ofrecidos en un mercado puede ser de dos clases: i. La mínima presunta, y/o ii. La comercial; no siendo excluyentes entre ellas.
- La garantía mínima presunta es un contenido normativamente impuesto que se entiende incluido en todos los contratos de acuerdo al régimen de consumidor, siendo una norma de orden público por fuera del poder dispositivo de las partes, es decir, está en todos los contratos, y le da derecho al consumidor a exigir un producto libre de defectos.
- La garantía comercial se presume incluida en los contratos de compraventa, a no ser que sea excluida de forma expresa por las partes, y le da derecho al comprador, o a cualquier afectado, a recibir un producto libre de defectos.
- Las dos garantías mencionadas hacen parte de los contratos comerciales, y permiten el derecho al buen funcionamiento y al cobro de perjuicios derivados del daño.
- En estos casos sólo es necesario probar el defecto del producto, y la persona que lo vendió.

- La efectividad de la garantía es un asunto jurisdiccional y no administrativo.
- El producto defectuoso puede generar una disputa entre las partes contractuales, quienes si firmaron cláusula arbitral, habilitan la disputa a conocimiento del tribunal de arbitramento.
- Los tribunales de arbitramento son competentes para i. Conocer asuntos derivados de la garantía mínima presunta, si el consumidor es el mismo comprador, o ii. Conocer asuntos derivados de la garantía comercial, por ser en el fondo disputas derivadas de contenidos, prestaciones y derechos contractuales.
- En asuntos de consumidor no existe cuantía y la obligación es de resultado; y en muchas compras cuantiosas existe relación de consumo.
- Cabe aclarar que la garantía mínima presunta puede también generar responsabilidad extracontractual, la cual escapa de la competencia del tribunal de arbitramento en virtud del principio de relatividad de los contratos, quedando para ello la acción popular, entre otras.

De acuerdo con lo anterior los tribunales de arbitramento son competentes para hacer exigible la garantía por producto defectuoso, sin importar la cuantía, inclusive la más cuantiosa.

IX. EROSIÓN AL DERECHO CIVIL

Aquí inicia una serie de aspectos que comienzan a romper todo el pensamiento civilista:

Principio de relatividad de los contratos. El consumidor puede ser un tercero ajeno a la compra, que no forma parte del negocio jurídico; sin embargo, bajo esta regulación se le da derecho al tercero que usó el producto a reclamarle a quien no fue su contraparte en un negocio.

Responsabilidad contractual o extracontractual. Aparece otro aspecto que es de imprescindible referencia, como es la dualidad, o poca importancia, que existe sobre la clase

de responsabilidad que se genera cuando el consumidor está presente, pues puede tratarse de una responsabilidad contractual (cuando es comprador) o de una responsabilidad extracontractual (cuando no es comprador, sino mero usuario).

Trayendo ya lo dicho en la parte económica, se supone que el régimen del consumidor está diseñado para proteger a la parte débil del contrato. Entonces se parte de un principio diferente del establecido en el Código Civil, donde las partes son iguales. En el ordenamiento del consumidor se parte de lo contrario, es decir del reconocimiento de una parte débil que merece protección adicional a la que cada uno desarrolla para lo suyo.

X. ALTERNATIVAS DE ACCIONES Y PROCESOS

Frente a un problema de publicidad engañosa en virtud de la cual se adquiere un producto, proceden diferentes acciones:

- La primera es la resolución de contratos, solicitando el cumplimiento o la resolución;
- La segunda es la nulidad relativa generada por el error;
- La tercera es la acción de efectividad en la garantía.

Como se puede notar, son tres acciones con las que se pretende que el consumidor quede satisfecho con el uso del bien. Entonces se presenta la acción de consumidor como una alternativa para obtener lo pretendido. Es de anotar que dicha alternativa se presenta cuando el consumidor es el mismo comprador.

CAPÍTULO SEGUNDO

RÉGIMEN PUBLICITARIO

I. RÉGIMEN PUBLICITARIO

Una publicidad que no observe el régimen legal mínimo puede generar para un anunciante: responsabilidad por violación al régimen de competencia desleal, responsabilidad por violación al régimen de prácticas comerciales restrictivas y responsabilidad por violación al régimen de protección al consumidor.

En los últimos días se presencia un nuevo género de pautas publicitarias no acostumbradas en nuestro medio. Encontramos pautas en las cuales un anunciante compara su producto con el de otro competidor; pautas que descalifican de manera enfática productos de otro comerciante; pautas que enaltecen con calificativos superlativos un producto; avisos de promociones o descuentos ofrecidos al consumidor; anuncios de productos acompañados de rifas y sorteos. Las anteriores son, entre muchas otras, las formas utilizadas por las empresas para ofrecer sus productos al público.

Hoy, consumidores y competidores nos preguntamos sobre la legalidad de determinada publicidad. Sobre este punto, cabe afirmar que dichas formas de publicidad resultan válidas en Colombia, el problema estaría en el contenido de cada mensaje.

Resulta de la mayor importancia que antes de la emisión de una pauta cada anunciante se percate si el contenido del

mensaje cumple con las leyes que imperan en el tema, ya que su responsabilidad puede estar comprometida por un anuncio que vulnere esos mandatos. En el mismo sentido cada empresario debe verificar que la pauta de su competidor no sea ilegal y ni atente contra su actividad mercantil.

Antes de explicar los límites en cada uno de los regímenes comentados, veamos el alcance de la expresión “publicidad”, la cual no aparece definida en la ley. En nuestro criterio, publicidad es todo mensaje por el cual se promueve un producto, transmitiendo al público cualidades del bien, características o utilidades, que deberán quedar grabadas en la mente del receptor y sobresalir al momento en que este decide escoger el producto con que busca satisfacer su necesidad.

Es importante diferenciar el medio utilizado y el mensaje emitido. En cuanto al medio, puede ser cualquiera que sea apto para transmitir un mensaje, como periódicos, revistas, radio, pancartas, etiquetas, personas “impulsadoras”, vendedoras, sonidos, etc. Por su parte, el mensaje contendrá las atracciones o características cuantitativas y cualitativas que se pretende que queden en la mente del consumidor.

A. Régimen de competencia desleal

Nuestro Derecho castiga como desleales las conductas malintencionadas adelantadas por los participantes de un mercado, cuya finalidad o resultado sea, en sus diferentes formas, la afirmación de una empresa, la opresión de un competidor o la sugestión en los consumidores a través de la publicidad, erosionando así la actividad de otra empresa.

La regulación general de competencia desleal se encuentra contenida en la Ley 256 de 1996. Dentro de esa ley se castiga como desleal la mala fe mercantil, la desviación de clientela, la desorganización, la confusión, el engaño, el descrédito, la comparación falsa, la imitación, la explotación de reputación ajena, la violación de secretos, la inducción a

la ruptura contractual, la violación de normas y los pactos desleales de exclusividad. Como se puede observar, sólo uno de los supuestos anotados está dirigido especialmente a la publicidad, como es la comparación falsa. Sin embargo, los demás supuestos son igualmente aplicables a cualquier mensaje publicitario donde no se comparen productos. Para un mejor entendimiento del régimen de competencia desleal por publicidad, dividámoslo así:

– Comparación falsa: se castiga como desleal la comparación de productos cuando el mensaje contenga indicaciones falsas u omita información. Es decir, la comparación que contenga mensajes verdaderos y no omita información resulta válida en nuestro ordenamiento.

– Comparación de peras con manzanas: es desleal la emisión de un mensaje en donde se comparen productos que no sean análogos, es decir que no sean semejantes ni equivalentes entre sí.

– Comparación de extremos improbables: en el mismo sentido, no se puede cotejar aquello que no puede ser confirmado por pruebas, bien sean técnicas o científicas. De tal suerte que si la comparación está basada sobre estudios que se puedan probar, podrá emitirse la comparación técnica o científica.

– Publicidad sin comparación con otro producto: será castigada como desleal la publicidad que ilegalmente desvíe la clientela, la que induzca al público a error, la que desorganice otra empresa, la que confunda, la que utilice los signos distintivos de otro, la que imite las prestaciones de otra comerciante, la que utilice el nombre de otro para posicionar un producto, etc.

Las consecuencias de estas conductas son la prohibición de la conducta y una multa administrativa hasta por 570 millones de pesos.

B. Régimen de protección al consumidor

En toda negociación existe una parte que espera que con la adquisición de un producto su necesidad quede satisfecha. Generalmente esta es la parte débil de todo negocio. El Estado, observando esta situación mediante normas de Derecho público-económico, se convierte en un vigilante permanente del mercado y entra a proteger la verdadera satisfacción de necesidades por parte de quien demanda o demandó un bien o un servicio de ese mercado en particular.

El régimen de protección al consumidor se encuentra contenido en el Decreto 3466 de 1982. Allí, entre otros, aparece contenido el régimen de publicidad, castigando a los comerciantes que ordenen o emitan mensajes que engañen al consumidor. Veamos las formas que aparecen:

- Engaño de propiedades y características: se castigan aquellos mensajes en los que una empresa presente unas características o propiedades de sus productos no ajustadas a la realidad, así como aquel que induzca a error sobre estos aspectos al consumidor. De esta manera, la publicidad debe siempre transmitir la verdadera idoneidad y calidad de los productos.
- Engaño en la cantidad: se castiga la publicidad con imágenes en donde se prometa un determinado peso, cantidad, volumen o cualquier tipo de prestación que se sobreentienda ofrecida con la imagen. Así, las imágenes obligan al oferente de un producto.
- Engaño en el incentivo prometido: está permitida la publicidad en donde se prometan incentivos al consumidor por la adquisición de productos, estableciendo en todos los casos los tiempos en que será válido el aliciente, obligándose a su vez el comerciante a cumplir con lo ofrecido. Se sanciona el incumplimiento de lo ofrecido o la inducción al error sobre el incentivo.

En los anteriores supuestos la responsabilidad del comerciante está comprometida. El Estado investiga estas conductas y en caso de encontrar mérito sanciona, prohíbe su realización y ordena el cumplimiento de la garantía, es decir, manda a la empresa que cumpla con lo ofrecido en la publicidad.

C. Prácticas comerciales restrictivas

Las prácticas comerciales restrictivas castigan aquellas conductas encaminadas a impedir el libre desarrollo de la oferta y demanda. En un mercado normal, los resultados de las variables que lo conforman dependen de ese libre juego de oferta y demanda; por ello a los participantes en él les está prohibido arreglar entre ellos conductas o desarrollar comportamientos unilaterales que alteran la dirección de un mercado o el comportamiento de sus variables, y traigan como consecuencia un límite a la competencia.

De esta forma, el Estado ejerce una actividad interventora en la economía investigando la realización de prácticas comerciales restrictivas. El anterior régimen se encuentra contenido en la Ley 155 de 1959 y en el Decreto 2153 de 1992. Allí se agrupan los acuerdos restrictivos, los actos restrictivos, el abuso de posición de dominio y el aviso previo de concentraciones jurídico-económicas. De esta manera el Estado vigila que las conductas de los participantes no afecten un mercado, sin establecer las situaciones particulares que se generen para algunos por ese comportamiento, es decir, se observa el interés general del mercado y no el interés individual de cada persona afectada con una conducta. Lo restrictivo se da como consecuencia de la afectación de un mercado y no como la consecuencia particular de la afectación de un participante de ese mercado.

Dentro del catálogo de conductas consideradas como actos restrictivos se establece que es restrictivo infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de

protección al consumidor. Así, si la publicidad emitida es engañosa y es de tal magnitud que el mensaje afecta a todo un mercado, la conducta será también castigada como restrictiva. La sanción impuesta por la realización de estas conductas puede ascender hasta 570 millones de pesos.

En conclusión, los tres regímenes comentados salvaguardan bienes jurídicos diferentes como son la actividad de una empresa, el interés del comprador y el desarrollo de un mercado. Por ello, una publicidad que no observe estas reglas puede generar una responsabilidad del comerciante dentro de los tres regímenes anotados. Es de la mayor importancia que un empresario observe con detenimiento sus mensajes publicitarios antes de emitirlos, pues es la forma de evitar estos inconvenientes jurídicos.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en mayo de 2011

Se compuso en caracteres Palatino de 11 puntos
y se imprimió sobre propalbond de 70 gramos
Bogotá (Colombia)

Externado
125 años de educación para la libertad
de cara al futuro

