

PANORAMA DE LAS INVESTIGACIONES DE LA SIC FRENTE AL  
COMPORTAMIENTO ANTICOMPETITIVO EN EL MERCADO DE COLOMBIA  
2009-2018

ORIANA MAYA MARÍN

Proyecto de grado  
Para optar por el título de abogada

Asesor: Juan Esteban Vélez

Medellín  
Universidad EAFIT  
Facultad de Derecho  
2020

“Si caminas solo, irás más rápido; si caminas acompañado, llegarás más lejos”

- Proverbio Chino

Caminé este proceso acompañada de muchas personas que me gustaría agradecer:

A Inesita, porque nada de esto habría sido posible sin su infinito amor e insistencia.

A mi papá, porque con todo el amor de un padre y la inteligencia de un maestro me ayudó a modelar aquello que yo no sabía aún hacer y que gracias a él ahora aprendí. Desde tablas infinitas de excel hasta la disciplina espartana que lo ha caracterizado toda la vida.

A mi madre hermosa, que con su infinita capacidad de trabajo y minuciosidad me ayudó a seguir trabajando hasta el final, más allá del cansancio, y revisar cada detalle.

A Luz María, por iluminarme con la idea y ayudarme a darle rumbo a este proyecto.

A Maria Paula, gracias por acompañarme a construir esta tesis desde cero, por las traspasadas, por las ayudas, por la compañía.

A Andrés Estrada, por compartir sus conocimientos conmigo y hacer este trabajo mucho más agradable.

A Juan Esteban, por guiarme con sus conocimientos y darle forma a este proyecto.

# TABLA DE CONTENIDO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>RESUMEN .....</b>  | <b>9</b>  |
| <b>INTRODUCCIÓN .....</b>   | <b>10</b> |
| <b>1. ELEMENTOS JURÍDICOS Y CONCEPTUALES DEL DERECHO DE COMPETENCIA. ....</b>                                     | <b>13</b> |
| 1.1. DEFINICIÓN DE COMPETENCIA .....  | 16        |
| 1.2. ORIGEN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA .....   | 20        |
| 1.3. ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO .....   | 22        |
| 1.4. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO .....   | 25        |
| 1.4.1. <i>Objetivos de la SIC</i> .....   | 27        |
| 1.4.2. <i>Estructura interna de la SIC</i> .....  | 31        |
| 1.4.3. <i>Procedimiento Administrativo ante la SIC</i> .....  | 33        |
| 1.5. PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS.....  | 42        |
| 1.5.1. <i>Prohibición general anticompetitiva</i> .....   | 42        |
| 1.5.2. <i>Acuerdos restrictivos de la competencia</i> .....   | 43        |
| 1.5.3. <i>Actos restrictivos de la competencia</i> .....  | 44        |
| 1.5.4. <i>Abuso de Posición Dominante</i> .....   | 44        |
| 1.5.5. <i>Competencia Desleal</i> .....   | 45        |
| 1.5.6. <i>Sectores especiales</i> .....   | 47        |
| 1.6. AGENTES.....   | 50        |
| 1.6.1. <i>Sector Privado</i> .....  | 51        |
| 1.6.2. <i>Sector Público</i> .....  | 53        |
| 1.6.3. <i>Otros Sectores</i> .....  | 53        |
| <b>2. INTERPRETACIONES ESTADÍSTICAS SOBRE EL PANORAMA ACTUAL DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS DE LA SIC.....</b> | <b>54</b> |
| 2.1. PANORAMA GENERAL DE CASOS.....   | 55        |
| 2.2. SECTORES ECONÓMICOS .....  | 58        |
| 2.2.1. <i>Sector agropecuario</i> .....   | 59        |
| 2.2.2. <i>Sector de Servicios</i> .....   | 60        |
| 2.2.3. <i>Sector Industrial</i> .....   | 61        |
| 2.2.4. <i>Sector de Transporte</i> .....  | 62        |
| 2.2.5. <i>Sector de Comercio</i> .....  | 62        |
| 2.2.6. <i>Sector de Construcción</i> .....  | 63        |
| 2.2.7. <i>Sector Energético</i> .....   | 63        |

|           |   |            |
|-----------|---|------------|
| 2.2.8.    | <i>Sector Solidario</i> .....   | 64         |
| 2.2.9.    | <i>Sector de Comunicaciones</i> .....   | 64         |
| 2.3.      | PROHIBICIÓN GENERAL.....  | 65         |
| 2.4.      | ACUERDOS .....  | 66         |
| 2.5.      | ACTOS .....   | 73         |
| 2.6.      | ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE.....  | 75         |
| 2.7.      | COMPETENCIA DESLEAL “ADMINISTRATIVA” .....  | 78         |
| 2.8.      | CASOS ESPECIALES .....  | 80         |
| 2.8.1.    | <i>Sector salud</i> .....   | 80         |
| 2.8.2.    | <i>Sector de Servicios Públicos Domiciliarios</i> .....                               | 81         |
| 2.9.      | MULTAS.....   | 82         |
| 2.10.     | RECUESTO GENERAL .....  | 86         |
| <b>3.</b> | <b>PARTE GENERAL</b> .....  | <b>88</b>  |
| 3.1.      | CONCEPTOS TEÓRICOS .....  | 89         |
| 3.2.      | CONCEPTOS LEGALES.....  | 91         |
| <b>4.</b> | <b>DESARROLLO DE LAS CONDUCTAS</b> .....  | <b>104</b> |
| 4.1.      | ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA.....  | 106        |
| 4.1.1.    | <i>Fijación de precios</i> .....  | 109        |
| 4.1.2.    | <i>Discriminación</i> .....   | 118        |
| 4.1.3.    | <i>Repartición de mercados</i> .....  | 118        |
| 4.1.4.    | <i>Asignación de cuotas de producción o suministro</i> .....                          | 118        |
| 4.1.5.    | <i>Limitación, repartición o asignación de fuentes de abastecimiento</i> .....        | 119        |
| 4.1.6.    | <i>Colusión en licitaciones públicas</i> .....  | 120        |
| 4.1.7.    | <i>Obstrucción de acceso a los mercados o a los canales de comercialización</i> ..... | 128        |
| 4.1.8.    | <i>Acuerdos en el sector solidario</i> .....  | 132        |
| 4.2.      | ACTOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA .....  | 138        |
| 4.2.1.    | <i>Actos de engaño con publicidad</i> .....   | 139        |
| 4.2.2.    | <i>Actos de influencia</i> .....  | 140        |
| 4.3.      | ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE .....   | 143        |
| 4.3.1.    | <i>Condiciones discriminatorias:</i> .....  | 149        |
| 4.3.2.    | <i>Venta atada:</i> .....   | 151        |
| 4.4.      | COMPETENCIA DESLEAL.....  | 152        |
| 4.4.1.    | <i>Actos de engaño</i> .....  | 152        |
| 4.4.2.    | <i>Actos de confusión</i> .....   | 153        |

|                                 |            |
|---------------------------------|------------|
| 4.4.3. Violación de normas..... | 154        |
| 4.5. PROHIBICIÓN GENERAL.....   | 154        |
| 4.6. PRECIOS INEQUITATIVOS..... | 155        |
| <b>5. CONCLUSIONES.....</b>     | <b>156</b> |
| <b>BIBLIOGRAFIA .....</b>       | <b>159</b> |

## TABLA DE FIGURAS

|  |    |
|--|----|
| Figura 1. Sectores económicos según la economía clásica. Fuente: Página Web Banco de la República de Colombia. Creación: Propia .....  | 14 |
| Figura 2 Sectores de la economía. Fuente: Página Web Banco de la República de Colombia. Creación: Propia.....  | 15 |
| Figura 3. Ramas del Régimen de la Protección de la Competencia. Fuente: Ley 1340 de 2009 Creación: propia .....  | 22 |
| Figura 4. Normatividad del Régimen de la Protección de la Competencia. Creación: Propia .....  | 23 |
| Figura 5. Reglas de Interpretación Usadas en el Régimen de la Protección de la Competencia. Fuente: La regla de la razón y la regla per se en el derecho colombiano, Alfonso Miranda. Creación: Propia.....  | 24 |
| Figura 6. Normas que han regulado la Superintendencia de Industria y Comercio. Fuente: Análisis de las funciones administrativas y jurisdiccionales de la SIC. La competencia desleal ante la SIC y otras autoridades administrativas. Creación: Propia.....     | 27 |
| Figura 7. Ámbito de Aplicación de la Ley 1340 de 2009. Fuente: Corte Constitucional. Creación: propia.....   | 29 |
| Figura 8. Estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio. Fuente: Artículo 3, Decreto 4886 de 2011 Creación: Propia.....  | 31 |
| Figura 9. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio Respecto de las Prácticas Comerciales Restrictivas y Competencia desleal y Respecto de las sanciones y el régimen de beneficios. Fuente: Decreto 4886 de 2011 Creación: Propia .....             | 32 |
| Figura 10. Funciones del Delegado para la Protección de la Competencia de Industria y Comercio Respecto de las Prácticas Comerciales Restrictivas y Competencia. Fuente: Decreto 4886 de 2011. Creación: Propia.....   | 33 |
| Figura 11. Objetivos del procedimiento administrativo de la Superintendencia de Industria y Comercio. Fuente: Régimen sancionatorio y el otorgamiento de garantías sobre prácticas restrictivas de la competencia en la Ley 1340 de 2009. Creación: Propia ..... | 34 |
| Figura 12. Procedimiento de las investigaciones por infracciones sobre la Protección de la Competencia y Competencia Desleal. Fuente: El artículo 52 del Decreto 2153, modificado por  |    |

|   |    |
|---|----|
| los artículos 16 y 19 de la Ley 1340 de 2009 y por el artículo 155 del Decreto 019. Creación:<br>Propia .....   | 35 |
| Figura 13. Criterios para la graduación de la multa. Fuente: Ley 1340 de 2009. Creación: Propia .   | 37 |
| Figura 14. Circunstancias de Agravación de la Sanción. Fuente: Ley 1340 de 2009. Creación: Propia<br>.....  | 37 |
| Figura 15. Condiciones para la exoneración de la multa. Fuente: Artículo 6 Decreto 2896 de 2010.<br>Creación: Propia.....   | 41 |
| Figura 16. Reducción de las multas en orden de llegada. Fuente: Decreto 2896 de 2010. Creación:<br>Propia. ....   | 41 |
| Figura 17. Estructuras societarias con ánimo de lucro. Fuente: Resoluciones de la SIC 2009-2018.<br>Creación: Propia.....   | 51 |
| Figura 18. Estructuras societarias sin ánimo de lucro. Fuente: Resoluciones de la SIC 2009-2018.<br>Creación: Propia.....   | 52 |
| Figura 19. Relatoría de la SIC. Tomado de: <a href="https://www.sic.gov.co/decisiones-de-competencia-superintendente?field_comp_super_value%5B0%5D=0&amp;field_comp_super_value%5B1%5D=1&amp;field_organizacion_tid=All&amp;field_conducta_value=2&amp;field_anos_value=All&amp;edit-submit-estados=Filtrar">https://www.sic.gov.co/decisiones-de-competencia-superintendente?field_comp_super_value%5B0%5D=0&amp;field_comp_super_value%5B1%5D=1&amp;field_organizacion_tid=All&amp;field_conducta_value=2&amp;field_anos_value=All&amp;edit-submit-estados=Filtrar</a> )..... | 54 |
| Figura 20. Clasificaciones Generales. Fuente: SIC. Creación: Propia.....  | 55 |
| Figura 21. Porcentaje Acumulado de las Conductas. Fuente: SIC. Creación: Propia .....   | 56 |
| Figura 22. Porcentaje General de Conductas Anticompetitivas. Fuente: SIC. Creación: Propia .....  | 56 |
| Figura 23. Casos por Sector y por Año - Sectores Económicos. Fuente: SIC. Creación: Propia.....   | 58 |
| Figura 24. Porcentaje de Casos por Año en los Sectores Económicos. Fuente: SIC. Creación: Propia<br>.....   | 59 |
| Figura 25. Porcentaje de Prácticas Investigadas en el Sector de Servicios. Fuente: SIC. Creación:<br>Propia .....   | 60 |
| Figura 26. Porcentaje de Prácticas Investigadas en el Sector Industrial. Fuente: SIC. Creación: Propia<br>.....   | 61 |
| Figura 27. Porcentaje de Prácticas Investigadas en el Sector de Comercio. Fuente: SIC. Creación:<br>Propia .....  | 62 |
| Figura 28. Porcentaje de Prácticas Investigadas en el Sector Energético. Fuente: SIC. Creación:<br>Propia .....   | 63 |
| Figura 29. Porcentaje de Prácticas Investigadas en el Sector de Comunicaciones. Fuente: SIC.<br>Creación: Propia.....   | 64 |
| Figura 30. Comparativo: Imputaciones específicas Vs. Imputaciones por Prohibición General.<br>Fuente: SIC. Creación: Propia .....   | 65 |
| Figura 31. Porcentaje de Conductas Investigadas dentro de Acuerdos. Fuente: SIC. Creación: Propia<br>.....  | 67 |
| Figura 32. Casos Investigados por Acuerdos. Fuente: SIC. Creación: Propia .....   | 67 |

|   |    |
|---|----|
| Figura 33. Decisiones Administrativas por Acuerdos. Fuente: SIC. Creación: Propia.....  | 69 |
| Figura 34. Porcentaje de Decisiones Administrativas de Conductas Investigadas dentro de Acuerdos.<br>Fuente: SIC. Creación: Propia .....  | 69 |
| Figura 35. Casos Sancionados por Acuerdos. Fuente: SIC. Creación: Propia .....  | 70 |
| Figura 36. Comparativo: Personas Jurídicas Investigadas Vs. Personas Jurídicas Sancionadas.<br>Fuente: SIC. Creación: Propia .....  | 71 |
| Figura 37. Comparativo: Personas Jurídicas Investigadas Vs. Personas Jurídicas Sancionadas en<br>Colusión de Licitaciones Públicas. Fuente: SIC. Creación: Propia .....                       | 72 |
| Figura 38. Casos Investigados por Actos. Fuente: SIC. Creación: Propia.....   | 73 |
| Figura 39. Porcentaje de Conductas Investigadas en Actos. Fuente: SIC. Creación: Propia .....   | 73 |
| Figura 40. Decisiones Administrativas de Conductas Investigadas dentro de Acuerdos. Fuente: SIC.<br>Creación: Propia.....   | 74 |
| Figura 41. Casos Investigados dentro de Abuso de Posición Dominante. Fuente: SIC. Creación:<br>Propia .....   | 75 |
| Figura 42. Porcentaje de Decisiones Administrativas de Conductas Investigadas dentro de Abuso de<br>Posición Dominante. Fuente: SIC. Creación: Propia .....                                   | 75 |
| Figura 43. Decisiones Administrativas por Personas Jurídicas en Abuso de Posición Dominante.<br>Fuente: SIC. Creación: Propia .....   | 76 |
| Figura 44. Comparativo: Personas Jurídicas Investigadas Vs. Personas Jurídicas Sancionadas en<br>Abuso de Posición Dominante. Fuente: SIC. Creación: Propia.....                              | 77 |
| Figura 45. Casos Investigados en Competencia Desleal “Administrativa” . Fuente: SIC. Creación:<br>Propia .....  | 78 |
| Figura 46. Decisiones Administrativas de Competencia Desleal. Fuente: SIC. Creación: Propia....   | 78 |
| Figura 47. Porcentaje de Decisiones Administrativas de Conductas Investigadas dentro de<br>Competencia Desleal Administrativa. Fuente: SIC. Creación: Propia .....                            | 79 |
| Figura 48. Casos Sancionados en Competencia Desleal Administrativa. Fuente: SIC. Creación:<br>Propia .....  | 79 |
| Figura 49. Comparativo: Personas Jurídicas Investigadas Vs Personas Jurídicas Sancionadas dentro<br>de Competencia Desleal Administrativa. Fuente: SIC. Creación: Propia .....                | 80 |
| Figura 50. Casos por Acuerdos Investigados en el Sector Salud. Fuente: SIC. Creación: Propia...   | 81 |
| Figura 51. Comparativo del Uso de la Prohibición General en las Conductas de Abuso de Posición<br>Dominante en el Sector de Servicios Públicos Domiciliarios. Fuente: SIC. Creación: Propia . | 81 |
| Figura 52. Multas en Sanciones por Prohibición General . Fuente: SIC. Creación: Propia.....   | 82 |
| Figura 53. Multas en Sanciones por Acuerdos. Fuente: SIC. Creación: Propia .....  | 82 |
| Figura 54. Multas en Sanciones por Actos. Fuente: SIC. Creación: Propia.....  | 83 |
| Figura 55. Multas en Sanciones por Colusión en Licitaciones Públicas. Fuente: SIC. Creación: Propia<br>.....  | 84 |

|  |     |
|--|-----|
| Figura 56. Multas en Sanciones por Abuso de Posición Dominante. Fuente: SIC. Creación: Propia .....  | 84  |
| Figura 57. Multas en Sanciones por Competencia Desleal Administrativa. Fuente: SIC. Creación: Propia .....   | 85  |
| Figura 58. Multas en Sanciones Totales. Fuente: SIC. Creación: Propia .....  | 85  |
| Figura 59. Casos Sancionados por Acuerdos por Sectores. Fuente: SIC. Creación: Propia .....  | 87  |
| Figura 60. Casos Sancionados por Abuso de Posición Dominante por Sector. Fuente: SIC. Creación: Propia .....   | 88  |
| Figura 61. Criterios que componen la significatividad. Fuente: SIC Creación: Propia.....   | 92  |
| Figura 62. Criterios separados en grupos para la dosificación de la sanción. Fuente: Resolución SIC No. 46111 de 2011. Creación: Propia .....  | 99  |
| Figura 63. Porcentajes para establecer los agravantes de la multa. Fuente: Resolución SIC No. 46111 de 2011 Creación: Propia.....  | 102 |
| Figura 64. Clasificación de las conductas Anticompetitivas. Fuente: Resolución SIC No. 13483 de 2012. Creación: Propia .....   | 105 |
| Figura 65. Elementos Probatorios. Fuente: SIC. Creación: Propia .....  | 107 |
| Figura 66. Elementos del paralelismo consciente. Fuente: SIC. Creación: Propia.....  | 110 |
| Figura 67. Descripción de la conducta de colusión en licitaciones. Fuente: Elaboración SIC contenida en la página 88 del Informe Motivado. En: Resolución SIC No. 83037 de 2014..... | 121 |
| Figura 68. Elementos Característicos de la Colusión. Fuente: SIC. Creación: Propia .....   | 122 |
| Figura 69. Elementos de análisis en la investigación de Colusiones. Fuente: SIC. Creación: Propia .....  | 122 |
| Figura 70. Indicadores de la Conducta de Colusión.....   | 124 |
| Figura 71. Pruebas Indiciarias Documentales para Colusiones. Fuente: SIC. Creación: Propia ...   | 127 |
| Figura 72. Elementos para identificar una práctica concertada. Fuente: Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Creación: Propia .....  | 130 |
| Figura 73. Elementos que componene los acuerdos dentro del mercado de servicios de salud. Fuente: SIC. Creación: Propia .....  | 133 |
| Figura 74. Tipos de intercambio de información para colusiones. Fuente: Resolución SIC No. 46111 de 2011. Creación: Propia.....  | 134 |
| Figura 75. Elementos de los actos . Fuente: SIC. Creación: Propia .....  | 138 |
| Figura 76. Elementos de los actos de influencia. Fuente: SIC. Creación: Propia.....  | 140 |
| Figura 77. Elementos de las Condiciones Discriminatorias . Fuente: SIC. Creación: Propia .....   | 149 |
| Figura 78. Elementos de las Ventas Atadas . Fuente: SIC. Creación: Propia .....  | 151 |

## **RESUMEN**

Este proyecto de grado pretende presentar un panorama general del trabajo ejecutado por la Superintendencia de Industria y Comercio en las investigaciones administrativas llevadas a cabo durante los años 2009 a 2018. Este panorama busca dar una visión de la legislación actual, las reglas que componen las prácticas anticompetitivas; de manera somera, los encargados de su supervisión, su procedimiento, las normas que rigen sus sanciones y los programas de beneficios que lo componen.

Posterior a este trabajo de contextualización se procede a un análisis estadístico de las tendencias de las dinámicas entre la SIC, las actuaciones investigativas y las empresas. Se concentra en hacer un trabajo de revisión entre sectores económicos, algunos indicadores de eficiencia respecto de las investigaciones y las sanciones y las multas impuestas a través de los años.

Para terminar se hace una recolección de tendencias sobre qué ha dicho la SIC que compone un comportamiento anticompetitivo, sus estándares probatorios y algunos elementos que podrían servir de prueba. De esta manera, se presenta un panorama sobre las actuaciones sobre las personas jurídicas en materia de prácticas anticompetitivas con el fin de poder otorgar una perspectiva más clara para posteriores trabajos de análisis de la efectividad del régimen de competencia.

## **PALABRAS CLAVES**

Prácticas restrictivas de la competencia, prácticas anticompetitivas, derecho de competencia, intervención estatal, superintendencia de industria y comercio.

## INTRODUCCIÓN

*“El atractivo terrible que poseen las formaciones colectivas que se embriagan con la promesa de una comunidad humana no problemática, basada en una palabra infalible, consiste en que suprimen la indecisión y la duda, la necesidad de pensar por sí mismo, otorgan a sus miembros una identidad exaltada por participación, separan un interior bueno - el grupo - y un exterior amenazador”*

**Estanislao Zuleta, Elogio a la dificultad**

Es con el mismo ánimo de pensar con criterio y con la mayor objetividad posible por el que se empezó este trabajo.

La liberalización de la economía y de la economía global con el argumento de mayores eficiencias y mayores posibilidades es una frase que debe tomarse con cuidado. Pues una sociedad sana y verdaderamente útil no debe estar al servicio de la economía, es ella la que debe servir al propósito de mejorar las condiciones de vida, si no de manera igualitaria por lo menos sí de manera equitativa, y de otorgar las condiciones más justas para que esta pueda prosperar. Un ámbito de la economía es entonces la libre competencia, en donde la creatividad humana puede encontrar su lucha y evolucionar en beneficio tanto de los consumidores como de los mismos productores.

No obstante, esto es un ideal al que debemos tomar como línea de horizonte, un punto de referencia al que aspirar. Las mismas teorías económicas ofrecen explicaciones de porque los modelos no funcionan perfectamente y es que las fallas institucionales, fallas estructurales del mercado y coyunturas políticas y sociales no desaparecen nunca. La institucionalización de las normas de competencia a través de los años ha remediado las pobres condiciones de la competencia. Es por esto que esta investigación se concentra en el trabajo de la Superintendencia de

Industria y Comercio luego de la creación de la Ley 1340 de 2009, que fue la encargada de otorgarle a esta entidad el carácter de única autoridad en materia de competencia. Aunque el régimen colombiano existe desde 1959, es esta última ley la integradora del panorama, con lo que es necesario entender que este régimen está en una fase diferente en comparación de los regímenes más antiguos que han consagrado sus regímenes de competencia décadas atrás.

La perspectiva del desarrollo del régimen de competencia ya se ha tomado en cuenta y distintos autores han propuesto nuevos enfoques, en los que hacen hincapié en la necesidad de “que las autoridades de la competencia y la academia cooperen en destacar los buenos resultados y las fallas más comunes que tienen en el ejercicio y aplicación de esta política”<sup>1</sup>.

En esta misma línea, en el documento “Últimas Tendencias en derecho de la competencia”, el autor propone evaluar la eficacia de las mismas estructuras sancionatorias y cuestionando la forma de abordar las restricciones presuntamente anticompetitivas; indagar la independencia de los órganos de competencia, el grado de participación del gobierno; consultar el rol de la autoridad de competencia en el desarrollo legislativo que interviene en el mercado. Y la propuesta que principalmente motivó este trabajo se da en las líneas de divulgación e información sobre estudios del mercado, las investigaciones y sanciones, pues estos son “uno de los más importantes referentes para generar cultura de libre competencia, pues ni las empresas, ni la academia en una forma generalizada tienen internalizado el respeto por la libre competencia, hecho que puede generar problemas frente a la libertad de comportamiento que puedan tener en el mercado”<sup>2</sup>.

Esta investigación entonces se concentra en el trabajo de la Superintendencia de Industria y Comercio con el ánimo de continuar este propósito: mantener la información y divulgación para generar mayor consciencia y respeto a la cultura de

<sup>1</sup> ÁLVAREZ LONDOÑO, Luis Fernando. Últimas tendencias del derecho de la competencia en Latinoamérica. CEDI 2008. Pontificia Universidad Javeriana.

<sup>2</sup> Íbid.

libre competencia, un panorama en el que se pueda continuar la indagación del funcionamiento de un órgano que se propone proteger este derecho constitucional.

Es de esta manera que el presente trabajo se propone como objetivo general presentar el panorama de la labor de la SIC respecto de las prácticas anticompetitivas de los sectores empresariales privados y públicos del mercado colombiano en el periodo 2009 – 2018 con el fin de identificar la dinámica de la interrelación entre los agentes económicos y la materialización ejercida por la SIC en su respectiva facultad sancionatoria.

Este objetivo se logrará a través de los objetivos específicos que se despliegan en:

1. Describir el marco jurídico del régimen de la protección de competencia en Colombia y su ente regulador con el fin de proveer una contextualización sobre la regulación económica colombiana.
2. Presentar las tendencias de las resoluciones sancionatorias en sus diferentes elementos con el fin de esquematizar gráficamente la materialización de las sanciones con sus respectivas interpretaciones.
3. Presentar tendencias, anomalías y patrones encontrados en las resoluciones objeto de estudio para establecer las líneas considerativas de la Superintendencia de Industria y Comercio en el periodo 2009-2018.

La metodología usada en este trabajo fue de carácter cuantitativo, tomando como muestra de la investigación las resoluciones que se encontraban en los archivos de la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio, al estar en dominio público y seleccionando aquellas resoluciones en las que se resolvían las investigaciones, ya fuera sancionando, archivando o cerrando la acción. El trabajo de investigación se concentró en los comportamientos de las personas jurídicas que eran investigadas por las conductas anticompetitivas y no las personas naturales que colaboraron con dichos comportamientos. Se tomaron las resoluciones que

hacían parte del 2009 dado que fue este año donde se promulgó la Ley 1340 de 2009<sup>3</sup>, hasta el 2018 dado que la investigación se dio en el transcurso del 2019.

## **1. ELEMENTOS JURÍDICOS Y CONCEPTUALES DEL DERECHO DE COMPETENCIA.**

El derecho de la competencia nace como una rama en la que convergen dos ámbitos: la economía y el derecho. De la primera proviene la institución del mercado, la cual contiene diversas estructuras como la competencia perfecta e imperfecta. Cada una de estas estructuras se describe a partir de elementos, tales como: el número de empresas que lo componen, el producto de estas, las barreras de entrada y si hay agentes hegemónicos<sup>4</sup>. El derecho, por otra parte, se consagra en el Estado a través de su intervención en políticas públicas y legislación, además de los entes administrativos que ejecutan estas.

<sup>3</sup> Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia

<sup>4</sup> VELANDIA, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo. Bogotá: Universidad Externa de Colombia, 2008. Pág. 27

También estas estructuras económicas se desarrollan en diferentes sectores. En Colombia, según el Banco de la República<sup>5</sup>, podemos encontrar las siguientes clasificaciones de los sectores económicos. Por un lado, encontramos las divisiones según la economía clásica:



Figura 1. Sectores económicos según la economía clásica. Fuente: Página Web Banco de la República de Colombia. Creación: Propia

Debido a la especialización de la economía, a su vez, existe una clasificación análoga que responde a clasificaciones más específicas.

<sup>5</sup>Sectores económicos. Banco de la República, Colombia. Fecha de consulta: enero de 2020. Disponible en: [https://enciclopedia.banrepcultural.org/index.php?title=Sectores\\_econ%C3%B3micos](https://enciclopedia.banrepcultural.org/index.php?title=Sectores_econ%C3%B3micos)

|                            |  |
|----------------------------|--|
| Sector Agropecuario        | •Sector primario   |
| Sector de Servicios        | •Sector terciario  |
| Sector Industrial          | •Sector secundario   |
| Sector de transporte       | •Sector terciario<br>•Transporte de carga, servicio de transporte público, transporte terrestre, aéreo, marítimo                 |
| Sector de comercio         | •Terciario   |
| Sector Financiero          | •Actividades bancarias y financieras, aseguradoras, fondos de pensiones y cesantías, fiduciarias, etc.                           |
| Sector de la construcción  | •Empresas y organizaciones de construcción, de arquitectos e ingenieros, empresas productoras de materiales para la construcción |
| Sector minero y energético | •Extracción de carbón y piedras preciosas; gas y petróleo; empresas generadoras de energía; etc.                                 |
| Sector solidario           | •Cooperativas, cajas de compensación familiar, empresas solidarias de salud  |
| Sector de Comunicaciones   | •Telefonía fija y celular, empresas de publicidad, periodicos, editoriales, etc.   |

Figura 2 Sectores de la economía. Fuente: Página Web Banco de la República de Colombia. Creación: Propia

Las dinámicas que se pueden desarrollar en los mercados deben ser tenidas también en consideración por el marco jurídico y político del ordenamiento jurídico colombiano. Los principios consagrados en las leyes y en las Constituciones, son el pilar que determina las actuaciones y el tipo de economía que se quiere dirigir. Es por esto que el principio de competencia constituye un derecho constitucional en sí mismo. Es un principio estructural de la economía social de mercado, situación corroborada por la Corte Constitucional al determinar que, dentro del pilar de la libertad económica, principio esencial dentro del derecho de la competencia, debe buscarse la protección de los empresarios que interactúan en el mercado, la protección del interés público, materializadas en mayores calidades, mejores precios de los bienes y servicios como resultado de una sana competencia. “De ahí,

*que la Carta Fundamental, le ha impuesto expresamente al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar el abuso de la posición dominante que los empresarios tengan en el mercado”<sup>6</sup>.*

El derecho y la economía ha tenido una relación que se puede entender a través del siguiente esquema tripartito<sup>7</sup>:

1. El Estado garantiza el derecho de propiedad y otras precondiciones de los mercados;
2. los mercados toman lugar dentro de este marco de referencia y entrega resultados eficientes;
3. el Estado corrige fallos del mercado a través de instituciones complementarias como el estado social o de bienestar.

### **1.1. Definición de competencia**

El derecho de competencia se encuentra dentro del ámbito de la economía social de mercado, concepto de la jurisprudencia constitucional para referirse al modelo económico adoptado por la Constitución Económica que se integró en la carta fundamental de 1991. Es importante aclarar que la constitución económica fue el concepto jurídico que se desarrolló a principios del siglo XX para integrar la cláusula de Estado de bienestar<sup>8</sup>. De manera tal que, la economía social de mercado permite combinar el sistema económico capitalista de libre mercado junto con políticas

<sup>6</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2001. Exp D-3279. M.P.: Rodrigo Escobar Gil

<sup>7</sup> “The relationship between the market and the state has traditionally been understood as a three-layered scheme, roughly as outlined in sections 4.1 and 4.2: 1) the state secures property rights and other preconditions of markets; 2) markets take place within this framework and deliver efficient outcomes; 3) the state corrects market failures through complementary institutions such as the welfare state.” HERZOG, Lisa, "Markets", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Fecha de consulta: noviembre de 2019. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/markets/>

<sup>8</sup> a través de la constitución de Weimar y la mexicana de 1917 - MOSQUERA, Freya Mery, “La constitución económica de 1991” (2017) Fecha de consulta: noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.ucc.edu.co/prensa/2016/Paginas/la-constitucion-economica-de-1991.aspx>

sociales que establecen una competencia justa dentro del mercado y el estado de bienestar<sup>9</sup>.

En lo que Uprimny denomina “Institucionalismo social” en la revista de Debates de Coyuntura Económica, podemos considerar que Colombia posee una Constitución valorativa y normativa, pues reconoce derechos liberales y derechos sociales y les da fuerza normativa; y abierta porque admite políticas diversas para alcanzar esos derechos sociales<sup>10</sup>. Es a través de la consagración de la protección de la libre competencia económica a rango constitucional como derecho colectivo y garantía orientadora del régimen económico vigente lo que hace que la libre competencia económica sea la columna vertebral de este modelo<sup>11</sup>. Esta definición nos permite observar la doble función que el derecho de la competencia posee a través de mandato constitucional.

Por lo tanto, no solamente se promueve la garantía constitucional sobre la empresa y la iniciativa privada, en desarrollo de la libertad económica, sino que también se determina la necesidad de que el Estado intervenga para corregir allí donde haya desigualdades por abuso en la competencia de los mercados tanto en una función económica como social. Esta intervención es necesaria en donde los mercados no alcanzan eficiencia paretiana<sup>12</sup> debido a fallas del mercado en las cuales “los requisitos del modelo de libre competencia no se cumplen y por lo tanto la economía no es capaz de alcanzar situaciones de eficiencia asignativa, productiva y paretiana”<sup>13</sup>. Las razones de estas fallas, en términos generales dentro del ámbito

<sup>9</sup> MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. “La Regla de la Razón y la Regla Per Se en el Derecho Colombiano”. Bogotá: CEDEC. 2017. Pág. 7.

<sup>10</sup> UPRIMNY, Rodrigo. RODRÍGUEZ, César Augusto. Constitución y modelo económico en Colombia: Hacia una discusión productiva entre economía y derecho. Revista Debates de Coyuntura Económica.

<sup>11</sup> Resolución de Superintendencia de Industria y Comercio no. 4191 de 2017. Pág 24

<sup>12</sup> Una asignación de bienes es óptimo en el sentido de Pareto (o Pareto eficiente) cuando no hay posibilidad de redistribución de una manera en la que al menos una persona estaría mejor, mientras que ningún otro individuo terminase peor. Óptimo de Pareto. Fecha de consulta: enero de 2020 Disponible en: <https://policonomics.com/es/optimo-pareto/>

<sup>13</sup> OSSA BOCANEGRA, Camilo, Fundamentos de derecho de la aplicación pública de la competencia en Colombia. En: revista Facultad de Derecho y Ciencias. Universidad Externado de Colombia. Vol. 44, No (enero-junio, 2014). Pág 187

del derecho de la competencia, pueden darse por la retención del poder del mercado, “entendido como la capacidad que tiene una empresa de cobrar un precio superior a su coste marginal y obtener así un beneficio positivo”<sup>14</sup>; efectos externos de la actividad económica, definidos como “daño o beneficio no compensado para un tercero no involucrado, que produce un determinado costo social”<sup>15</sup> y asimetría de información. Puede entonces, derivarse que la política de competencia “oscila generalmente entre dos visiones, la simple protección del bienestar económico de los consumidores y un criterio de eficiencia que, por construcción, se añade al excedente económico de las empresas”<sup>16</sup>.

Por otro lado, los derechos económicos de libertad son garantías que buscan proteger el funcionamiento del mercado y la autonomía privada, convergentes de la economía y el derecho. Son estos derechos de libertad provenientes del liberalismo clásico los que se reconocen como derechos de defensa, pues en principio piden actuaciones negativas por parte del Estado. Es en esta consagración de las libertades de liberalismo clásico que la libertad de empresa y la libre iniciativa privada encuentran su garantía.

Lo que el derecho de competencia en Colombia pretende es que exista “un interés reconocido y protegido constitucionalmente, en el sentido que deben preservarse las garantías mínimas que posibiliten el intercambio comercial y, de manera más amplia, la participación de los agentes de mercado, en un marco de condiciones que permita el desarrollo económico y la libre competencia”<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> OSSA BOCANEGRA, Camilo, Fundamentos de derecho de la aplicación pública de la competencia en Colombia. En: revista Facultad de Derecho y Ciencias. Universidad Externado de Colombia. Vol. 44, No (enero-junio, 2014). Pág 188.

<sup>15</sup> OSSA BOCANEGRA, Camilo, Fundamentos de derecho de la aplicación pública de la competencia en Colombia. En: revista Facultad de Derecho y Ciencias. Universidad Externado de Colombia. Vol. 44, No (enero-junio, 2014).

<sup>16</sup> BARDEY, David. BECERRA, Alejandro. CABRERA, Pilar. Análisis económico de la normativa de libre competencia en Colombia. Bogotá: Fedesarrollo, 2013. Pág. 13

<sup>17</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-830 de 2010. Exp D-8096. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva

Es bajo estos conceptos que debemos observar el artículo 333 de la Constitución. Pues consagra la posibilidad de las libertades económicas, consagradas en derechos liberales, pero con la perspectiva que involucra considerar los derechos sociales al exigir que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, ***dentro de los límites del bien común***. El articulado estipula la obligación que conlleva el derecho de la libertad de competencia económica en el segundo inciso y en el cuarto establece los cimientos sobre los que yace la función esencial del derecho de competencia y la autoridad que la consagra, la Superintendencia Industria y Comercio. De esta manera, el Estado, por mandato de la ley, debe impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. A nivel constitucional, hay claridad sobre la libertad económica al otorgarle potestad al legislador de que sea él quien determine el alcance de esta.

Con el fin de darle unidad a la definición también se consolida el derecho de la competencia como “el conjunto de normas que tiene por objeto asegurar que las firmas que operan en el mercado no actúen en formas que afectan la competencia o la rivalidad, a través de la ejecución de prácticas comerciales restrictivas”<sup>18</sup>. Además, como lo ha descrito la Corte Suprema de Justicia “(L)as normas que regulan el derecho de competencia parten del principio universalmente aceptado, según el cual la clientela se alcanza mediante la afirmación de las propias calidades y el continuo esfuerzo de superación, y no a través de la artificial caída del rival. Esto es, la clientela se granjea en franca lid, pensando más en la virtud propia que en la degradación ajena; en una palabra, que se le conquiste meritoriamente”<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Resolución de la Superintendencia de Industria y Comercio No. 4839 de 2013. Pág 9

<sup>19</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de abril de 2002. Exp.: 6014 M.P.: Manuel Ardila Velásquez

## 1.2. Origen del derecho de la competencia

La primera norma que sentó el precedente para la creación del derecho de la competencia fue la ley antimonopolio en la ley Sherman<sup>20</sup> de 1890 en Estados Unidos. Esta fue provocada por las diferentes agrupaciones o “trusts” que se habían formado en las últimas décadas del siglo XIX. Se reunieron las industrias del acero, el azúcar, el petróleo y del ferrocarril en esta modalidad<sup>21</sup>, bajo la cual se coordinaron múltiples dueños a través de una estructura unificada de manejo, con el propósito de dictar el precio y la oferta, además de evitar impuestos a nivel estatal y regulaciones corporativas<sup>22</sup>.

Esta dinámica fue apoderándose cada vez más del poder económico, afectando a los consumidores con lo que se instauraron las primeras leyes para impedir que dichas situaciones siguieran impactando el mercado las cuales fueron “Sherman Act” y “Clayton Act”. Esto provocó, entonces, la prohibición de la fijación de precios o acuerdos que impidieran la competencia justa. La segunda, “Clayton Act”<sup>23</sup>, promulgada en 1914, reguló las integraciones comerciales, modalidades que reemplazaron los acuerdos por uniones societarias de diferentes compañías y que tenían, al fin y al cabo, la misma intención que los “trusts”. Finalmente, también en 1914 fue creada la Comisión Federal de Comercio, FTC (por sus siglas en inglés), que hace las veces de órgano de vigilancia y control sobre las empresas, para que las normas antimonopolio sean ejecutadas.

<sup>20</sup> ESTADOS UNIDOS. Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. 1 – 3. Modificado por: Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act de 2004.

<sup>21</sup> MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. “La Regla de la Razón y la Regla Per Se en el Derecho Colombiano”. Bogotá: CEDEC. 2017.

<sup>22</sup>US Antitrust Law and policy in historical perspective, Laura Phillips Sawyer. Working paper. Harvard Business School. 2019. Pág. 2

<sup>23</sup> Clayton Antitrust Act. Fecha de consulta: noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.britannica.com/event/Clayton-Antitrust-Act>

El alcance del mercado fue redefinido gracias a diferentes desarrollos intelectuales e históricos<sup>24</sup>: la adopción del tratado de Roma por seis naciones europeas estableció la Comunidad Económica Europea con la creación de un mercado único en 1957, lo cual constituyó el antecedente de la actual Unión Europea, que ahora cuenta con 28 países<sup>25</sup>. Esto implicó que las fronteras máximas de los mercados no fueran las divisiones nacionales, sino que permitió un mercado plurinacional.

A nivel internacional, otro fenómeno fue la sinergia creada por el Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles o GATT (por sus siglas en inglés) en 1947 como una forma de liberalización económica para reducir las barreras arancelarias y no arancelarias. Este acuerdo materializó la creación de la Organización Mundial del Comercio en 1995<sup>26</sup>; dicha organización implementa los acuerdos, provee foros para la negociación de reducciones adicionales en las barreras comerciales y sirve como lugar de resolución de disputas y vigila el cumplimiento de las normas de comercio. Actualmente se encuentran en la ronda Doha sobre el desarrollo, desde 2001, siendo la novena que se realiza en la línea de este acuerdo. Dentro de esta ronda de Doha, se encuentra también la discusión sobre las políticas sobre comercio y competencia. Dado que la liberalización de los mercados ha llevado a la reducción de la intervención económica, la preocupación sobre las prácticas anticompetitivas ha ido en aumento a la vez que se ha adquirido la conciencia sobre un comercio mutuamente solidario y que políticas sobre competencia pueden contribuir a un sano desarrollo económico y que dichas políticas efectivas de competencia pueden asegurar que los beneficios de la liberaciones y de reformas económicamente basadas lleguen a todos los ciudadanos<sup>27</sup>.

24 M. Fox, Eleanor and HEALEY, Deborah. When the state hurts competition. En: Antitrust Law Journal. Vol. 79, No. 3 (2014). Pág. 4.

25 Ibid

26 World Trade Organization. Fecha de consulta: febrero de 2020. Disponible en: <https://law.duke.edu/lib/research-guides/gatt/>

27 Doha: briefing notes 2001. Fecha de consulta: febrero de 2020. Disponible en: [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/min01\\_e/brief\\_e/brief13\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/brief_e/brief13_e.htm)

### 1.3. Ordenamiento jurídico colombiano

El régimen de la Competencia se consolidó por primera vez bajo el gobierno de Alberto Lleras Camargo, momento en el que se expidió la primera norma de competencia, la Ley 155 de 1959. El proceso de liberalización de los mercados y apertura económica en yuxtaposición con la Constitución de 1991 expande el alcance del régimen que a su vez se consolida de manera integral en el año 2009, a través de la Ley 1340, norma que otorga a la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC) como única autoridad de la competencia.

#### Fundamento Legal

Las normas que componen el régimen de competencia<sup>28</sup> se dividen en dos ramas principales:

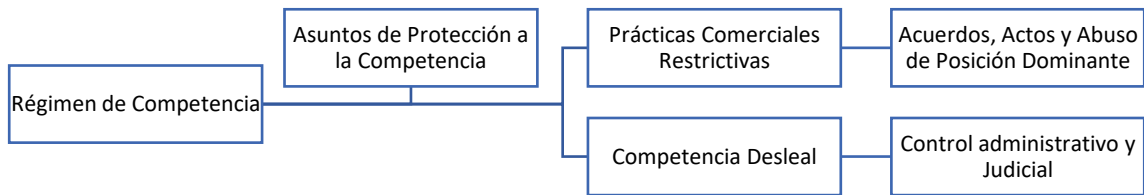


Figura 3. Ramas del Régimen de la Protección de la Competencia. Fuente: Ley 1340 de 2009 Creación: propia

Dichas normas se encuentran reguladas en diferentes leyes que se enumerarán posteriormente. Además de la naturaleza transversal que tiene en diferentes sectores, como el sector de la salud y de los servicios públicos. Estas normas surgen por diferentes situaciones políticas como lo son el proceso de liberación de mercados y apertura económica de comienzos de los años noventa que se dio en el gobierno de César Gaviria a comienzos de los años 90 y la vinculación de

<sup>28</sup> El ámbito de aplicación de la Ley 1340 es consolidado en el artículo 2, estableciendo que las disposiciones normativas sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a “Prácticas Comerciales Restrictivas (Acuerdos, Actos y Abuso de la Posición de Dominio) y Régimen de Integraciones empresariales”.

Colombia a la globalización y un estándar de competitividad por parte del gobierno de Álvaro Uribe a partir del 2006<sup>29</sup>.

A través de la paulatina construcción del régimen del derecho de la competencia se ha podido evolucionar de una normatividad que rija la competencia desleal, propiamente del derecho privado, siendo normas “protectoras de los empresarios participantes en el mercado”<sup>30</sup>, a una normatividad que ya admite hoy en día que “los actos de competencia desleal pueden resultar lesivos no sólo a los comerciantes, sino también a los consumidores y al público en general, constituyéndose en un verdadero interés colectivo que debe ser objeto de especial protección”<sup>31</sup>.

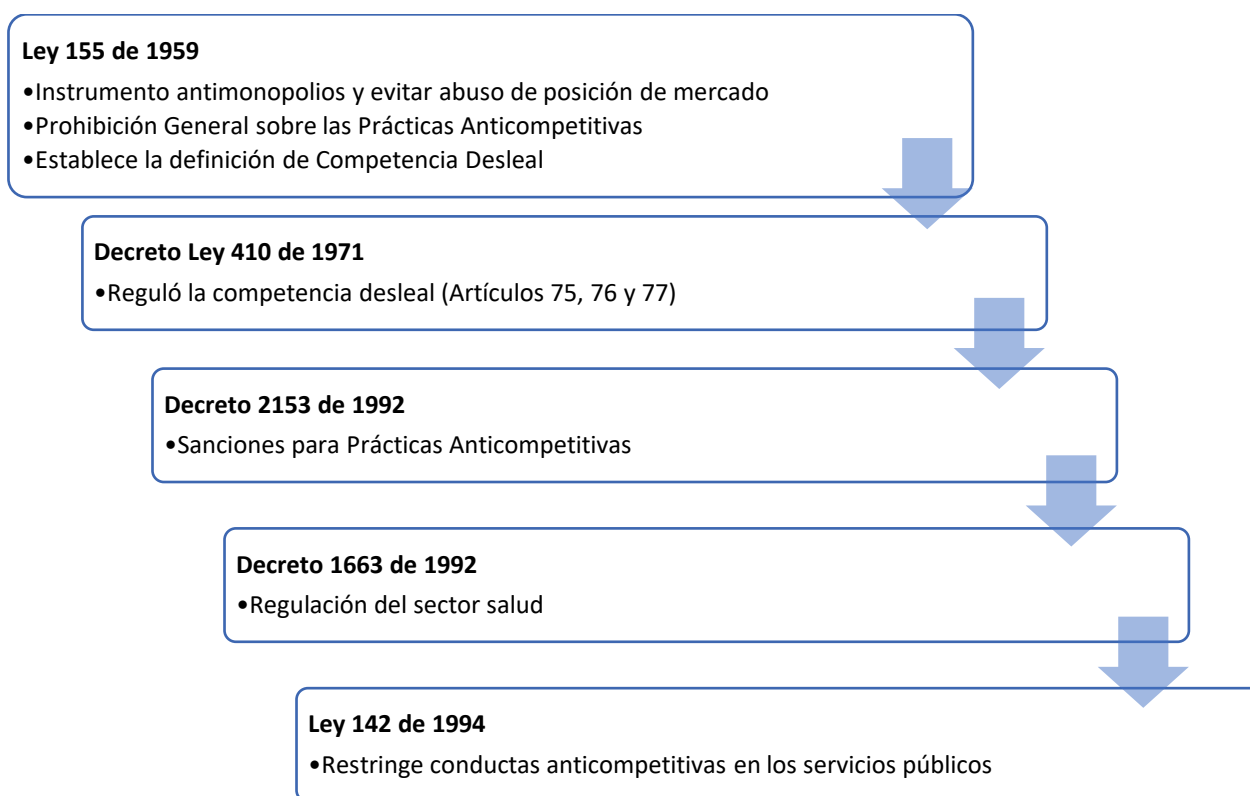


Figura 4. Normatividad del Régimen de la Protección de la Competencia. Creación: Propia

<sup>29</sup> BARDEY, David. BECERRA, Alejandro. CABRERA, Pilar. Op. Cit Pág. 12

<sup>30</sup> LARES COLMENARES, Mary Elena. La competencia desleal ante la SIC y otras autoridades administrativas. En: Con-texto: Revista de Derecho y Economía. 69. (2004). Pág. 73.

<sup>31</sup> Íbid.

Asimismo, el derecho de la competencia se apoya en la reglamentación que existe de las comisiones reguladoras como la CRC (Comisión de Regulación de Comunicaciones), CREG (Comisión de Regulación de Energía y Gas) y CRA (Comisión de Regulación de Agua), CRES (Comisión de Regulación de Salud).

Además de estas conductas, en las diferentes normas que conforman el régimen del derecho de competencia, que se desglosarán más adelante, debemos tener en cuenta las **reglas de interpretación** de este ámbito. Estas se han tomado del Derecho de la Competencia de Estados Unidos: los sistemas de la *Regla de la Razón* y la *Regla de Ilegalidad Per Se*<sup>32</sup>.



Figura 5. Reglas de Interpretación Usadas en el Régimen de la Protección de la Competencia. Fuente: La regla de la razón y la regla per se en el derecho colombiano, Alfonso Miranda. Creación: Propia.

La autoridad competente únicamente debe demostrar que la conducta se realizó<sup>33</sup>, siendo así una suerte de análisis objetivo a través de los criterios que se establecen en la tipificación de la conducta.

<sup>32</sup> MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. “La Regla de la Razón y la Regla Per Se en el Derecho Colombiano”. Bogotá: CEDEC. 2017. Pág. 5.

<sup>33</sup> GALVEZ ALBARRACÍN, Johnny Enrique. VELÁSQUEZ TRUJILLO, Maria del Rosario. Aplicación de la regla de la razón (Rule of the reason) en el análisis de los Acuerdos de Cartel, dentro del

Sobre este tema en específico se ha identificado que la legislación colombiana omitió la posibilidad de identificar de manera expresa conductas absolutas o relativas de manera que se pueda aplicar la regla de la ilegalidad *per se* o de la razón<sup>34</sup>; diferente es que la SIC y la doctrina hayan interpretado como ilegales *per se* algunas conductas específicamente señaladas como anticompetitivas mientras que las no tipificadas pueden aplicarse la regla de la razón<sup>35</sup>. Esto puede resultar problemático pues en aras de economía del proceso de investigación, puede no hacerse una evaluación bajo los lineamientos constitucionales y de respeto al debido proceso y al derecho de defensa del investigado<sup>36</sup>.

También es importante resaltar que, en materia de derecho comparado, el sistema bajo el que se rige la lucha contra las prácticas restrictivas no hace uso de la justicia penal, estructura que adopta Estados Unidos, y se asemeja más a la europea ya que el propósito de sancionar e imponer multas no permite indemnización a los perjudicados<sup>37</sup>.

#### **1.4. Superintendencia de Industria y Comercio**

Como se había anunciado previamente, la autoridad única que controla, vigila e inspecciona el derecho de competencia en Colombia es la SIC. Como Superintendencia a través de sus funciones administrativas cumple con ciertos propósitos para el buen funcionamiento de los mercados:

- (i) La libre participación de las empresas en el mercado;

Derecho de la Competencia. Cali. 2015. Trabajo de grado (Maestría en Derecho Empresarial). Universidad ICESI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Pág 23

<sup>34</sup> *Ibid.* Pág 21

<sup>35</sup> *Ibid.* Pág 21

<sup>36</sup> *Ibid.* Pág 24

<sup>37</sup> TORRADO FRANCO, Eliana. Régimen sancionatorio y el otorgamiento de garantías sobre prácticas restrictivas de la competencia en la Ley 1340 de 2009. En: Revista de Derecho Privado, núm. 43, junio, 2010. Universidad de los Andes. Pág 4.

- (ii) El bienestar general de los consumidores y;
- (iii) La eficiencia económica<sup>38</sup>.

La implementación de estos objetivos se materializa en las instituciones, de manera tal que la protección de los consumidores se consagra en el sistema judicial mientras que lo relativo al objetivo de eficiencia se realiza a través de un sistema administrativo-gubernamental.

La Superintendencia de Industria y Comercio se rige bajo la normatividad que regula las Superintendencias que pertenecen a la Rama Ejecutiva como Unidad Administrativa Especial creadas por la Ley 0489 de 1998<sup>39</sup>, norma que establece las Superintendencias como organismos creados por ley, con autonomía administrativa y financiera que el legislador señale, sin personería jurídica, con funciones de inspección y vigilancia<sup>40</sup>.

La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) ha pasado por diferentes transformaciones normativas y de la misma manera, sus funciones:

<sup>38</sup> Resolución de Industria y Comercio No. 26724 de 2016. Pág 17

<sup>39</sup> Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

<sup>40</sup> ARTICULO 66. ORGANIZACION Y FUNCIONAMIENTO DE LAS SUPERINTENDENCIAS. Las superintendencias son organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquella les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones de inspección y vigilancia atribuidas por la ley o mediante delegación que haga el Presidente de la República previa autorización legal.

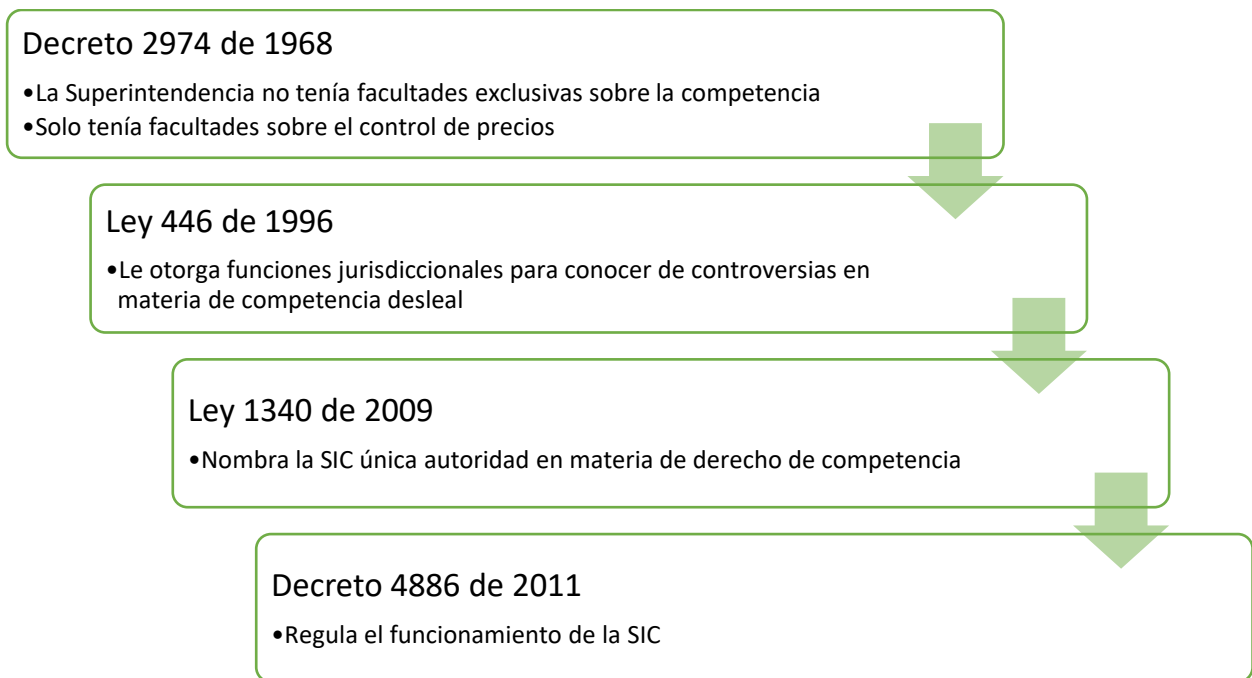


Figura 6. Normas que han regulado la Superintendencia de Industria y Comercio. Fuente: Análisis de las funciones administrativas y jurisdiccionales de la SIC. La competencia desleal ante la SIC y otras autoridades administrativas. Creación: Propia.

Las nuevas facultades separaron a su vez las acciones en contra de las actuaciones de competencia desleal y cobijó las acciones por competencia desleal “administrativa” bajo el procedimiento sancionatorio especial previsto para las infracciones a la libre competencia consagrado en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992<sup>41</sup>.

#### 1.4.1. Objetivos de la SIC

La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) tiene como misión velar por el buen funcionamiento de los mercados mediante la vigilancia y protección de la libre competencia, protección a los consumidores, temas técnicos y gestión de Cámaras de Comercio<sup>42</sup>. Siguiendo esta dirección, los objetivos de la SIC se alinean con la vigilancia y control sobre la propiedad industrial, protección al consumidor,

<sup>41</sup> LARES COLMENARES, Mary Elena. La competencia desleal ante la SIC y otras autoridades administrativas. En: Con-texto: Revista de Derecho y Economía. 69. (2004). Pág. 75

<sup>42</sup> Misión de la Superintendencia de Industria y Comercio.

reglamentos técnicos, protección a la competencia, vigilancia de las cámaras de comercio y la protección de los datos personales y asuntos jurisdiccionales.

El tema de investigación aquí expuesto es el de la **protección de la competencia** a nivel administrativo y no jurisdiccional, el cual se materializa en el objetivo de “garantizar el libre acceso y elección a la oferta de bienes y servicios”<sup>43</sup>, existencia de variedad de precios y calidades en el mercado a través de correcciones y sanciones sobre las **prácticas comerciales restrictivas** de la competencia y la **competencia desleal**.

Siguiendo este objetivo, para la protección de la competencia, las funciones atribuidas por el Decreto 2153 de 1992 que se encuentran en su artículo 2 establecen el mandato de imponer sanciones por violación de normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia e inobservancia de instrucciones dadas por la misma entidad<sup>44</sup>. Además, en el numeral 3 del mismo artículo establece que podrá imponer sanciones a *“empresas oficiales o privadas que presten los servicios públicos de telecomunicaciones, energía, agua potable, alcantarillado y aseo”* si llegaran a atentar contra los principios de libre competencia ya sea por denuncia de su correspondiente Comisión de Regulación de los servicios o al incumplirse las normas sobre tarifas, facturas, medición y comercialización.

La ley 1340 estableció a la SIC como única autoridad en materia de competencia al otorgarle el conocimiento de forma privativa las **investigaciones administrativas** por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia además de vigilancia administrativa de las normas sobre competencia desleal<sup>45</sup>. Esta posición

<sup>43</sup> Objetivos y Funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio.

<sup>44</sup> 2. Imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como por la inobservancia de las instrucciones que, en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia.

<sup>45</sup> Artículo 6o. Autoridad nacional de protección de la competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección

ha sido reiterada por la Corte Constitucional sobre la SIC como única competente sobre materia de competencia<sup>46</sup>. Es de esta manera que la SIC esta facultada para conocer asuntos sobre la competencia que antes le correspondían a las diferentes Superintendencias que participaban en el control de actividades económicas, tales como la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios que ahora actúa como un ente residual<sup>47</sup>, situación consagrada en el Decreto 2153 de 1992.

Como se expuso, a través del otorgamiento de funciones jurisdiccionales a la SIC se amplió su capacidad de intervención, con lo cual, dada su naturaleza administrativa, la Corte Constitucional debió entrar a analizar y a esclarecer las diferentes funciones administrativas y jurisdiccionales que el legislador a través de los años le había otorgado.

La Corte estableció que el ámbito de aplicación de la Ley 1340 de 2009 se extendía a<sup>48</sup>:

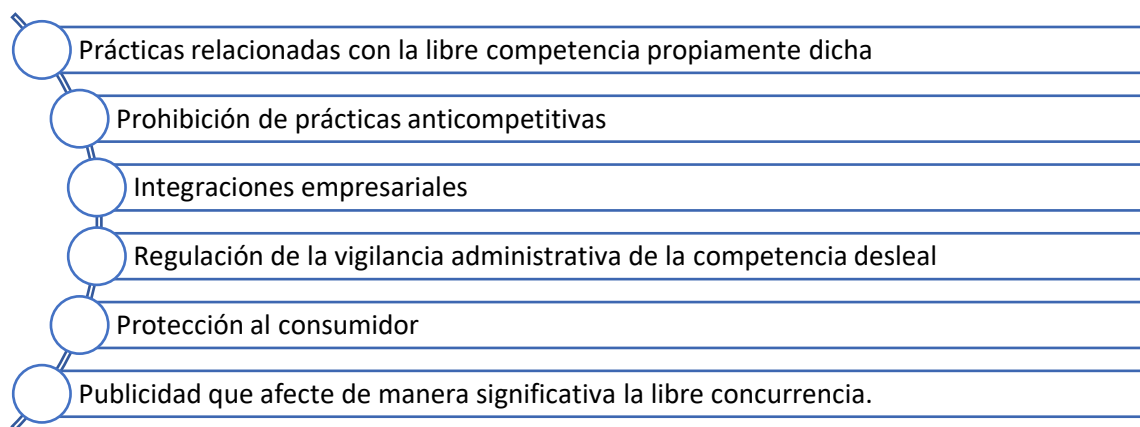


Figura 7. Ámbito de Aplicación de la Ley 1340 de 2009. Fuente: Corte Constitucional. Creación: propia

de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.

<sup>46</sup> (i) Corte Constitucional, Sentencia C-172 de 2014. Exp D-9827. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio; (ii) Corte Constitucional, Sentencia C-537 de 2010. Exp D-7942. M.P.: Juan Carlos Henao Pérez

<sup>47</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-537 de 2010. Exp D-7942. M.P.: Juan Carlos Henao Pérez

<sup>48</sup> *Íbid.*

La SIC es la manera en la que la libre competencia económica como principio rector de la economía, que involucra reglas de comportamiento para los agentes económicos, se consagra. El funcionamiento efectivo de la SIC gira alrededor de este principio, tal cual lo ha justificado la Corte Constitucional ya que “(l)a Libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. (...) Ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados”<sup>49</sup>.

<sup>49</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997. Exp D-1598. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz

### 1.4.2. Estructura interna de la SIC

Las investigaciones administrativas sobre posibles conductas anticompetitivas y situaciones administrativas sobre competencia desleal las lleva a cabo el **Delegado para la Protección de la Competencia**, quien actúa como investigador y adelanta un Informe Motivado en el que expone las razones y el acervo probatorio por el cual recomienda si se debe o no sancionar a determinadas personas jurídicas y naturales en razón de las conductas investigadas. Posteriormente, el Superintendente es quién decide si acogerse o no a las recomendaciones en el Informe Motivado.

Aunque no es la única división que posee la Superintendencia de Industria y Comercio, es aquella para la Protección de la Competencia la que corresponde analizar en este trabajo.

Mediante el Decreto 4886 de 2011 se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio. En este Decreto se establece la estructura de la Superintendencia a través de Despachos, siendo el del Superintendente el principal y los demás Despachos de los Superintendentes Delegados para los diferentes asuntos de competencia de la SIC y la secretaria general:

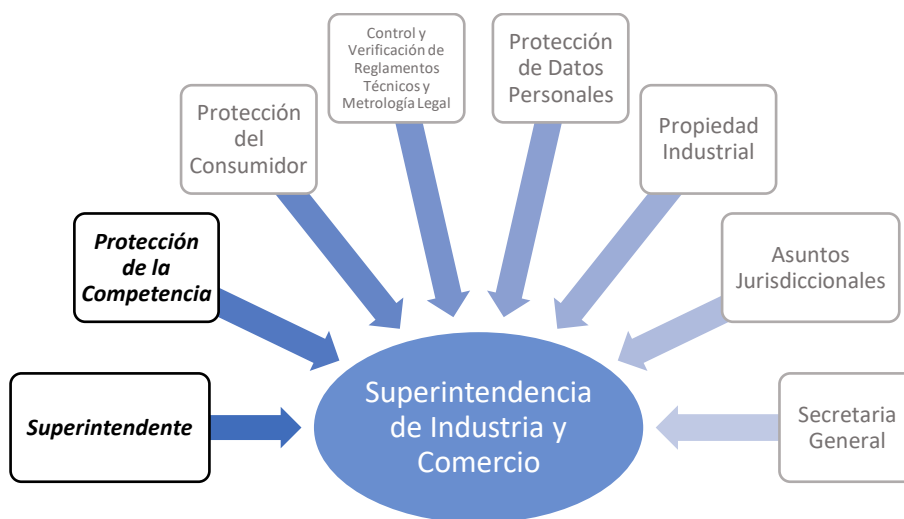


Figura 8. Estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio. Fuente: Artículo 3, Decreto 4886 de 2011 Creación: Propia

El presente trabajo se concentrará únicamente en el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia y el Superintendente. Esto alude a que se enfocará en las resoluciones de procesos llevados a término desde 2009 al 2018, el Superintendente y el Delegado para la Protección de la Competencia son los involucrados en los procesos administrativos de investigación y sancionamiento de las practicas anticompetitivas.

### Superintendente de Industria y Comercio

Dentro de las funciones del Superintendente, establecidas en el Decreto 4886 de 2011, se encuentran las siguientes entre otras:



Figura 9. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio Respecto de las Prácticas Comerciales Restrictivas y Competencia desleal y Respecto de las sanciones y el régimen de beneficios. Fuente: Decreto 4886 de 2011 Creación: Propia

Y las funciones del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, entre otras:

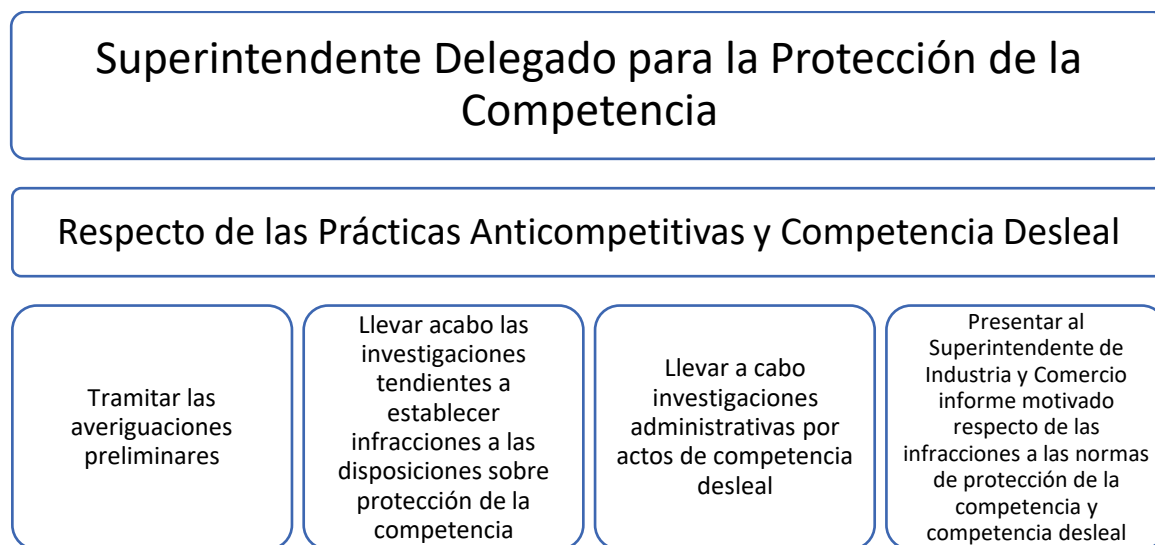


Figura 10. Funciones del Delegado para la Protección de la Competencia de Industria y Comercio Respecto de las Prácticas Comerciales Restrictivas y Competencia. Fuente: Decreto 4886 de 2011. Creación: Propia

### 1.4.3. Procedimiento Administrativo ante la SIC

Es importante delimitar las características que existen como un procedimiento administrativo, que se surte a través de la vía gubernativa: una entidad pública que surte un procedimiento de investigación que conlleva a la emisión de un acto administrativo<sup>50</sup>, diferente de aquel proceso jurisdiccional otorgado por el legislador en materias como la propiedad intelectual y la competencia desleal, tema que no será objeto de esta investigación.

<sup>50</sup> ARCHILA PEÑALOSA, Emilio José. Novedades de la Ley 1340 de 2009 para el Régimen de Protección de la Competencia. Con-texto: Revista de Derecho y Economía. No.º 32.

El procedimiento administrativo de la SIC encuentra su propósito en los siguientes objetivos<sup>51</sup>:



Figura 11. Objetivos del procedimiento administrativo de la Superintendencia de Industria y Comercio. Fuente: Régimen sancionatorio y el otorgamiento de garantías sobre prácticas restrictivas de la competencia en la Ley 1340 de 2009. Creación: Propia

También debe aclararse que el procedimiento establecido en el Decreto 2153 de 1992, siendo un procedimiento administrativo especial se rige por principios de derecho público y más específicamente por el derecho procesal administrativo<sup>52</sup>. Es importante la aclaración porque las funciones jurisdiccionales atribuidas a los jueces civiles se le atribuyen naturaleza y principios muy distintos de la esfera administrativa de la cual no se puede sustraer la SIC a pesar de las funciones jurisdiccionales que esta tenga<sup>53</sup>.

El artículo 52 del Decreto 2153, modificado por los artículos 16 y 19 de la Ley 1340 de 2009 y por el artículo 155 del Decreto 019<sup>54</sup>, establece el procedimiento que se

<sup>51</sup> TORRADO FRANCO, Eliana. Op. Cit. Pág. 5

<sup>52</sup> LARES COLMENARES, Mary Elena. Op. Cit. Pág. 75

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> *Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública*

lleva a cabo para las investigaciones por infracciones sobre la Protección de la Competencia y Competencia Desleal.

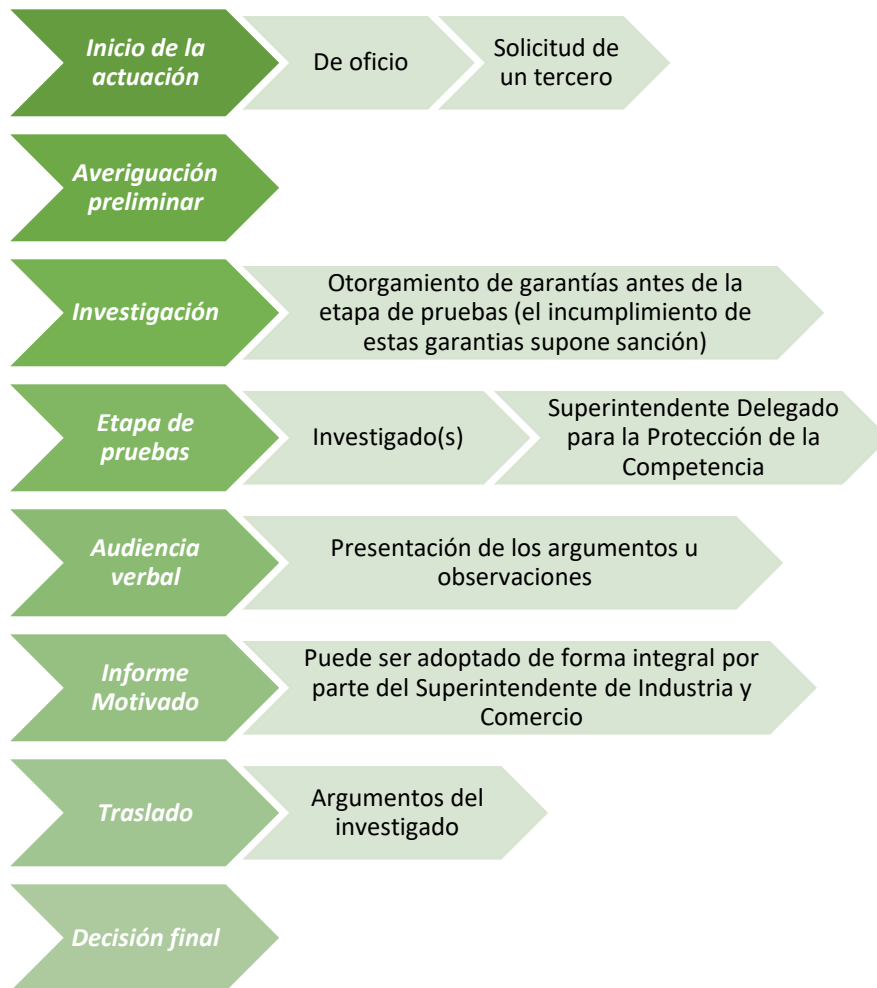


Figura 12. Procedimiento de las investigaciones por infracciones sobre la Protección de la Competencia y Competencia Desleal. Fuente: El artículo 52 del Decreto 2153, modificado por los artículos 16 y 19 de la Ley 1340 de 2009 y por el artículo 155 del Decreto 019. Creación: Propia

La SIC inicia su actuación de oficio o por solicitud de un tercero, posterior a considerarla admisible y prioritaria, se adelanta una investigación preliminar por la cual se determinará si se realiza una investigación formal o no.

Al abrir la investigación, una vez notificado el investigado, tiene veinte (20) días hábiles para solicitar o aportar pruebas. La parte probatoria entonces, consiste en lo que los investigados aporten y lo que el Superintendente Delegado para la

Protección de la Competencia considere procedente. Posteriormente se citará a una audiencia donde se presentan los argumentos que pretendan hacer valer respecto de la investigación. En este proceso no existe la confesión ficta o presunta ni indicio por inasistencia a la audiencia.

Luego de la audiencia verbal, el Superintendente Delegado presenta ante el Superintendente de Industria y Comercio un **Informe Motivado** en el que comunica la existencia o no de una infracción. Este informe podrá ser tomado en cuenta de forma integral por parte del Superintendente de Industria y Comercio a través de acto administrativo sumariamente sustentado, cuando se considere que no se cometió infracción alguna. Además, debe darse traslado<sup>55</sup> del Informe Motivado para pronunciarse sobre sus argumentos respecto de la investigación.

## **Multas**

Dentro de las funciones generales establecidas en el primer artículo del Decreto 4886 se encuentra la de imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, así como por la inobservancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones.

Por otro lado, está el régimen sancionatorio<sup>56</sup>, que establece el monto de las multas a personas jurídicas. Dentro del artículo 25 de la Ley 1340 se establecen las causales para la imposición de la multa y el monto en las mismas directrices previamente descritas: se encuentra la de imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial, entre otras.

<sup>55</sup> Artículo 52 decreto 2153 de 1992, modificado por el art 155 del Decreto 019 de 2012.

<sup>56</sup> Artículo 4 Numeral 15 Decreto 2153 de 1992 (modificado por los artículo 25 L-1340)

La eficacia del sistema sancionatorio radica en la capacidad que tienen los organismos del Estado en hacer efectiva la Ley<sup>57</sup>, con esto se entiende que el sistema debe cumplir con la gravedad contemplada para la conducta tipificada, situación que se estableció en el marco normativo actual donde las multas se pueden imponer hasta por 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta anticompetitiva. No obstante, se encuentra un consenso en la doctrina donde se entiende que es necesario una corrección de las fallas del mercado, de manera previa y no exclusivamente a castigar ya las conductas efectivamente llevadas a cabo<sup>58</sup>.

Para efectos de graduar la multa, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

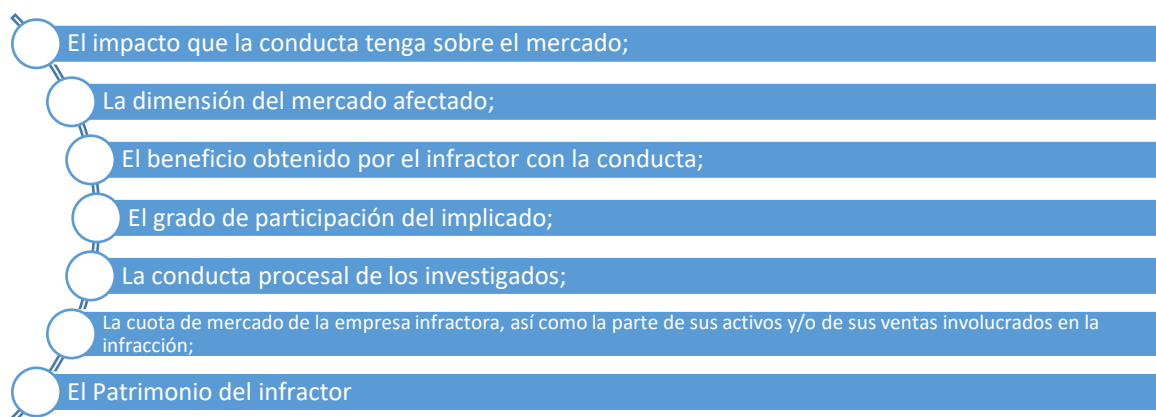


Figura 13. Criterios para la graduación de la multa. Fuente: Ley 1340 de 2009. Creación: Propia

En el mismo articulado se establecen las circunstancias de agravación para efectos de la graduación de la sanción:

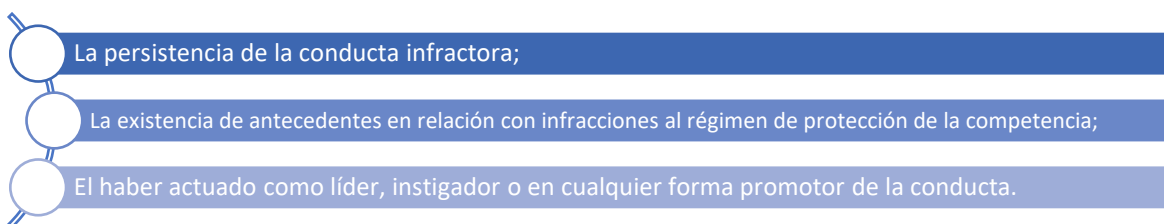


Figura 14. Circunstancias de Agravación de la Sanción. Fuente: Ley 1340 de 2009. Creación: Propia

<sup>57</sup> ORTEGA SÁCHICA, Camilo. Aproximación al régimen de defensa de la competencia en Colombia. Cuaderno de la Maestría en Derecho, (5). 2016. Pág 404.

<sup>58</sup> *Ibid.* Pag 405

La proporcionalidad de la multa se determina a través de una serie de ecuaciones que, aunque no están reguladas ni consagradas en ningún vehículo aprobado legalmente, se encuentran desarrolladas en la literatura económica internacional. Se entiende que la multa es proporcionada cuando produce un efectivo disuasorio suficiente pero no conlleva efectos negativos sobre las futuras condiciones de competencia en el mercado<sup>59</sup>. Para más profundización en esta explicación se puede revisar en: “El Régimen Sancionatorio y El Otorgamiento de Garantías sobre Prácticas Restrictivas de la Competencia en la Ley 1340 de 2009”<sup>60</sup>.

Existen otro tipo de sanciones como son las morales y las penales. En el sistema colombiano no aplican las penales, ya que está regido por un principio de subsidiariedad, o última ratio penal, pues están involucrados derechos fundamentales<sup>61</sup>. No obstante, si se encuentran sanciones morales que se materializan en multas que no representan un monto significativo, sino que tiene un propósito pedagógico<sup>62</sup>, o donde a la par con la multa, se ordena hacer público quienes han incurrido en prácticas restrictivas. Esto fue consagrado en la Ley 1340 de 2009 al exigirle a la SIC que ordene la publicación de un aviso en un diario de amplia circulación acerca de las investigaciones llevadas a cabo<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> ALLENDESALAZAR, Rafael. (2008) “Posible reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia” En: MARTÍNEZ LAGE, Santiago y AMADEO PETITBÒ, Juan. Remedios y sanciones en el derecho de la competencia. Editado por Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons. Madrid. frente a Pg. 31

<sup>60</sup> Revisa de Derecho Privado, núm 43, junio, 2010, pp. 3-29. Universidad de Los Andes. Bogotá, Colombia.

<sup>61</sup> “La Esencia del modelo de Estado Social, democrático y de derecho, fundado en la dignidad humana y en el reconocimiento de que el derecho de sancionar penalmente (ius puniendi), será legítimo sólo como última medida (última ratio) y en la menor cantidad posible, compatible ésta con los principios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad de la pena”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 23 de mayo de 2001. Rad. No. 13325. M.P. Edgar Lombana Trujillo.

<sup>62</sup> Resolución de la Superintendencia de Industria y Comercio No. 35143 de 2017

<sup>63</sup> TORRADO FRANCO, Eliana. Op. Cit. Pág 6

## Régimen de Beneficios

### Excepciones

Dentro de la normatividad para el derecho de la competencia existen situaciones en donde la conducta desplegada, aunque fuese anticompetitiva, no sería objeto de sanción. La primera está consagrada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en cuyo párrafo se establecía que “para los sectores que se consideraran básicos para la economía, les era inaplicable la ley cuando el comportamiento tuviera como objeto defender la estabilidad del sector”<sup>64</sup>. Este comportamiento requería de una manifestación previa del Estado de la configuración sobre el sector.

La segunda está contemplada en el artículo 49<sup>65</sup> del Decreto 2153 de 1992, de manera *ex post*, donde se contemplan explícitamente ciertas modalidades de acuerdos, y requiere autorización de la SIC o de la autoridad sectorial que conociera de la investigación.

Por último, la Ley 1340 “introduce excepciones a la competencia general de la SIC para darle a ciertas autoridades sectoriales, la competencia para autorizar cierta clase de comportamientos”<sup>66</sup>. Esta normativa se extiende a los sectores agrícolas, aeronáuticos y financieros.

<sup>64</sup> De la Cruz Camargo, Dionisio Manuel. Excepciones y exenciones particulares a la aplicación de la ley de protección de la competencia. Con-texto: Revista de Derecho y Economía. N.º 32. 2010. Pág. 99

<sup>65</sup> ARTICULO 49. EXCEPCIONES. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, no se tendrán como contrarias a la libre competencia las siguientes conductas:

1. Las que tengan por objeto la cooperación en investigaciones y desarrollo de nueva tecnología.
2. Los acuerdos sobre cumplimientos de normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente cuando no limiten la entrada de competidores al mercado.
3. Los que se refieran a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes.

<sup>66</sup> DE LA CRUZ CAMARGO, Dionisio Manuel. Op. Cit.

## Colaboración

El artículo 14 de la Ley 1340 establece la posibilidad de conceder beneficios<sup>67</sup> a quienes, siendo objeto de investigación por participar en una conducta violatoria de las normas de protección de la competencia, informen acerca de la existencia de dicha conducta y/o colaboren con la entrega de información o pruebas. No obstante, estos beneficios no están disponibles para aquellas personas, naturales o jurídicas, que promovieron la conducta. El beneficio por colaboración consiste en la exoneración parcial o total de la multa impuesta y su obtención y porcentaje se deberá a los factores de eficacia de la información suministrada y la oportunidad en que se reciba dicha colaboración por parte de las autoridades.

El Decreto 2896 de 2010<sup>68</sup> se expidió con el propósito de “reglamentar lo relacionado con las condiciones y procedimientos para acceder a los beneficios que autoriza conceder el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009, con el fin de garantizar previsibilidad y seguridad jurídica a los interesados”<sup>69</sup>. Este decreto provee la definición de instigador o promotor en aras de establecer el ámbito de aplicación del beneficio por colaboración. De esta manera, el Instigador o Promotor es aquel que “coacciona o activamente induce otra u otras personas con el objeto de que participen en un acuerdo restrictivo de la libre competencia”<sup>70</sup>. Es primordial esta definición dado que el régimen de beneficios por colaboración no podrá ser aplicado a estos sujetos.

<sup>67</sup> Asimismo, el párrafo del artículo 25 de la Ley 1340 establece que “la colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción”.

<sup>68</sup> *Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública*

<sup>69</sup> Considerandos del Decreto 2896 de 2010

<sup>70</sup> Artículo 2, Decreto 2896 de 2010

El Decreto establece las condiciones, trámite y evaluación condicional y preliminar del mérito para conceder la exoneración total de la multa o su exoneración parcial<sup>71</sup>. Estas condiciones para conceder una exoneración total de la multa consisten en:

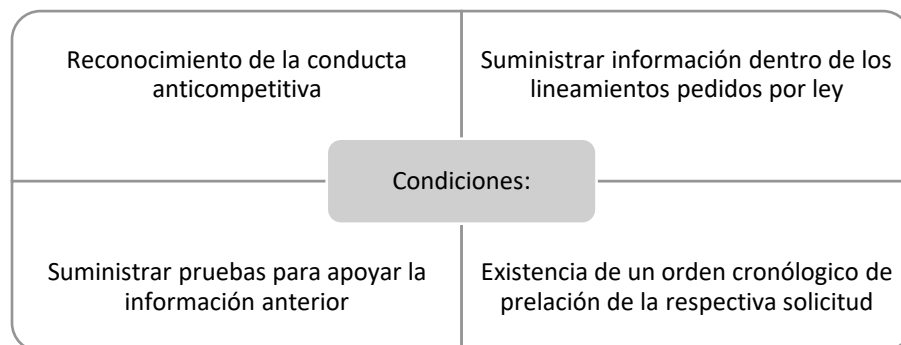


Figura 15. Condiciones para la exoneración de la multa. Fuente: Artículo 6 Decreto 2896 de 2010. Creación: Propia

El mismo decreto establece las condiciones y el trámite a seguir para reducir la multa, que depende de la prelación cronológica de la información otorgada. Debe cumplir con las condiciones para la reducción, es decir, i) el reconocimiento de participación de un acuerdo anticompetitivo, 2) suministrar pruebas que agreguen valor significativo con respecto a las que ya obren en poder de la SIC al momento en que el colaborador las aportó, y 3) que cumpla con las condiciones establecidas en el artículo 4 del mismo Decreto.

Esta normativa contiene un margen de reducción de las multas, en el que se establece que un solicitante de beneficios por colaboración puede acceder a la reducción de la multa si cumple con las condiciones en el artículo 11, en el siguiente orden:

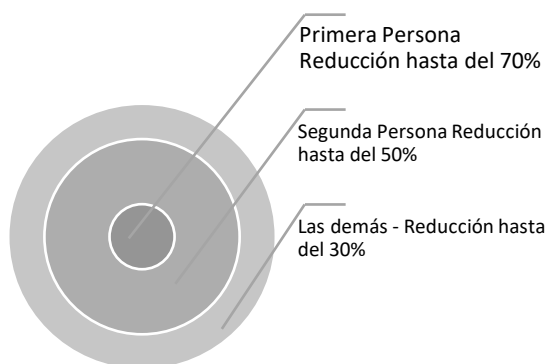


Figura 16. Reducción de las multas en orden de llegada. Fuente: Decreto 2896 de 2010. Creación: Propia.

<sup>71</sup> Artículos del 5 al 12. Decreto 2896 de 2010

## 1.5. Prácticas Comerciales Restrictivas

Existe dentro de la ley 1340 un principio hermenéutico de adecuación normativa según el cual las normas relativas a la Protección de la Competencia son aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas con la salvedad de que cuando existan normas propias del sector, dichas normas prevalecerán exclusivamente en el tema específico<sup>72</sup>. De la misma manera se presentarán en el presente trabajo: la normatividad que abarca a los sectores en general y por último se expondrá la normatividad específica que se ha encontrado en las investigaciones.

### 1.5.1. Prohibición general anticompetitiva

La prohibición general sobre la que yace la proscripción de las prácticas anticompetitivas está consagrada en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959<sup>73</sup>. Se hace una extensión de la restricción de las conductas en los mercados que se consideren que tengan objeto ilícito según los términos del Código Civil a través del artículo 46 del Decreto 2153 de 1992. Posteriormente, la ley 1340 de 2009 adiciona a este artículo una extensión sobre las prohibiciones en materia de prácticas comerciales restrictivas, en la que se establece su carácter *ex ante*, es decir, la conducta prohibida puede tener como objeto o como efecto la afectación del mercado.

La interpretación que se le puede dar a la prohibición general con su carácter *ex ante* es entonces que “la sola limitación de la competencia es suficiente para que el

<sup>72</sup> Ley 1340 de 2009. ARTÍCULO 4o. **NORMATIVIDAD APLICABLE.** La Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas. En caso que existan normas particulares para algunos sectores o actividades, estas prevalecerán exclusivamente en el tema específico.

<sup>73</sup> “*quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos*”.

ente de control entre a sancionar y prohibir una conducta, sin que sea necesario que los agentes puedan determinar o mantener el efecto<sup>74</sup>.

Además de esta prohibición general, la normatividad también consagra en la ley 155 de 1959 una prohibición sobre prácticas, procedimientos correspondientes al monopolio de la distribución por un lado y por el otro competencia desleal<sup>75</sup>.

### **1.5.2. Acuerdos restrictivos de la competencia**

La primera categoría que *“limita la autonomía de los comportamientos desarrollados por las empresas dentro de un mercado relevante”*<sup>76</sup>, contiene la subcategoría de los acuerdos. Esta práctica comercial restrictiva tiene su definición en el artículo 45 numeral 1 del Decreto 2153 de 1992, que describe que un acuerdo es *“Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertadas o conscientemente paralela entre dos o más empresas”*. De esta manera, los acuerdos *“generalmente implican estrategias colectivas que un subconjunto de empresas pueden implementar en un mercado para reducir la intensidad de la competencia entre sí”*<sup>77</sup>.

Como se ha descrito antes, el legislador no previó una lista taxativa pero sí lo hizo con ciertas conductas que pueden desplegar los empresarios en su actividad económica y así afectar el mercado. La clasificación legal consagrada en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 abarcan los siguientes supuestos:

1. Fijación de precios
2. Discriminación
3. Repartición de mercados

<sup>74</sup> Derecho de la competencia. Mauricio Velandía. Pg. 89

<sup>75</sup> ARTÍCULO 8. Las empresas comerciales no podrán emplear prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a monopolizar la distribución, ni ejecutar actos de competencia desleal en perjuicio de otros comerciantes.

<sup>76</sup> VELANDIA, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo. Bogotá: Universidad Externa de Colombia, 2008. Pág. 68.

<sup>77</sup> BARDEY, David. BECERRA, Alejandro. CABRERA, Pilar. Op. Cit. Pág 15

4. Asignación de cuotas
5. Limitación, repartición o asignación sobre fuentes de abastecimiento de materias primas
6. Limitación a los desarrollos técnicos
7. Ventas atadas
8. Abstención de producción
9. Colusión en las licitaciones públicas
10. Obstrucción de acceso a los mercados o a los canales de comercialización

Para ver las descripciones de cada una de estas conductas puede investigarse en el libro “Derecho de la competencia y del consumo” de Mauricio Velandia.

### **1.5.3. Actos restrictivos de la competencia**

En el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 se consagraron los actos contrarios a la libre competencia, en donde no se requiere un sujeto calificado específico y son conductas unilaterales. El artículo y la doctrina comprenden tres tipos de actos:

1. Publicidad engañosa que afecta al consumidor
2. Influencia a celebrar un acuerdo de precios
3. Negativa a la venta y discriminación como consecuencia de la política de precios.

### **1.5.4. Abuso de Posición Dominante**

El numeral 5 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 establece que este concepto es “la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”. Por otro lado, la SIC ha establecido que, al tener una posición de dominio, situación que no esta prohibida, “se le exige un estándar diferente a las conductas

realizadas por este pues su influencia y su trascendencia puede ser mayor que otros sin la calidad de dominio<sup>78</sup>.

Por otro lado, la secretaría de la UNCTAD, en un informe del 2008 sobre el Abuso de Posición Dominante, a través del informe determina que los elementos de las prácticas abusivas señalan que las mismas por lo general se dividen en abusos de exclusión y abusos de explotación. Los primeros son aquellos en los que la empresa dominante directamente limita la competencia mediante conductas que obligan a los competidores a abandonar el mercado, a impedir u obstruir su acceso o **los fuerzan a ejercer una competencia débil o a no expandirse**. Y los de explotación son aquellos en que la empresa dominante aprovecha su poder de mercado para directamente apropiarse de parte de la renta de sus clientes, mediante acciones tales como el aumento de precios, la reducción de la calidad o la variedad de los productos, o la discriminación de clientes no basada en criterios objetivos<sup>79</sup>.

Otras modalidades de Abuso de Posición de Dominio pueden ser:

1. Precios predatorios o por debajo de costos
2. Condiciones discriminatorias
3. Ventas Atadas
4. Discriminación geográfica de precios
5. Obstrucción de acceso al mercado

#### **1.5.5. Competencia Desleal**

El legislador, aunque ya había establecido normatividad para restringir la competencia desleal desde la ley 155 de 1959, en 1996 se expidió la Ley 256 cuyo objeto es el de “garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la

<sup>78</sup> ARBOLEDA SUÁREZ, Carlos Ignacio. El abuso de la posición de dominio en Colombia. En: Revista Derecho Competencia. Bogotá. Vol. 13 N°13, enero-diciembre 2017. Pág. 115

<sup>79</sup> Resolución de la Superintendencia de Industria y Comercio No. 53404 de 2013. Pág 69

prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado y en concordancia con lo establecido en el numeral 1o. del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994”<sup>80</sup>.

Esta clasificación involucra no solo a aquellos que comercializan el bien o servicio sino también a todos los que tienen intervención en las dinámicas de las relaciones comerciales. A pesar de una falta de definición por parte del legislador, lo que se puede entender por Competencia Desleal se puede derivar del ámbito de aplicación establecido en el artículo 2 de la Ley 256 de 1996. La Competencia Desleal puede definirse como “una agrupación de comportamientos malintencionados adelantados por personas comerciantes o partícipes de un mercado, cuyas consecuencias son el debilitamiento de una empresa a cambio del fortalecimiento de otro que no necesariamente es el sujeto infractor”<sup>81</sup>.

La Ley 256 establece como sujetos legitimados no solamente a aquellos supeditados a una relación de competencia<sup>82</sup>, con lo cual abre las acciones a la posibilidad de ser ejercidas por aquellos que pueden demostrar su interés legítimo, por lo tanto, incluye a los consumidores como parte activa de la vigilancia y control de la competencia.

Debido a que tampoco esta normatividad es taxativa, el legislador optó por establecer una prohibición general de competencia desleal. Un acto desleal existe cuando hay afectación o aprovechamiento indebido de la competitividad, a través de medio lícitos o ilícitos; bien sea por expresa prohibición o por abuso del derecho. Además, que, a diferencia de la normatividad anticompetitiva, en la competencia

<sup>80</sup> Artículo 1, Ley 256 de 1996

<sup>81</sup> VELANDIA, Mauricio. Derechos de los mercados: Apuntes. Bogotá: Mauricio Velandia Abogados. 2006. Pág 6

<sup>82</sup> ARTÍCULO 3º. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN. Esta Ley se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado. La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal.

desleal es definitivo el resultado del comportamiento, pues el resultado es lo que muestra el verdadero daño.

Debido a esta clasificación, debe entenderse que los supuestos se agrupan en dos: aquellos comportamientos que, aunque no vayan en contra de las prohibiciones legales, devengan del abuso del derecho y aquellos que van en contra de la prohibición misma.

A continuación, se procederá a describir las prohibiciones consideradas por el legislador.

1. Actos desleal de confusión
2. Acto desleal de engaño
3. Acto desleal de crédito
4. Actos desleal de desorganización
5. Actos desleales de comparación
6. Actos de deslealtad por violación de normas
7. Actos desleales de imitación
8. Acto de deslealtad por explotación de la reputación ajena
9. Acto desleal por violación de secretos
10. Actos de deslealtad por inducción a la ruptura contractual

#### **1.5.6. Sectores especiales**

Además del régimen general de competencia que se establece anteriormente, diferentes sectores tienen sus propias normas restrictivas de la competencia. En consecuencia, con el trabajo aquí expuesto solo se tendrán en cuenta los sectores cuyas normas subsidiarias han sido atribuidas en las investigaciones. Estos corresponden a Servicios Públicos, Salud y Lácteos.

## **Sector de Servicios Públicos**

En la Ley 142 de 1994<sup>83</sup>, el artículo 34 consagra la prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas. Esta prohibición establece que las empresas de servicios públicos, en sus actos y contratos deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados; abstenerse de toda práctica que tenga por objeto o efecto generar competencia desleal o restricciones indebidas en la competencia.

Las restricciones a la competencia consideradas indebidas, sin limitarse solo a estas, fueron establecidas por el legislador, considerando diferentes aspectos como:

1. Cobro que no corresponde a los gastos de operación de un servicio;
2. Prestación de servicios adicionales no contemplados en la tarifa;
3. Acuerdos de repartición de cuotas,
4. Fijación de tarifas,
5. Acuerdos para intervenir la competencia;
6. Aquellos contemplados como actos de competencia desleal establecidos por la Ley 256 de 1996 y abuso de posición dominante establecido por el artículo 133 de la misma Ley sobre Servicios Públicos.

No obstante, esta normatividad, el sector de Servicios Públicos tiene diferentes subsectores, como lo es el de las telecomunicaciones, cuya normatividad es extensiva y supera la de la Ley 142. En los casos investigados para este trabajo se pudo encontrar que el régimen de la competencia aplicado también se acogía a las siguientes normas:

<sup>83</sup> *por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*

La Resolución CRT No. 087 de 1997<sup>84</sup> establece un régimen de Competencia exclusivamente para los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada en Colombia; la Decisión de CAN No. 462 de 1997<sup>85</sup>; la Ley 555 de 2000<sup>86</sup> que regula el régimen de interconexión, acceso y uso de los Servicios de Comunicación Personal y la Ley 671 de 2001<sup>87</sup>.

## **Sector de Salud**

Dentro del sector de la salud podemos encontrar la regulación del Decreto 1663 de 1994, que reglamentó el Decreto-Ley 1298 de 1994<sup>88</sup>. Es importante aclarar que este Estatuto, aunque declarado inexecutable, la Corte Constitucional aclara que “la declaración de inexecutable del Decreto 1298 no implica tal declaración en relación con cada una de las normas que en él fueron integradas. Estas normas, en sí mismas consideradas, conservan su validez y su vigencia, si no han sido ya declaradas inexecutables, o derogadas por una norma diferente al Decreto 1298. Lo que desaparece en virtud de la presente declaración de inexecutable es el estatuto o código que se pretendió dictar por medio del Decreto 1298 de 1994”<sup>89</sup>.

Posterior a este análisis constitucional de las normas es que se puede entender la vigencia y validez de la aplicación de esta norma que establece el Régimen de la Libre y Leal Competencia respecto de los sectores de salud. Dicho capítulo no solo establece una prohibición general a las prácticas restrictivas de la competencia, manteniendo la estructura del Régimen General de la Competencia, sino que

<sup>84</sup> Por medio de la cual se regula en forma integral los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada (TPBC) en Colombia

<sup>85</sup> Normas que Regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina

<sup>86</sup> Aunque esta norma, que regula la prestación de Servicios de Comunicación Personal, fue derogada por la Ley 1341 de 2009, dentro de las excepciones de derogatorias que determinó el artículo 73 de esta última ley, no fue derogado el artículo 14 que regula el régimen de competencia para este sector.

<sup>87</sup> Por medio de la cual se aprueba el "Cuarto Protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios con la Lista de Compromisos Específicos de Colombia Anexa", hecho en Ginebra el 15 de abril de 1997”.

<sup>88</sup> Por el cual se expidió el Estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud

<sup>89</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-255 de 1995. Exp D-788. M.P.: Jorge Arango Mejía

también establece una prohibición a las asociaciones o sociedades científicas de profesionales o auxiliares de abstenerse sobre restricciones indebidas de la competencia.

## **1.6. Agentes**

El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 1340 considera que está sometido a la normatividad de competencia “todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica”<sup>90</sup>. Es decir, abarca personas naturales, jurídicas, con ánimo de lucro o sin este<sup>91</sup>. Respecto del ámbito territorial se establece la “teoría de los efectos”, “según la cual no importa dónde se realice la conducta o con qué objeto, siempre que dicha conducta tenga efectos restrictivos de la competencia en el país”<sup>92</sup>. De este modo se investigan las conductas según los efectos que cause en el mercado nacional.

En este trabajo solo se ha tomado en cuenta la población que involucra a las personas jurídicas, dejando por fuera de la muestra las investigaciones y sanciones impuestas a las personas naturales por infracciones al derecho de la competencia. Por lo tanto, se continuará a exponer las diferentes personas jurídicas que fueron objeto de investigación por parte de la SIC.

<sup>90</sup> Artículo 2, Ley 1340 de 2009

<sup>91</sup> MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. El Régimen Integraciones empresariales para el Sistema Financiero y Asegurador. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012. Colección Cátedra Bancolombia N° 7. Pág. 27

<sup>92</sup> *Ibid*

1.6.1. Sector Privado

Estructuras societarias con ánimo de lucro

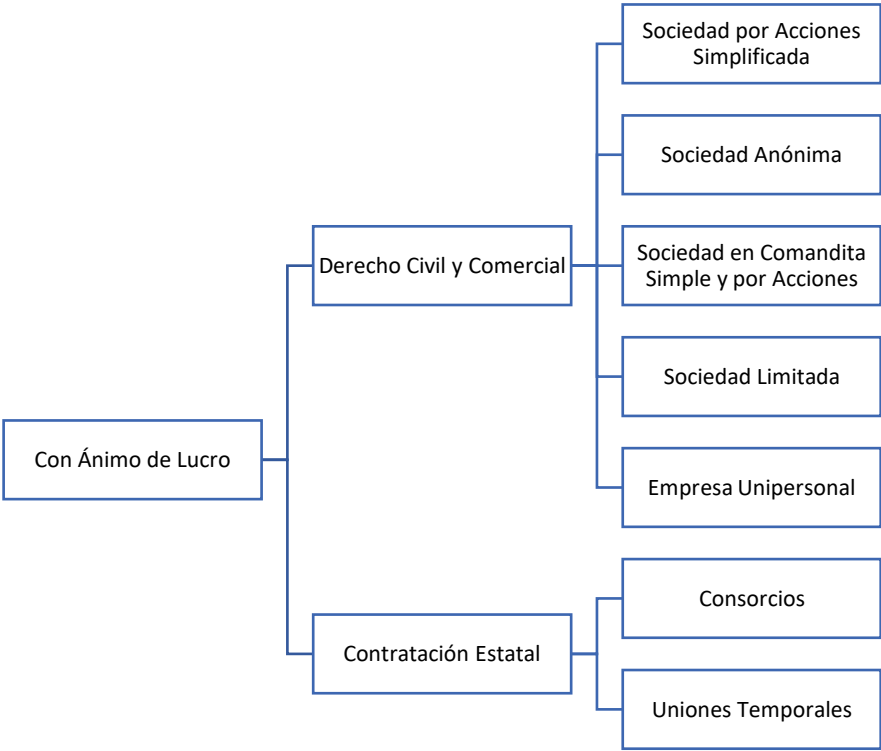


Figura 17. Estructuras societarias con ánimo de lucro. Fuente: Resoluciones de la SIC 2009-2018. Creación: Propia

## Entidades jurídicas sin ánimo de lucro y las normas que las regulan:

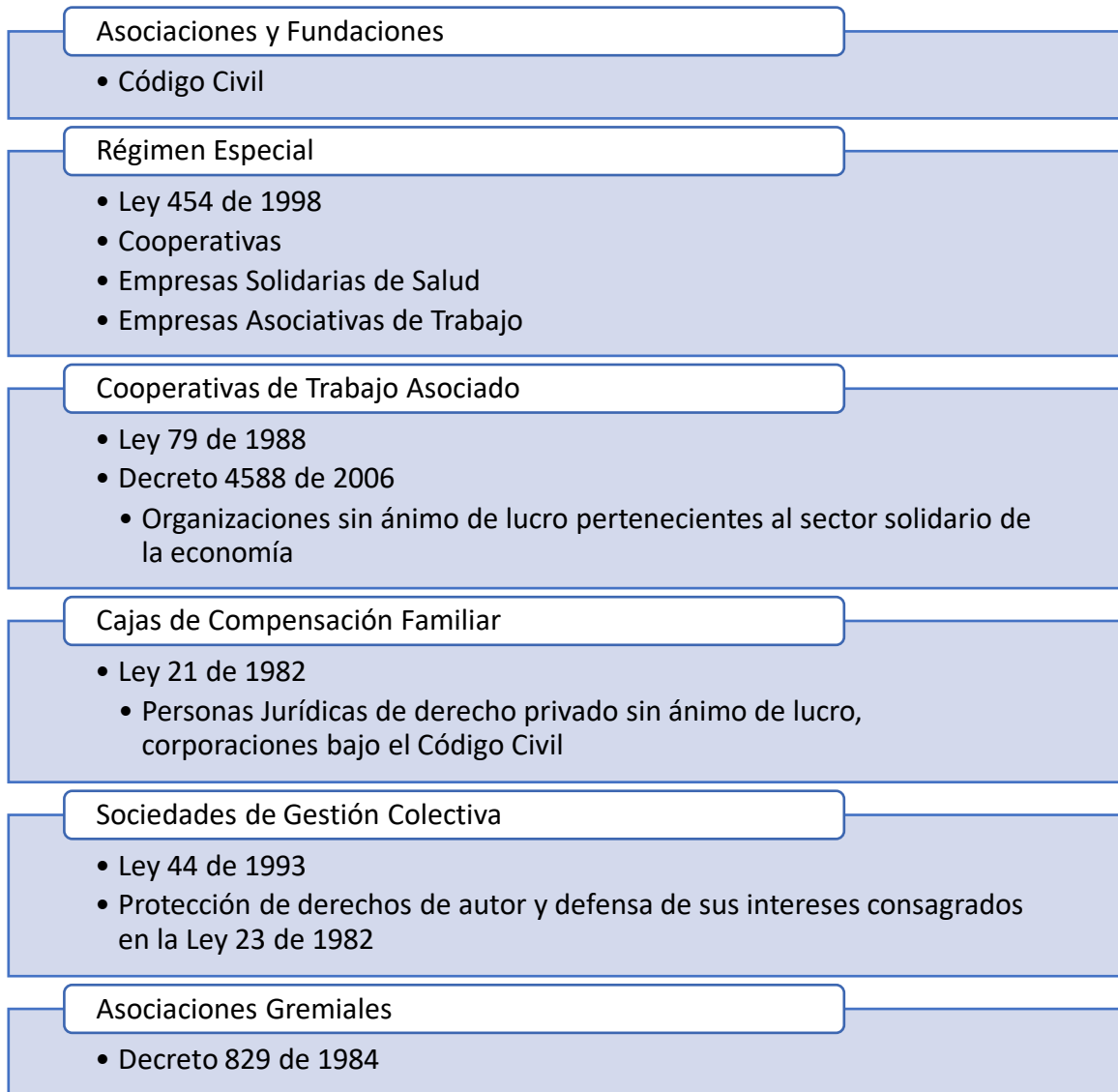


Figura 18. Estructuras societarias sin ánimo de lucro. Fuente: Resoluciones de la SIC 2009-2018. Creación: Propia

### **1.6.2. Sector Público**

En la población de la investigación llevada a cabo en este trabajo, se encontraron diferentes modalidades empresas estatales: Empresas Industriales y Comerciales del Estado<sup>93</sup>, Empresas de Servicios Públicos<sup>94</sup> y bajo modalidad de Sociedad Anónima y el caso incluso de una empresa que actualmente se encuentra como una dependencia de una Secretaria de Hacienda de un departamento colombiano.

### **1.6.3. Otros Sectores**

#### **Sector Salud**

Además de las Entidades Solidarias de Salud establecidas bajo el régimen especial de las ESALES, también están las principales entidades del sector de la salud: Entidades Promotoras de Salud (E.P.S.) establecidas bajo la Ley 100 de 1993<sup>95</sup>. Bajo esta misma normatividad<sup>96</sup>, se expone que pueden ser empresas públicas, privadas o mixtas, por lo cual se entiende que dentro del muestreo existan tanto EPS como EPS bajo la modalidad de Sociedad Anónima.

#### **Entidades Extranjeras**

Dentro del mercado colombiano, empresas extranjeras también han tenido impacto en este, siendo objeto de investigación dentro del régimen del derecho de la

<sup>93</sup> Ley 1150 de 2007. “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”

<sup>94</sup> Ley 142 de 1994. “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”

<sup>95</sup> Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

<sup>96</sup> Artículo 180, Ley 100 de 1993.

competencia. Estas empresas han sido aquellas bajo la modalidad de Company<sup>97</sup> y las Incorporated<sup>98</sup>.

## 2. INTERPRETACIONES ESTADÍSTICAS SOBRE EL PANORAMA ACTUAL DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS DE LA SIC

La recolección de datos de los casos para las estadísticas del presente capítulo y posterior análisis en los capítulos tres y cuatro, alude tanto al orden en la que el legislador decidió enumerar las conductas dentro de las clasificaciones de Acuerdos, Actos, Abuso de Posición Dominante y actos de Competencia Desleal (bajo la competencia administrativa y no jurisdiccional) como a la organización que se le da en la relatoría dentro de la página web, por lo que se encontró que casos que investigaban actos de competencia desleal, se configuraban como infracciones de actos restrictivos<sup>99</sup>, por ejemplo.

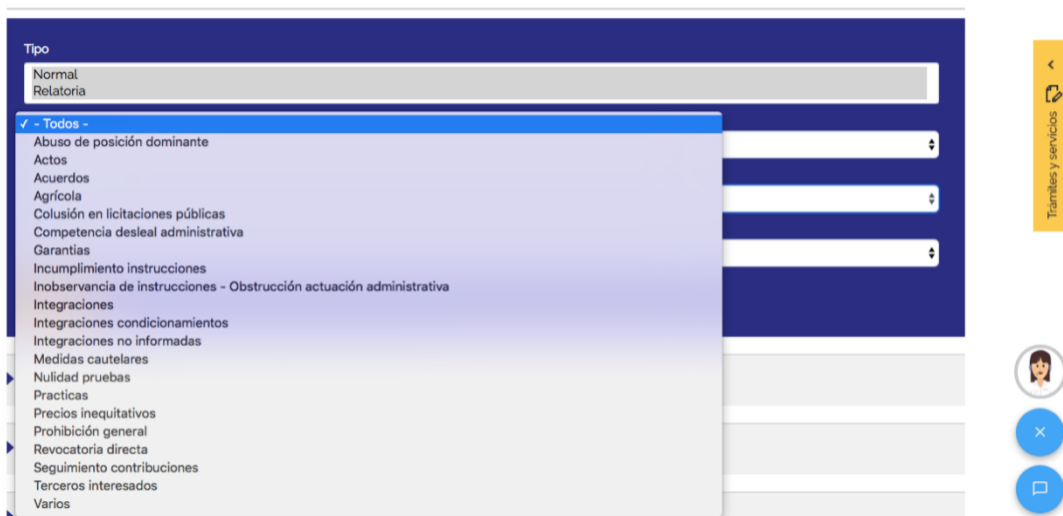


Figura 19. Relatoría de la SIC. Tomado de: [https://www.sic.gov.co/decisiones-de-competencia-superintendente?field\\_comp\\_super\\_value%5B0%5D=0&field\\_comp\\_super\\_value%5B1%5D=1&field\\_organizacion\\_tid=All&field\\_conducta\\_value=2&field\\_anos\\_value=All&edit-submit-estados=Filtrar](https://www.sic.gov.co/decisiones-de-competencia-superintendente?field_comp_super_value%5B0%5D=0&field_comp_super_value%5B1%5D=1&field_organizacion_tid=All&field_conducta_value=2&field_anos_value=All&edit-submit-estados=Filtrar))

<sup>97</sup> Reguladas bajo “Company Act” perteneciente al ordenamiento jurídico de Estados Unidos.

<sup>98</sup> Reguladas bajo “Model Business Corporation Act” perteneciente al ordenamiento jurídico de Estados Unidos.

<sup>99</sup> Resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio No. 53143 de 2017

De la relatoria se tomaron las resoluciones de las siguientes clasificaciones de conducta:

- Abuso de posición dominante
- Actos
- Acuerdos
- Colusion en licitaciones públicas
- Precios inequitativos
- Prohibición general

### 2.1. Panorama general de casos

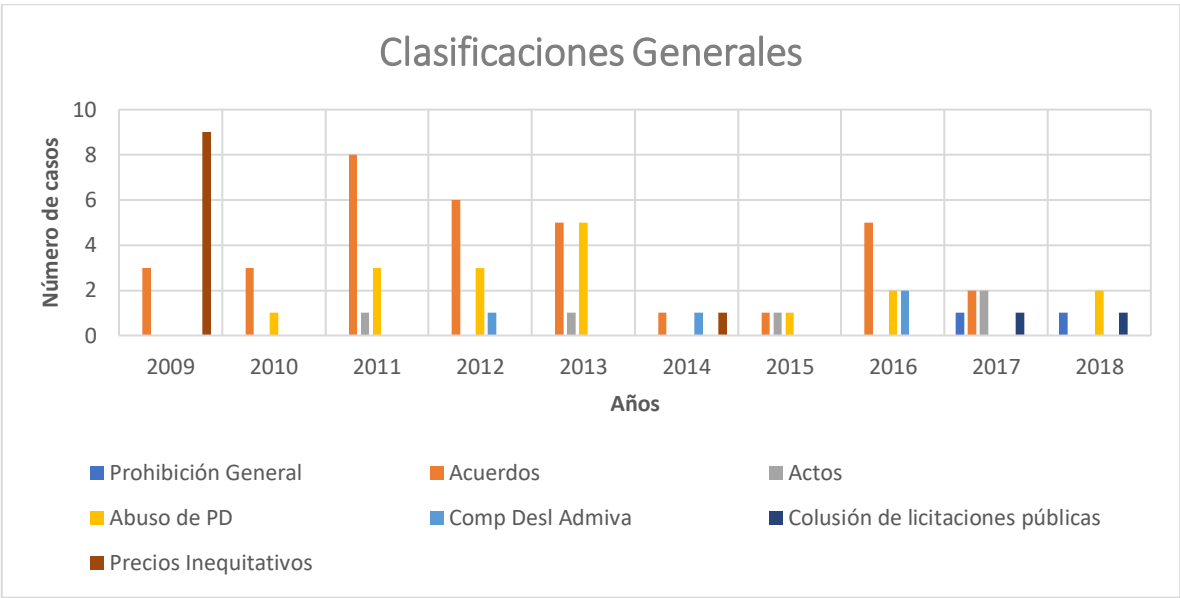


Figura 20. Clasificaciones Generales. Fuente: SIC. Creación: Propia

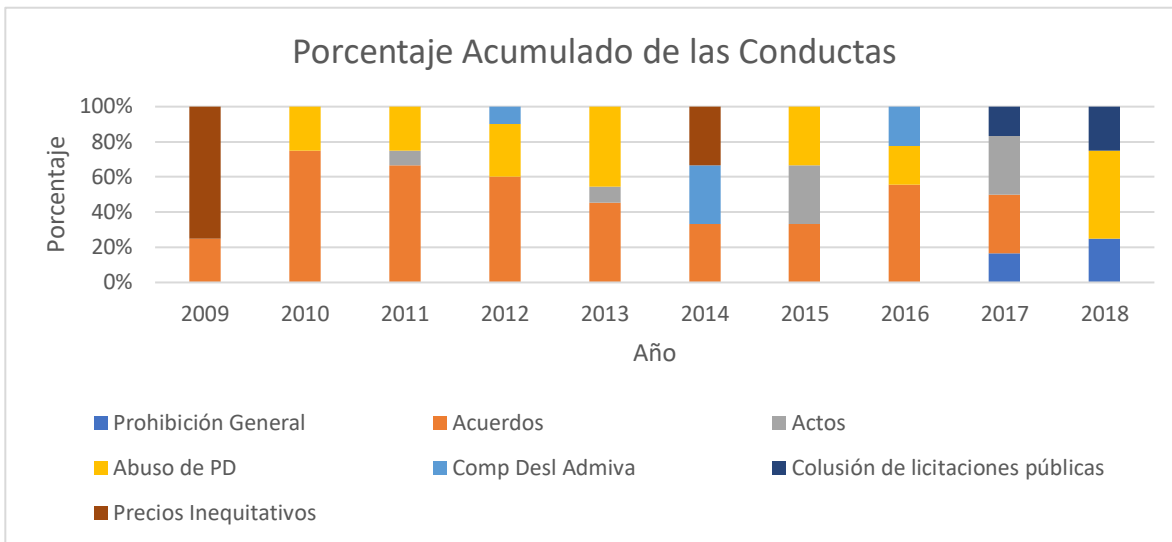


Figura 21. Porcentaje Acumulado de las Conductas. Fuente: SIC. Creación: Propia

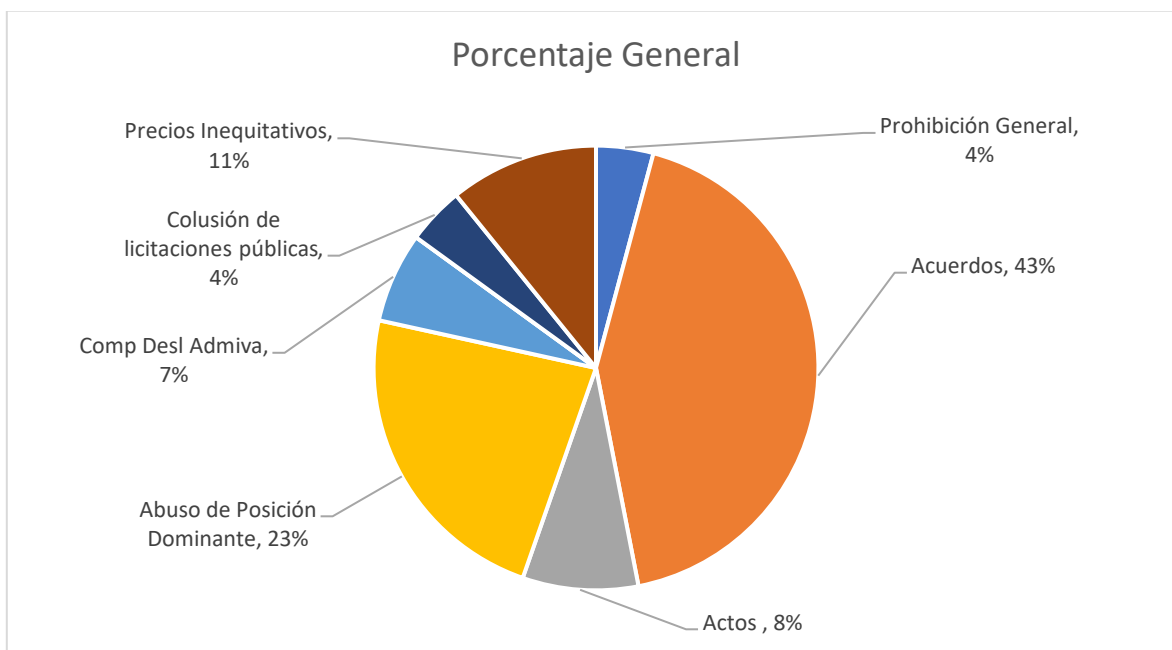


Figura 22. Porcentaje General de Conductas Anticompetitivas. Fuente: SIC. Creación: Propia

En las figuras 20, 21 y 22 podemos encontrar las clasificaciones generales, el porcentaje acumulado y el porcentaje general de conductas a través de los años 2009 hasta 2018 que nos muestran los siguientes fenómenos.

Respecto de las investigados los años con menos actuaciones administrativas fueron: 2014, 2017 y 2018. Se observa que hay una tendencia decreciente hasta el

2014. El número total de casos corresponde a 72 entre 2009 y 2018. En los nueve años el caso más repetido es sobre los Acuerdos, tuvo picos en 2011 y 2016, con un 60% y un 50% de los casos respectivamente. Los casos de Actos han aparecido de manera intermitente en los años 2011, 2013, 2015 y 2017. Los casos de Abuso de Posición Dominante han estado presentes desde el 2010 con un porcentaje similar. Por otro lado, Precios Inequitativos tuvieron una presencia muy importante de 9 casos en el 2009 y solo volvieron a aparecer en el 2014 con un caso. La Prohibición General como única imputación solo ha ocurrido en los años 2017 y 2018. La competencia desleal administrativa solo ha aparecido en el 2012, 2014 y 2016.

En toda la década los casos más repetitivos han sido los Acuerdos, ocupando un 43% de los casos investigados, seguido de los Abusos de Posición Dominante, con un 21%. Y los casos menos frecuentes han sido Prohibición General y Colusión de Licitaciones Públicas con un 4% ambas. Las conductas en Competencia Desleal administrativa solo aparecen en los años 2012, 2014 y 2016 en menor porcentaje. Los Abusos de Posición Dominante aparecen en todos los años excepto 2009, 2014, y 2017 pero parece haber una cultura de Abuso de Posición Dominante aceptada.

La interpretación de Precios Inequitativos, se toma así por la clasificación que la SIC ha hecho en sus casos al subirlos a su página web, pero requiere de un análisis posterior. Los casos que se han presentado en precios inequitativos corresponden a dos sectores exclusivamente: el sector de los lácteos en el año de 2009<sup>100</sup> y el sector de combustibles<sup>101</sup>. Para efectos de la muestra, aquellos casos que dentro de categoría de precios inequitativos se imputaba la conducta de fijación de precios o ventas atadas, se tuvieron en cuenta en la clasificación de los Acuerdos debido a

<sup>100</sup> Resoluciones de la SIC Nos. 10937 de 2009, 15224 de 2009, 15246 de 2009, 15275 de 2009 y 15290 de 2009

<sup>101</sup> Resolución de la SIC No. 76274 de 2014

que era la manifestación de dos o más personas jurídicas ejerciendo dicho comportamiento.

Es importante resaltar que los fenómenos descritos anteriores coinciden con ambos periodos presidenciales del Juan Manuel Santos, para el segundo periodo, en el 2014, existiendo una tendencia decreciente en las investigaciones, pero como se verá más adelante, las sanciones son más severas en tanto los montos llegan a casi el doble del periodo anterior.

**2.2. Sectores Económicos**

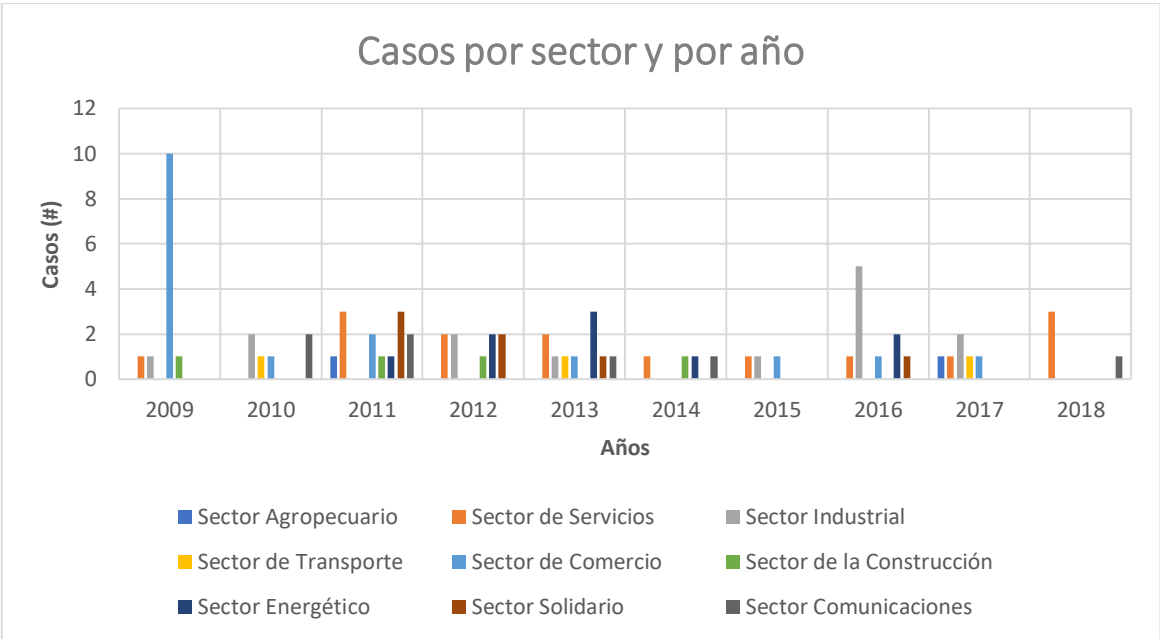


Figura 23. Casos por Sector y por Año - Sectores Económicos. Fuente: SIC. Creación: Propia

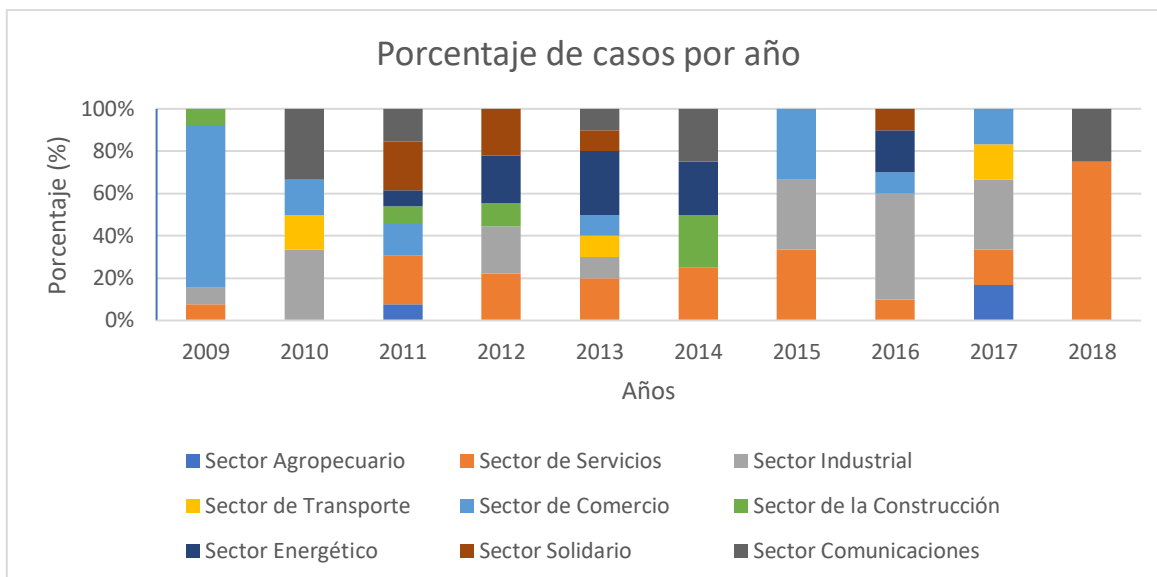


Figura 24. Porcentaje de Casos por Año en los Sectores Económicos. Fuente: SIC. Creación: Propia

Un análisis por sector económico también es pertinente. En la figura 23, que describe los casos por sector y por año, solamente hay un comportamiento fuera del promedio en el 2009 con diez casos en el sector de comercio y cinco en el sector industrial. A través del tiempo, en la figura 24, podemos ver que los porcentajes de los sectores investigados corresponden predominantemente al sector del comercio siendo consistente desde 2010 hasta 2017 y el sector de los servicios solo con ausencia de investigaciones en el 2010.

A continuación, se hará un breve recuento de las prácticas más comunes en los diferentes sectores, siguiendo la clasificación análoga descrita en el primer capítulo.

### 2.2.1. Sector agropecuario

Las prácticas anticompetitivas en este sector solo se vieron manifestadas a manera de Abuso de Posición Dominante, la cual fue archivada y de actos, con una sanción meramente pedagógica con un caso en cada una, en 2011 y en 2017. No hay suficientes casos para determinar una tendencia además de variables que cambian mucho dentro de los mismos casos, como lo son las sanciones que van desde lo

que podrían considerarse como pedagógicas, desde dos millones, hasta sanciones con más peso que ascienden a los 800 millones de pesos<sup>102</sup>.

### 2.2.2. Sector de Servicios

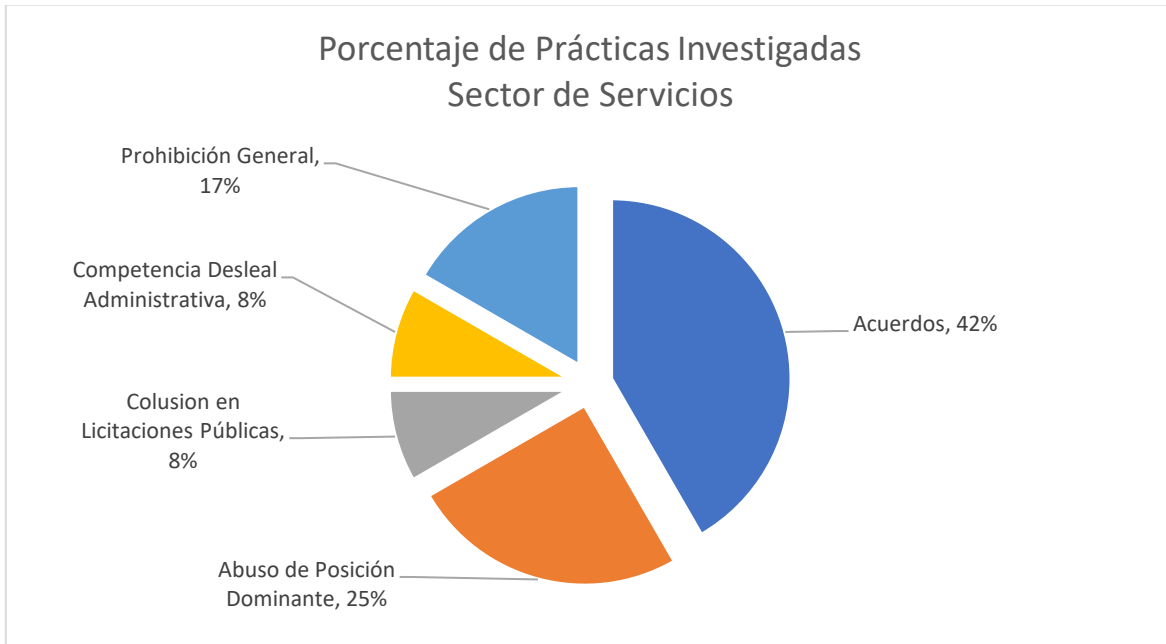


Figura 25. Porcentaje de Prácticas Investigadas en el Sector de Servicios. Fuente: SIC. Creación: Propia

El sector de Servicios con 12 casos, los actos de Competencia Desleal no fueron sancionados, mientras que el resto de las conductas contienen diferentes montos de multas. El rango de sanciones dentro de las conductas tuvo los comportamientos siguientes:

- Abuso de posición dominante: de 310 millones a 20 mil 500 millones.
- Colusión en licitaciones públicas: de 605 millones a 15 mil 600 millones.
- Prohibición general: 22 millones a 10 mil millones.
- Acuerdos: 600 mil pesos a 2 mil millones de pesos.

<sup>102</sup> Resolución SIC No. 4191 de 2017

Las sanciones impuestas para Acuerdos, Abuso de Posición Dominante y Colusión de Licitaciones Públicas en el sector de servicios suelen ser altamente reprochadas según estas tendencias.

**2.2.3. Sector Industrial**

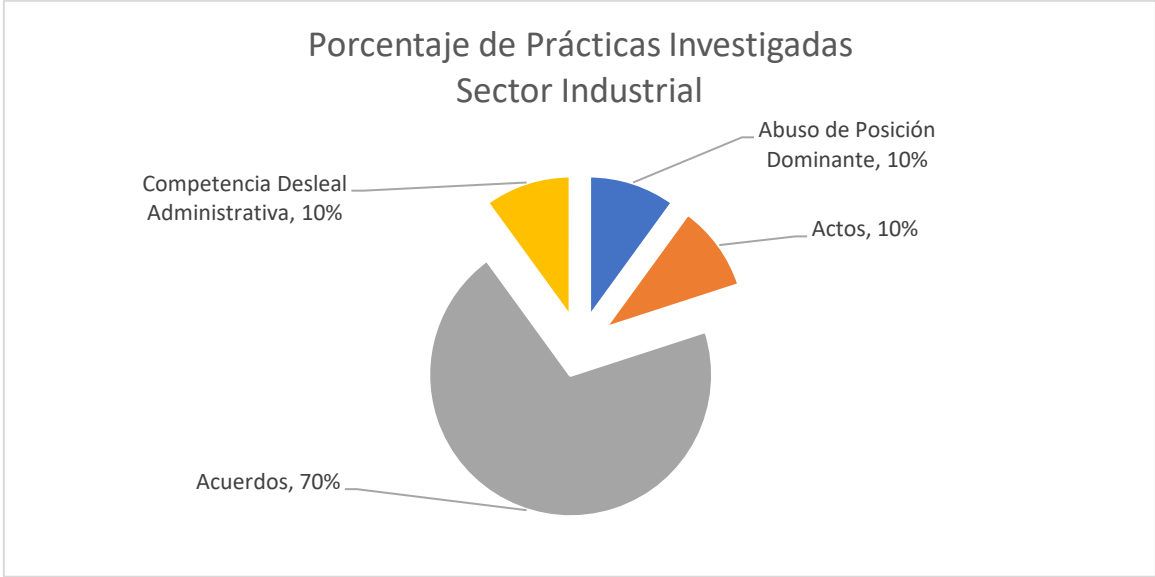


Figura 26. Porcentaje de Prácticas Investigadas en el Sector Industrial. Fuente: SIC. Creación: Propia

El sector industrial cuenta con 10 casos en el periodo de 2009 a 2018. Aunque se investigó la conducta de Actos en este sector, el único caso que es el representante de esta población no fue sancionado. Los casos de exoneración se dieron en este sector en los casos de Acuerdos de Papeles Suaves<sup>103</sup>, de Pañales<sup>104</sup> y Cuadernos<sup>105</sup>. Solo hubo un caso de Competencia Desleal Administrativa y de Abuso de Posición Dominante con multas desde los 18 millones hasta los 315 millones de pesos. Lo representativo es el rango de los montos de las multas en los acuerdos, en donde las multas van desde 745 millones a 2.500 millones de pesos.

<sup>103</sup> Resolución SIC No. 31739 de 2016  
<sup>104</sup> Resolución SIC No. 43218 de 2016  
<sup>105</sup> Resolución SIC No. 54403 de 2016

#### 2.2.4. Sector de Transporte

Hubo tres casos en este sector. Dos respecto de actividades en puertos acuáticos, en 2010 y 2013, en donde se archivaron ambas investigaciones en donde se habían analizado la existencia de conductas de Abuso de Posición Dominante. Por otro lado, está el caso<sup>106</sup> de cartelización, por acuerdo de fijación de precios, en 2017 que fue de servicio de practicaaje que efectivamente si se sancionó, pero que se detecta la misma variabilidad en el rango de las sanciones que en el caso de Asosubastas: las sanciones van desde los 20 millones hasta los 600 millones.

#### 2.2.5. Sector de Comercio

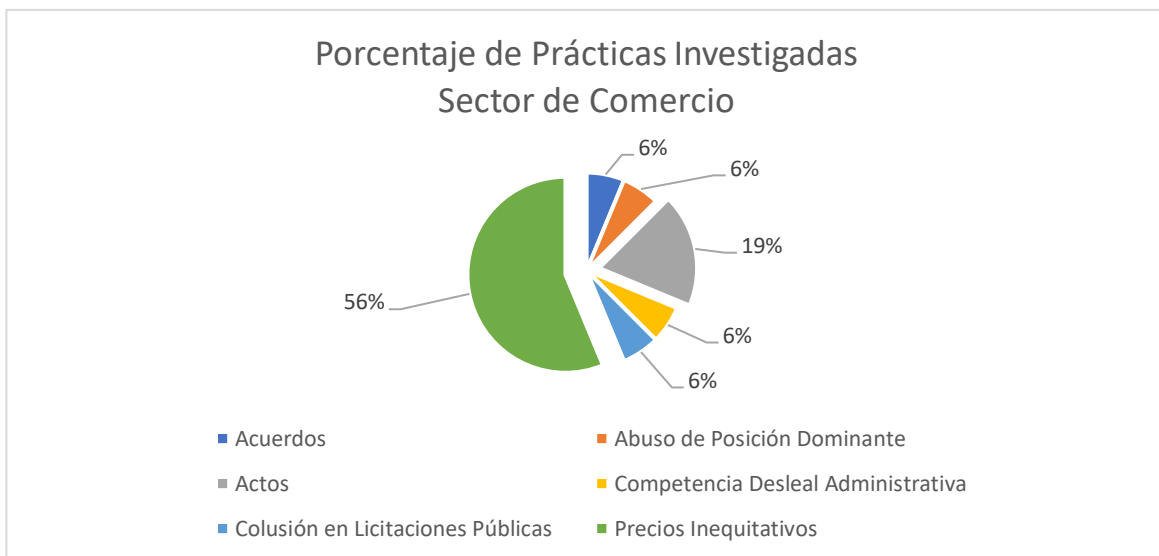


Figura 27. Porcentaje de Prácticas Investigadas en el Sector de Comercio. Fuente: SIC. Creación: Propia

Debido a que el sector del comercio abarca más actividades que el sector agropecuario, por ejemplo, este sector también incluye más conductas investigadas. Con 17 casos investigados, en aquellos que decidieron sancionar fue por Actos, Acuerdos, Colusión de Licitaciones Públicas y Precios Inequitativos. Por conductas de Actos en dos casos, el rango incluyó sanciones desde los cuatro millones hasta

<sup>106</sup> Resolución SIC No. 71692 de 2017

los 32 mil millones de pesos. Por acuerdos, solo se multó un caso por la suma mil treinta millones de pesos, en colusión de licitaciones públicas, con 2 casos, también las sumas fueron elevadas, de 922 millones a 1.600 millones. Siendo el rango más variado el de precios inequitativos, dentro de 5 casos, con multas de dos millones a 345 millones.

**2.2.6. Sector de Construcción**

En el sector de la construcción solo hubo una conducta: cartelización. Seis casos de los cuales, tres fueron archivados y tres sancionados. Las multas en estos dos casos comienzan desde los 26 millones y ascienden a los 2 mil 200 millones de pesos. Lo llamativo de este sector es que los carteles investigados fueron alrededor de licitaciones públicas para situaciones que requerían alguna modalidad de construcción.

**2.2.7. Sector Energético**

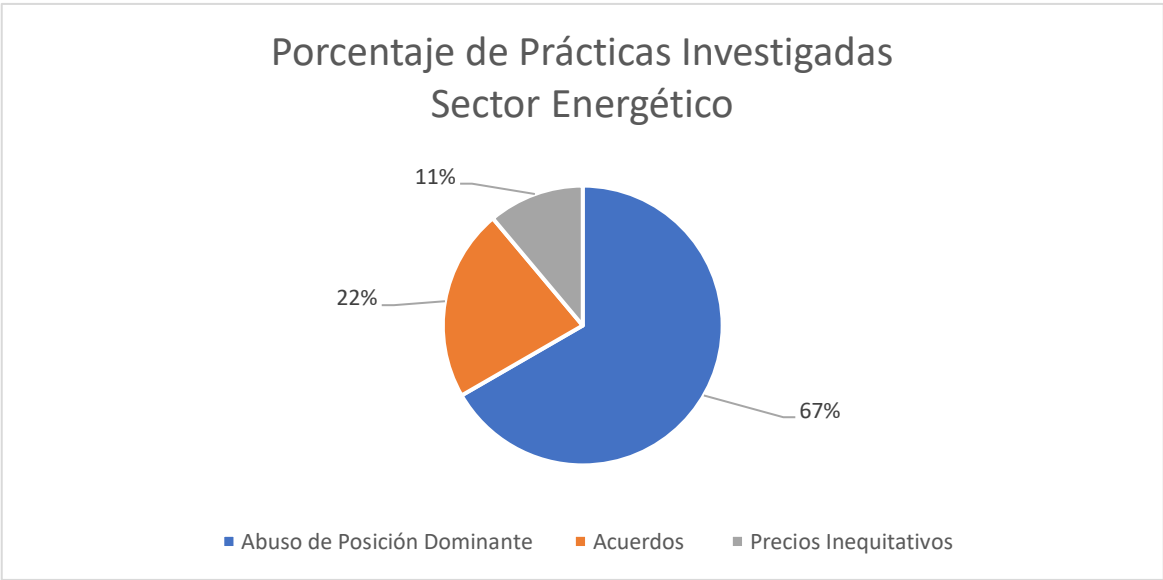


Figura 28. Porcentaje de Prácticas Investigadas en el Sector Energético. Fuente: SIC. Creación: Propia

En este sector se presentaron nueve casos. En precios inequitativos se impuso una multa de 6 mil millones de pesos en un solo caso; un acuerdo de cartelización sancionado por mil millones de pesos y el otro archivado; y en los 6 casos de abuso

de posición dominante, solo 2 fueron sancionados también con montos de multas de mil 300 millones y 4 mil 700 millones de pesos.

**2.2.8. Sector Solidario**

En el sector solidario, al igual que en el de construcción, solo se presentó la conducta de Acuerdos. Siete casos en donde el mercado relevante fue el de la salud y en donde, además de las estructuras societarias con ánimo de lucro como las SAS, SA y LTDA se ven presentes, también lo están las cajas de compensación, las EPS, entidades cooperativas, organismos cooperativos, sociedades científicas y asociaciones. En este sector también se encontraron 3 casos con sanciones pedagógicas (cinco millones de pesos), 2 casos archivados, un caso con una multa de 32 millones y el alarmante caso con una multa de 1 mil millones en donde 15 personas jurídicas estuvieron involucradas.

**2.2.9. Sector de Comunicaciones**

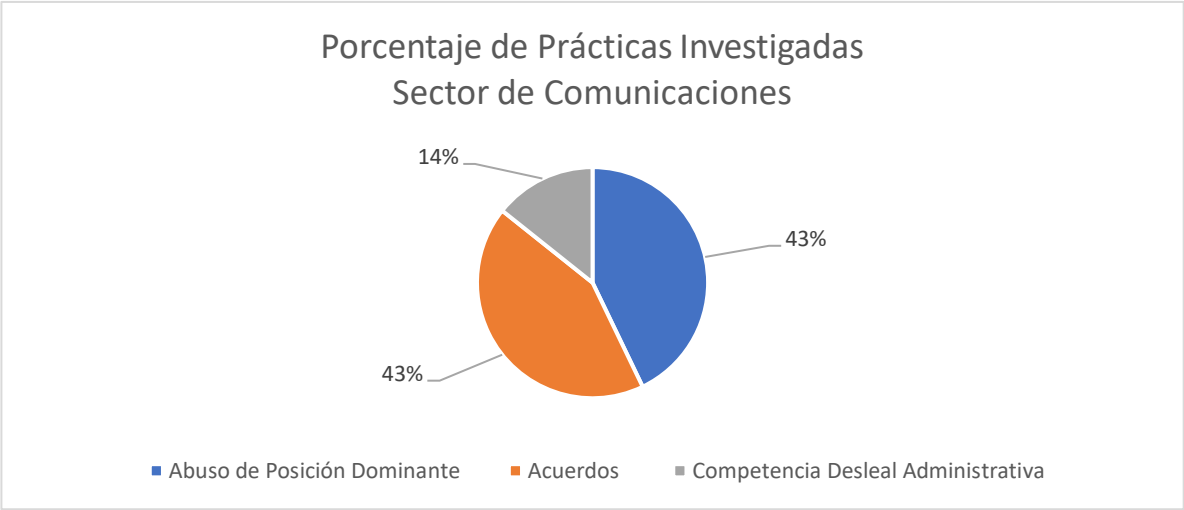


Figura 29. Porcentaje de Prácticas Investigadas en el Sector de Comunicaciones. Fuente: SIC. Creación: Propia

De los 7 casos que se presentaron en el sector de comunicaciones, fue archivado el de competencia desleal administrativa; uno de abuso de posición dominante; y dos de acuerdos. Los restantes casos que sancionaron, una cartelización con

multas de 700 millones hasta mil millones y dos de abuso de posición dominante con multas de mil 400 millones de pesos hasta 54 mil millones de pesos.

### 2.3. Prohibición general

Para comenzar el análisis de las conductas específicas, se considera necesario establecer que la SIC consideró pertinente hacer una clasificación para aquellos casos donde solo se probara la prohibición general, es decir, conductas tendientes a afectar la libre competencia pero que no se probó ninguna conducta en específico, ya fuera unilateral o bilateral como son los Actos o los Acuerdos. Resulta llamativo y vale la pena hacer un comparativo ya que además de esto, en dentro de los otros casos también se invoca la prohibición general.

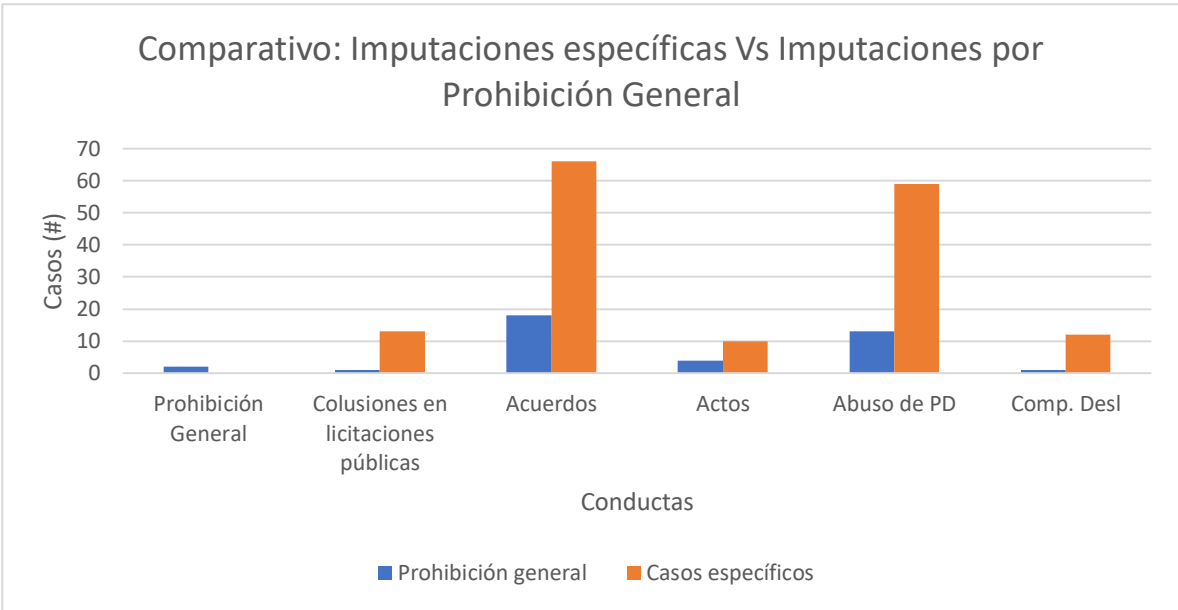


Figura 30. Comparativo: Imputaciones específicas Vs. Imputaciones por Prohibición General. Fuente: SIC. Creación: Propia

Debido a que el legislador no hizo una lista taxativa de las conductas restrictivas en materia de competencia, al hacer las imputaciones de las conductas, el Delegado para la Protección de la Competencia, ha visto la necesidad de invocar la prohibición general. De manera tal que, si la conducta especial no prospera, se podría de todas maneras atribuir a una conducta que atente a la libre competencia en general. El uso de la prohibición general es mayor en los Acuerdos y en el Abuso de Posición

Dominante. Podría determinarse que como estrategia legal puede ser de mayor utilidad invocar la prohibición general pues puede ser más difícil probar la existencia de una cartelización o de un abuso de posición dominante y es por esto que se refuerza con el estándar probatorio necesario para la acreditación de la Prohibición General.

Al determinar que “una conducta se encuadra dentro de las prácticas restrictivas de la competencia previstas en los artículo 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, también se encuadraría en lo dispuesto por la prohibición general, teniendo en cuenta que esta abarca todos los procedimientos, prácticas o sistemas que limiten la competencia sin excluir los expresamente descritos por la ley, no implica que una violación a la prohibición general también implique de inmediato la violación de una de las prácticas consideradas como anticompetitivas por el Decreto 2153 de 1992, ya que una práctica puede tender a limitar la libre competencia pero no haber sido incluida en la lista de conductas anticompetitivas del Decreto 2153 de 1992”<sup>107</sup>.

Por otro lado, en los casos de competencia desleal, colusiones en licitaciones públicas, casos de prohibición general exclusivamente siguen la misma tendencia respecto de las prohibiciones generales. Esto también puede ser visto en la figura 30.

## **2.4. Acuerdos**

Esta grafica muestra la variabilidad en el tiempo en donde podemos tener una interpretación de las conductas que se llevan a cabo dentro de la clasificación de Acuerdos. Puede que haya habido una incidencia por los momentos coyunturales políticos, pues había cambio de periodo presidencial coinciden con el número de casos investigados: hay más casos entre 2009 y 2013, del 2014 al 2018 hay menos.

<sup>107</sup> Resolución SIC No. 53404 de 2013. Pág 61

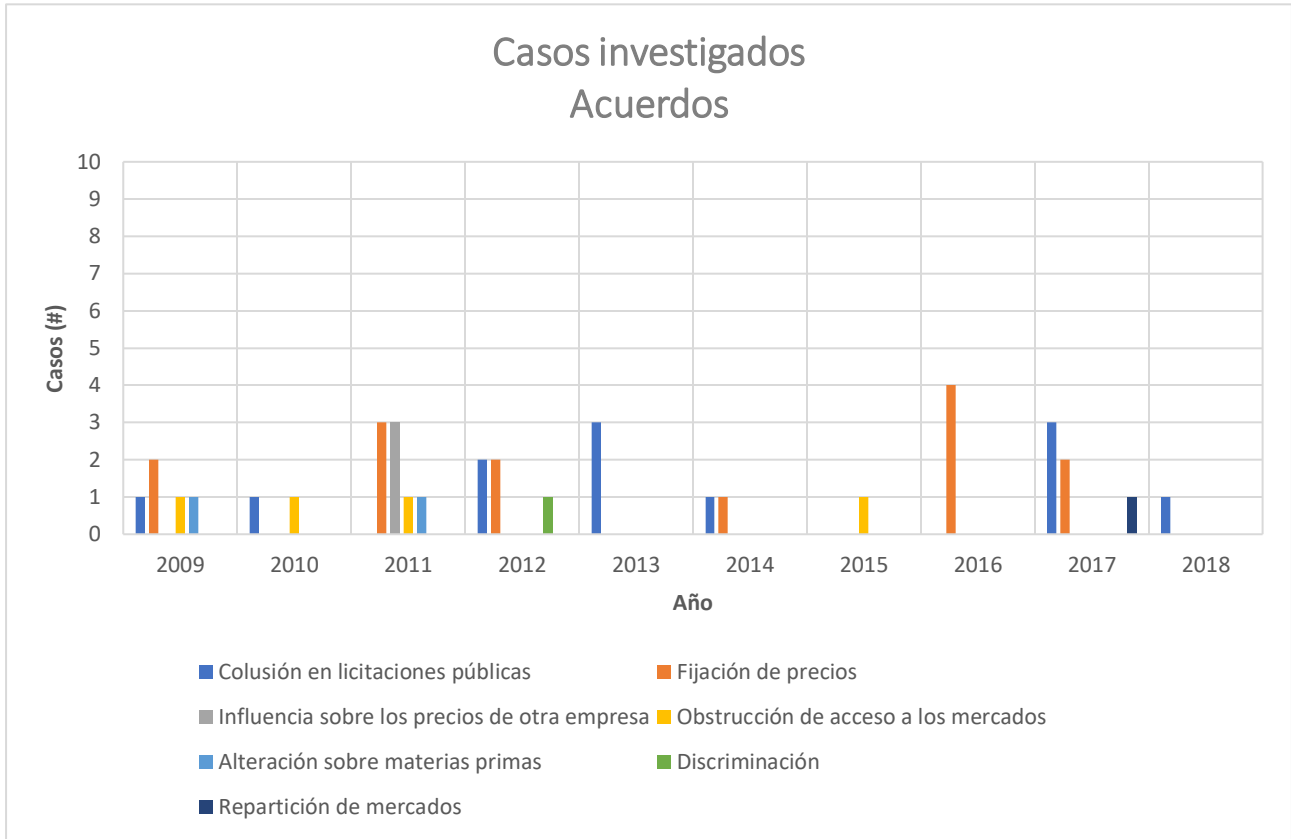


Figura 32. Casos Investigados por Acuerdos. Fuente: SIC. Creación: Propia

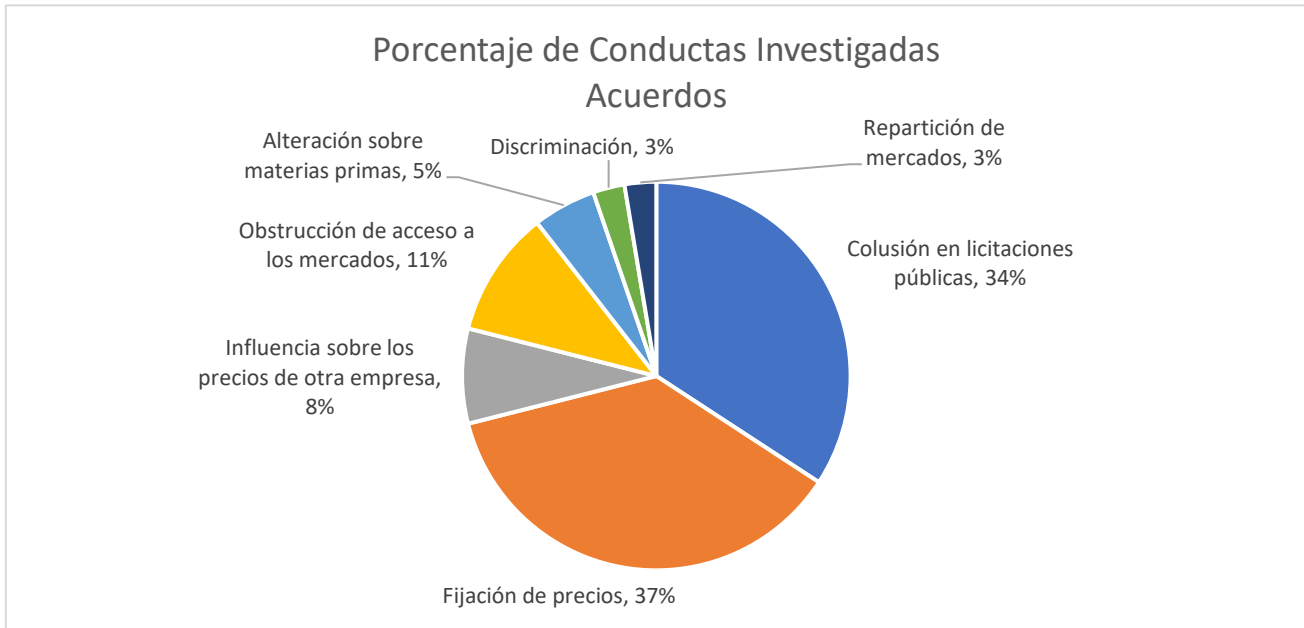


Figura 31. Porcentaje de Conductas Investigadas dentro de Acuerdos. Fuente: SIC. Creación: Propia

Se pueden evidenciar 2 momentos en la dinámica de los acuerdos para fijación de precios (la conducta más cometida de cartelización con 13 casos de 36 casos en total): entre el 2009 y el 2013, año en el que cae el comportamiento para retomar en el año 2016 y recaer de nuevo en el año 2018, en el que desaparece de nuevo. Entre el 2009 y el 2013 puede ver un aumento lineal en los casos de acuerdos por colusión en licitaciones públicas. No obstante, no vuelve a ser objeto de ninguna resolución luego del 2013.

Acuerdos para la influencia sobre los precios de otra empresa, acuerdos de discriminación y acuerdos para la repartición de mercados solo aparecen una vez cada uno en los 10 años de resoluciones que se han tomado en el muestreo. La obstrucción de acceso a los mercados y en menor medida la alteración sobre materias primas<sup>108</sup> aparece de manera esporádica hasta el 2016.

Conclusión: la práctica más común en los acuerdos registrada por las actuaciones de la SIC es la fijación de precios, más comúnmente conocido como los cárteles.

<sup>108</sup> Para efectos de ser conciso se acortó el nombre de este comportamiento que en la legislación se llama "Limitación, repartición o asignación sobre fuentes de abastecimiento de materias primas"

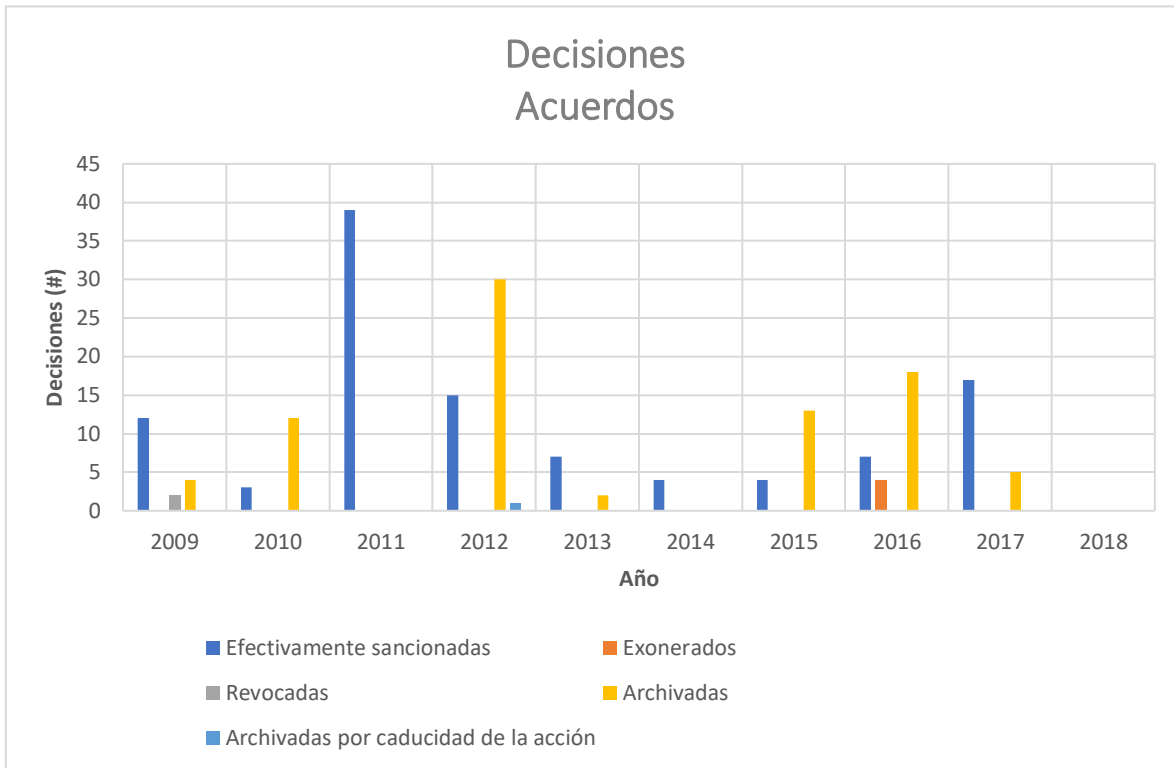


Figura 33. Decisiones Administrativas por Acuerdos. Fuente: SIC. Creación: Propia

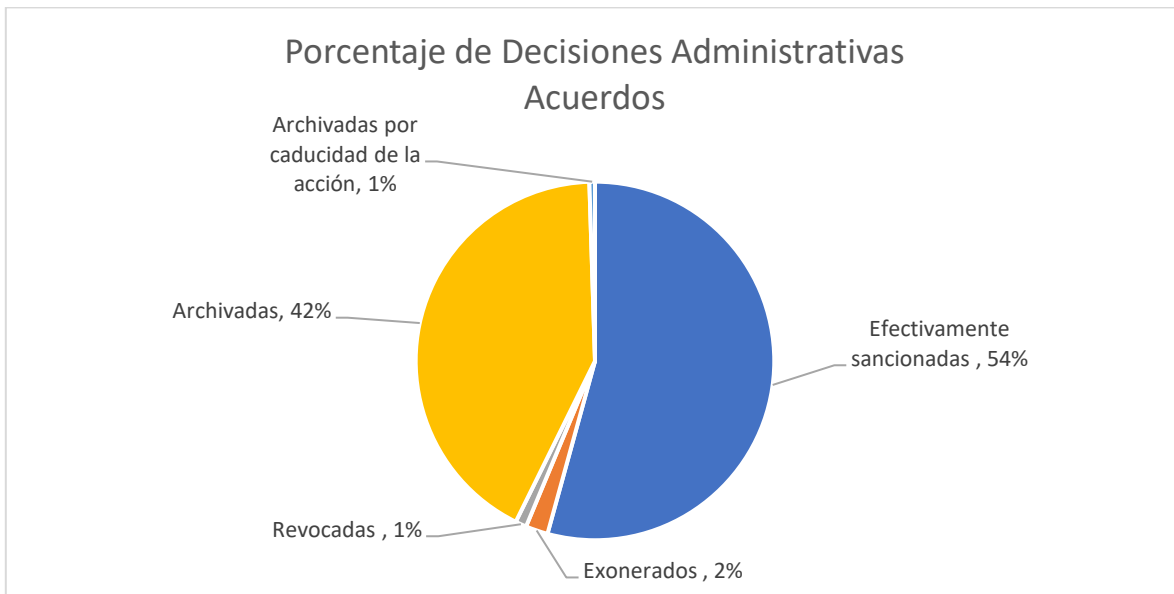


Figura 34. Porcentaje de Decisiones Administrativas de Conductas Investigadas dentro de Acuerdos. Fuente: SIC. Creación: Propia

De todos los casos que se presentaron en Acuerdos, dentro de la década fueron efectivamente sancionadas 105 personas jurídicas que corresponden al 54%, 42%

archivadas, 2% exoneradas (decir si hubo beneficio por colaboracion), y 1% donde hubo caducidad de la acción y 1% de revocatoria del acto administrativo.

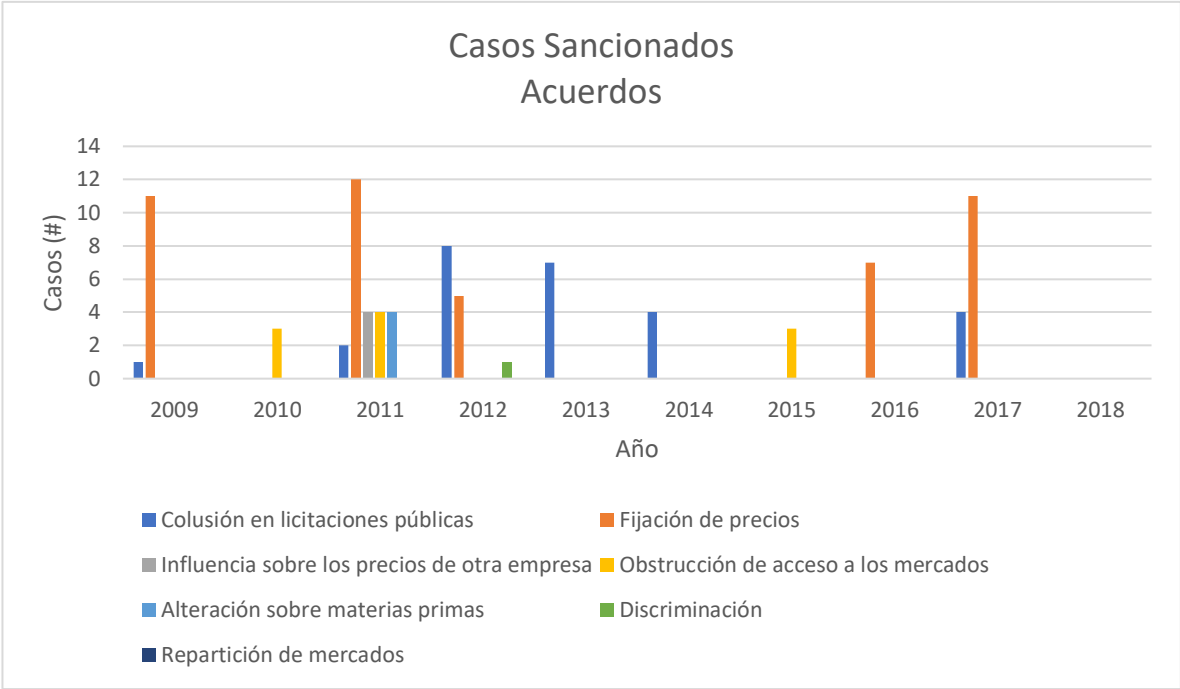


Figura 35. Casos Sancionados por Acuerdos. Fuente: SIC. Creación: Propia

Dentro de las modalidades de cartelización, hay una mayor presencia de fijación de precios y colusión en licitaciones públicas; esta ha ocurrido de manera intermitente entre 2009, 2011 y 2012 para volver a aparecer en el 2016 y 2017. Con variaciones para cada uno de estos años entre 5 y 12 casos. La colusión en licitaciones públicas ocurrió entre el 2009 y el 2014 con un pico en el 2012 de 8 casos sin ocurrencia en los últimos cuatro años.

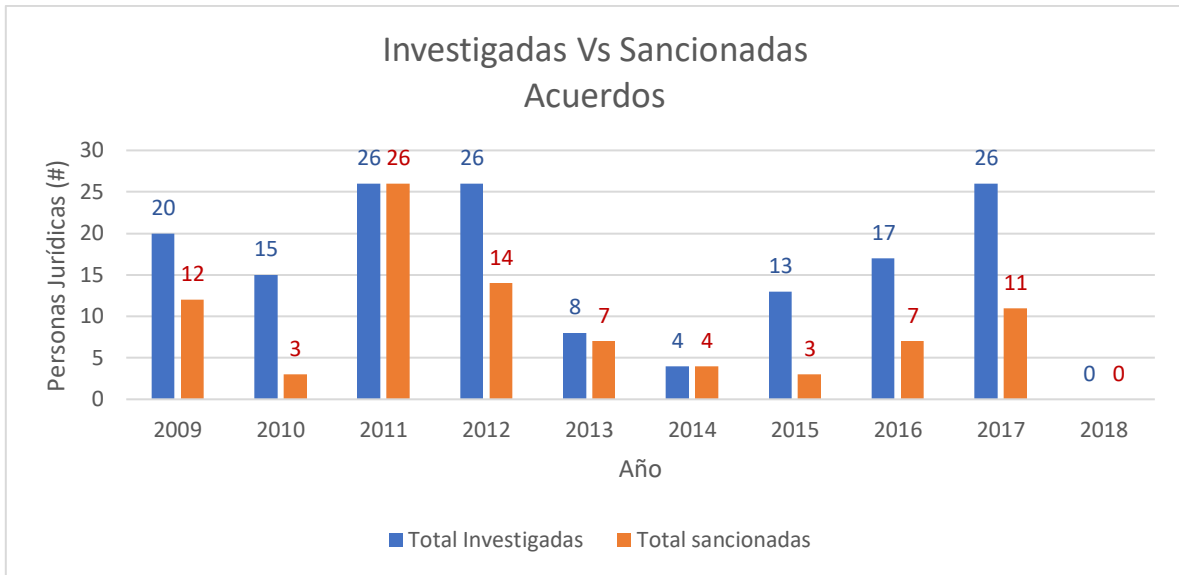


Figura 36. Comparativo: Personas Jurídicas Investigadas Vs. Personas Jurídicas Sancionadas. Fuente: SIC. Creación: Propia

Según las ilustraciones se observa que en la situación de los investigados hay dos poblaciones (2009 – 2014) una población y 2015 a 2018 y en los sancionados lo mismo.

En la figura 36 se puede observar que la efectividad del 100% de investigación frente a sanción ocurrió en el 2011 con 26 conductas investigadas y sancionadas. Lo que ocurrió en el 2014 con solo cuatro casos. En los demás años hay una tendencia a que la relación investigación-sanción disminuya siendo mínima en el 2010 con un 20% de efectividad.

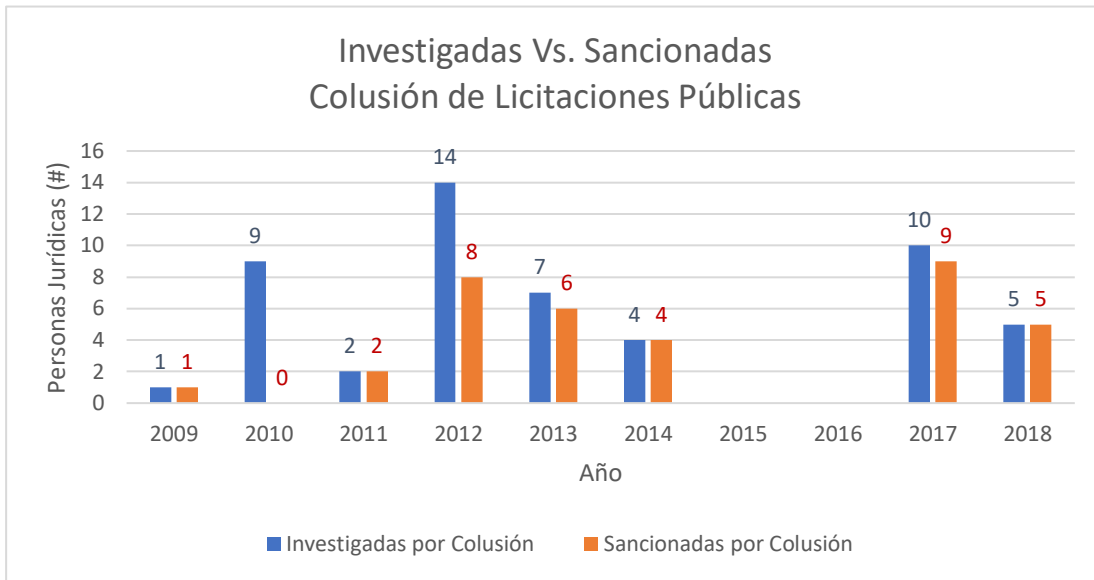


Figura 37. Comparativo: Personas Jurídicas Investigadas Vs. Personas Jurídicas Sancionadas en Colusión de Licitaciones Públicas. Fuente: SIC. Creación: Propia

Según la figura 37, existen diferentes poblaciones: un incremento en 2009, un pico en 2012 con descenso al 2014 en las investigaciones, una carencia total entre el 2015 y el 2016 y presencia entre el 2017 y 2018 de nuevos casos. En síntesis: de 52 casos investigados, 35 fueron sancionados, que equivale al 67%.

## 2.5. Actos

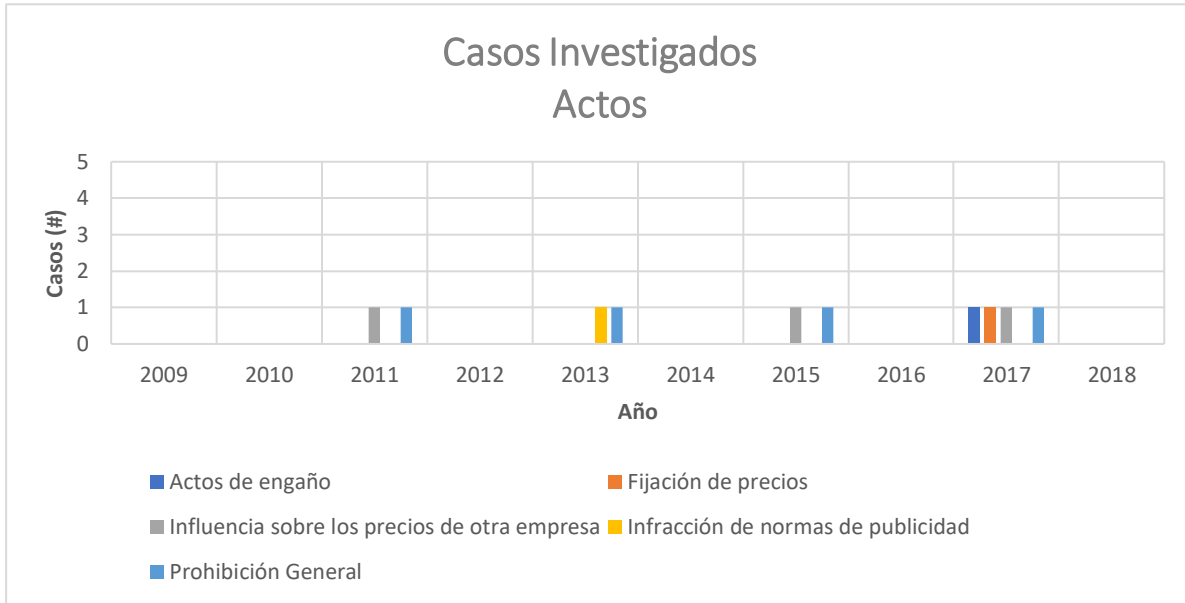


Figura 38. Casos Investigados por Actos. Fuente: SIC. Creación: Propia

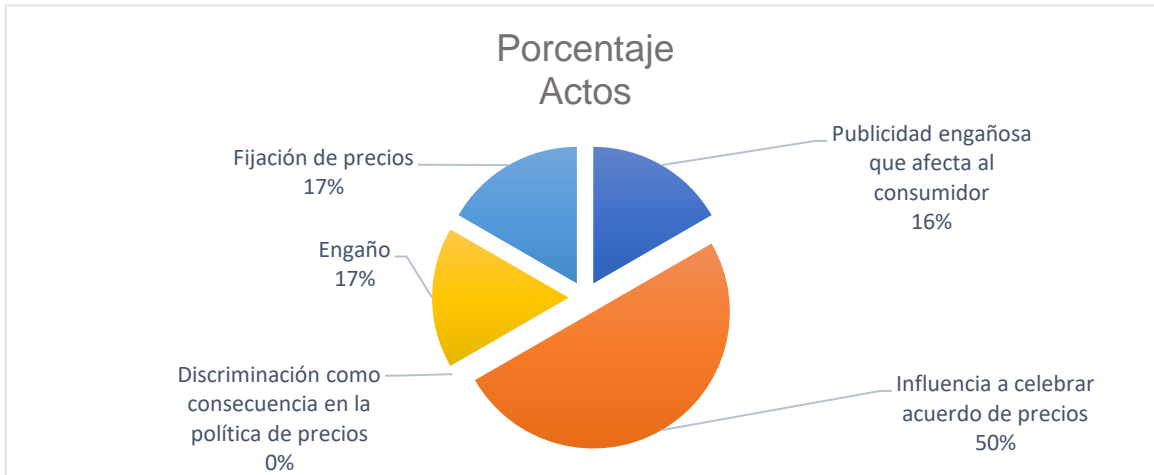


Figura 39. Porcentaje de Conductas Investigadas en Actos. Fuente: SIC. Creación: Propia

El número de casos de actos fue intermitente con ocurrencia en los años 2011, 2013, 2015 y 2017. En su gran mayoría las conductas que han sido investigadas estuvieron acompañadas de la imputación de Prohibición General, lo que puede indicar esto es que la categoría general de los actos tiende a reforzarse con la prohibición general. Además de esto, el Acto que más se comete es la influencia a

celebrar acuerdo de precios, sea o no que se llegue a consolidar, llevado a cabo por 20 personas jurídicas en la muestra de esta estadística.

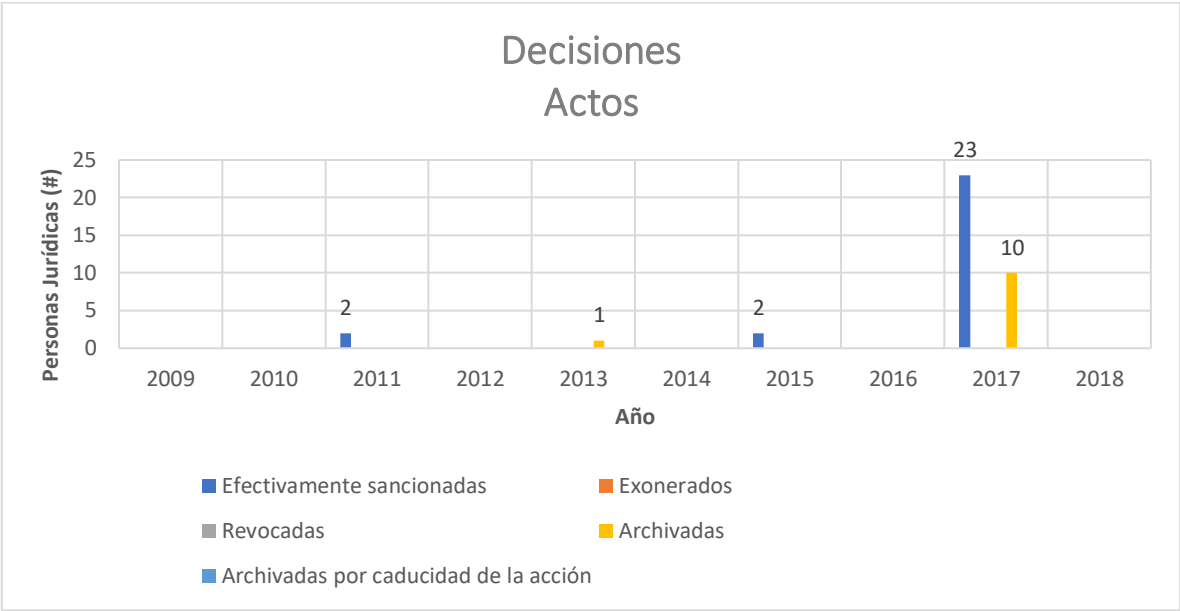


Figura 40. Decisiones Administrativas de Conductas Investigadas dentro de Acuerdos. Fuente: SIC. Creación: Propia

De 38 decisiones administrativas en actos, 27 fueron sancionadas, que equivale al 71%, mientras que el 39% fueron archivadas. Lo que ocurrió principalmente en ambos casos en el 2017. Lo especial aquí fue en el 2015, donde la sanción a dos personas jurídicas supuso 64 mil millones de pesos, la sanción más alta por actos en 9 años.

## 2.6. Abuso de Posición Dominante

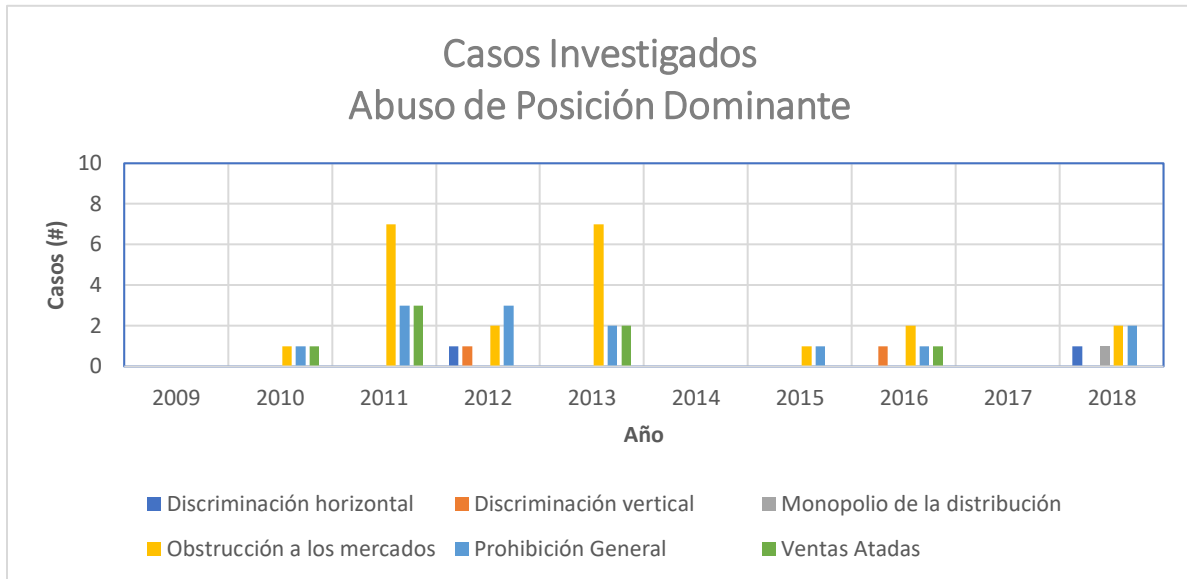


Figura 41. Casos Investigados dentro de Abuso de Posición Dominante. Fuente: SIC. Creación: Propia

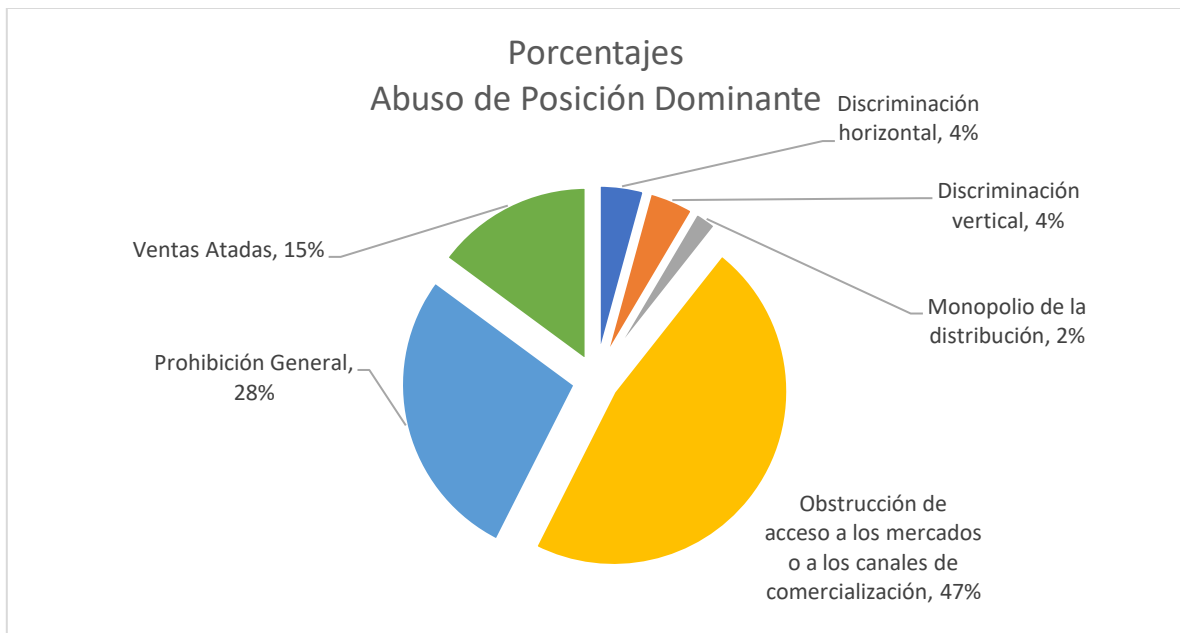


Figura 42. Porcentaje de Decisiones Administrativas de Conductas Investigadas dentro de Abuso de Posición Dominante. Fuente: SIC. Creación: Propia

Los casos específicos de Abuso de Posición Dominante, en la figura 42 muestran en la década dos poblaciones en su ocurrencia: una entre 2010 y 2013 y otra entre 2015 y 2018, presentando la primera una mayor cantidad de casos. De la segunda

figura (No. 43) se muestra que los casos de obstrucción de acceso a los mercados corresponden a la mayor conducta incurrida con un 47%, seguido de las conductas atribuidas a la prohibición general y las ventas atadas con un 28% y 15% respectivamente. Las demás presentan una ocurrencia de menos del 5%.



Figura 43. Decisiones Administrativas por Personas Jurídicas en Abuso de Posición Dominante. Fuente: SIC. Creación: Propia

En estas gráficas lo que se muestra es el caso general para los abusos, independientemente de los artículos invocados para sancionar. En Abuso de Posición Dominante, el 47% de las personas jurídicas investigadas fueron sancionados frente al 53% que fueron archivadas. Ninguna persona jurídica fue exonerado ni revocado ni archivado por caducidad de la acción.

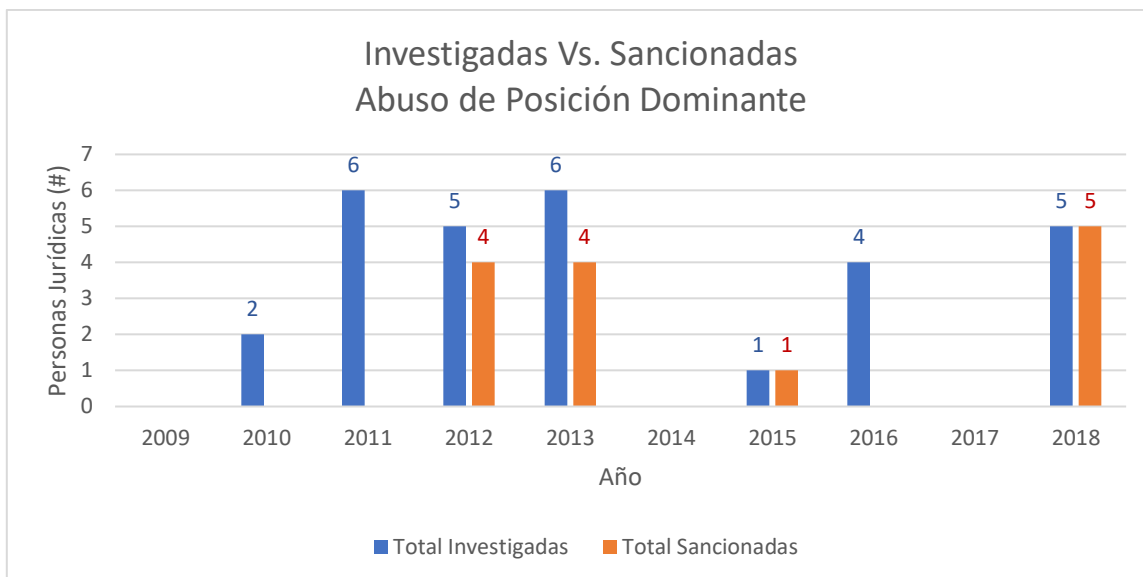


Figura 44. Comparativo: Personas Jurídicas Investigadas Vs. Personas Jurídicas Sancionadas en Abuso de Posición Dominante. Fuente: SIC. Creación: Propia

La figura 45 muestra que la efectividad respecto de las personas jurídicas investigadas y sancionadas ha sido muy variable. Con años sin ninguna sanción y solo en 2015 y 2018 han sido sancionadas las investigaciones llevadas a cabo.

## 2.7. Competencia desleal “administrativa”



Figura 45. Casos Investigados en Competencia Desleal “Administrativa”. Fuente: SIC. Creación: Propia



Figura 46. Decisiones Administrativas de Competencia Desleal. Fuente: SIC. Creación: Propia

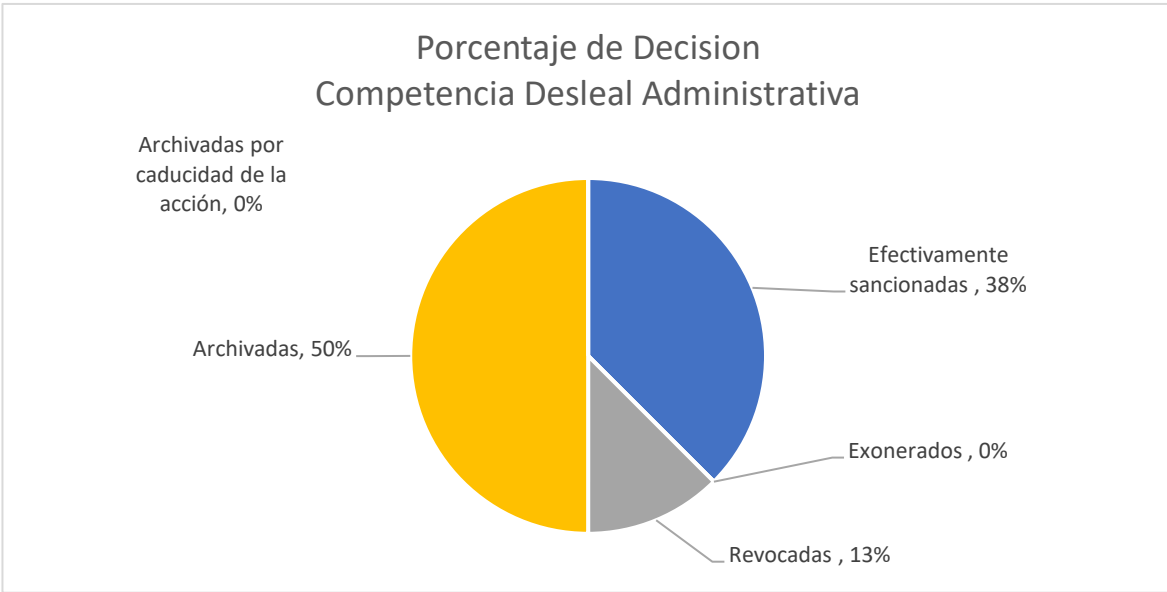


Figura 47. Porcentaje de Decisiones Administrativas de Conductas Investigadas dentro de Competencia Desleal Administrativa. Fuente: SIC. Creación: Propia

Las actuaciones por Competencia Desleal Administrativa se han concentrado en los años 2012, 2014 y 2016. De cinco casos que hubo, cuatro fueron archivados, una sola revocatoria y una sola sanción por actos de engaño en 2016 como lo muestra la figura 48 con tres personas jurídicas sancionadas y 49 archivadas, como muestra la figura 49.



Figura 48. Casos Sancionados en Competencia Desleal Administrativa. Fuente: SIC. Creación: Propia



Figura 49. Comparativo: Personas Jurídicas Investigadas Vs Personas Jurídicas Sancionadas dentro de Competencia Desleal Administrativa. Fuente: SIC. Creación: Propia

## 2.8. Casos Especiales

### 2.8.1. Sector salud

Los casos específicos de acuerdos dentro del sector salud han ocurrido especialmente en el 2011, 2012 y el 2016, siendo el de mayor ocurrencia el de asociaciones científicas.



Figura 50. Casos por Acuerdos Investigados en el Sector Salud. Fuente: SIC. Creación: Propia

## 2.8.2. Sector de Servicios Públicos Domiciliarios

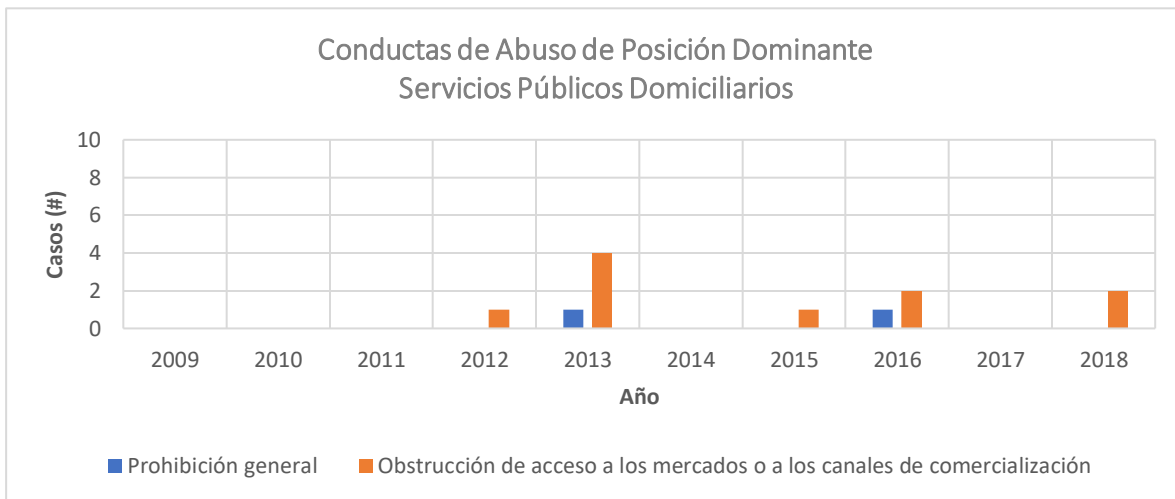


Figura 51. Comparativo del Uso de la Prohibición General en las Conductas de Abuso de Posición Dominante en el Sector de Servicios Públicos Domiciliarios. Fuente: SIC. Creación: Propia

Estas conductas de Abuso de Posición Dominante han ocurrido de manera intermitente entre 2012 y 2013, 2015 y 2016, y corresponden principalmente a obstrucción de acceso a los mercados.

## 2.9. Multas

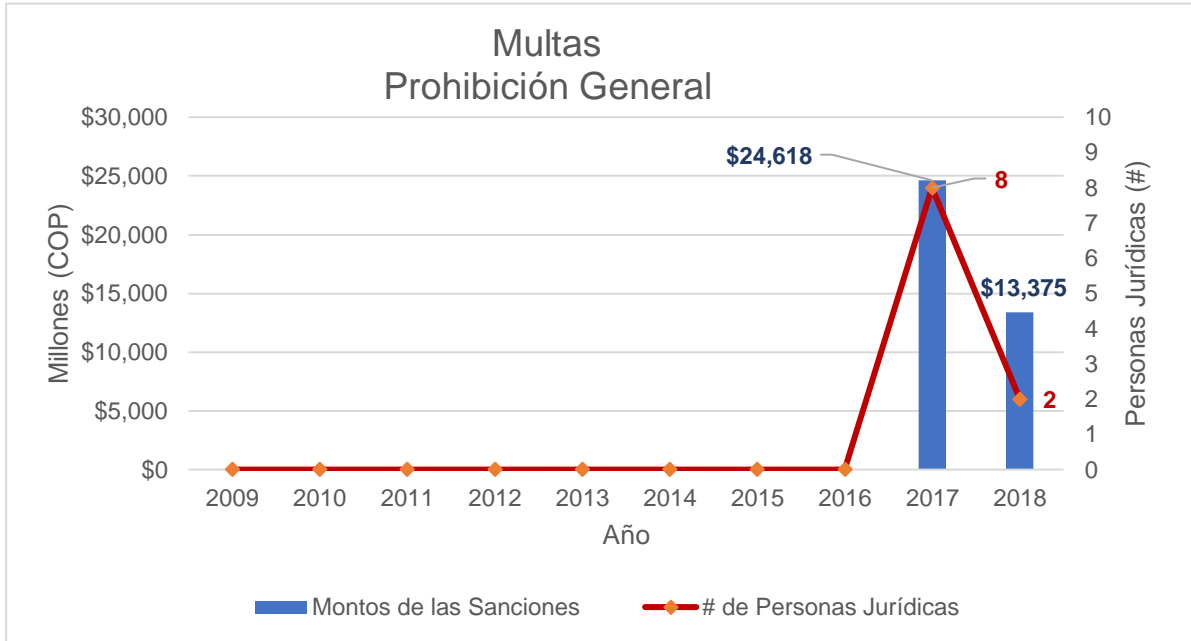


Figura 52. Multas en Sanciones por Prohibición General. Fuente: SIC. Creación: Propia

Las prohibiciones generales ocasionaron multas solo en el 2017 y 2018, con 8 y 2 personas jurídicas respectivamente.

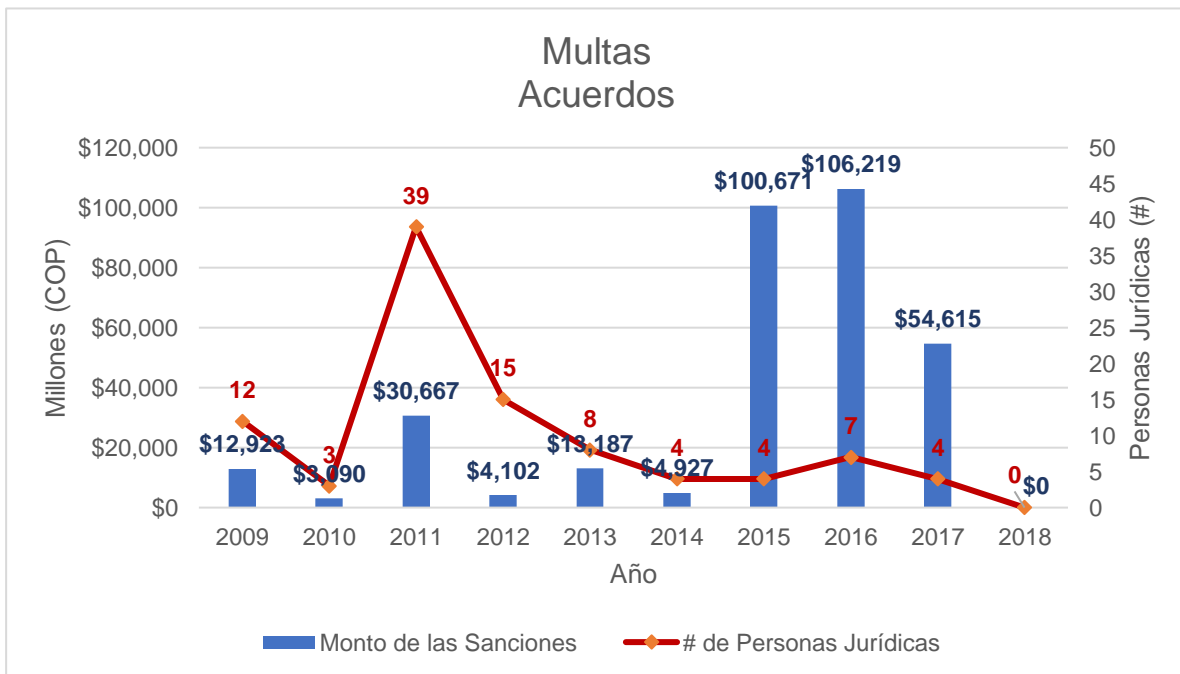


Figura 53. Multas en Sanciones por Acuerdos. Fuente: SIC. Creación: Propia

El número máximo de personas jurídicas multadas ocurrió en el 2011, con 39 personas jurídicas. Este número bajó drásticamente a 15 personas jurídicas y se estabilizó entre cuatro y ocho casos entre el 2013 y el 2017. Pero a partir del 2015 hasta el 2017 se percibe la mayor cantidad de monto de dinero en multas.

En esta figura se observa un pico de 39 casos en el 2011. Además, durante el 2015, 2016 y 2017 la cantidad de dinero en multas correspondió al 79% del dinero total impuesto por multas, es decir, 261 mil de 330 mil que corresponde al total.

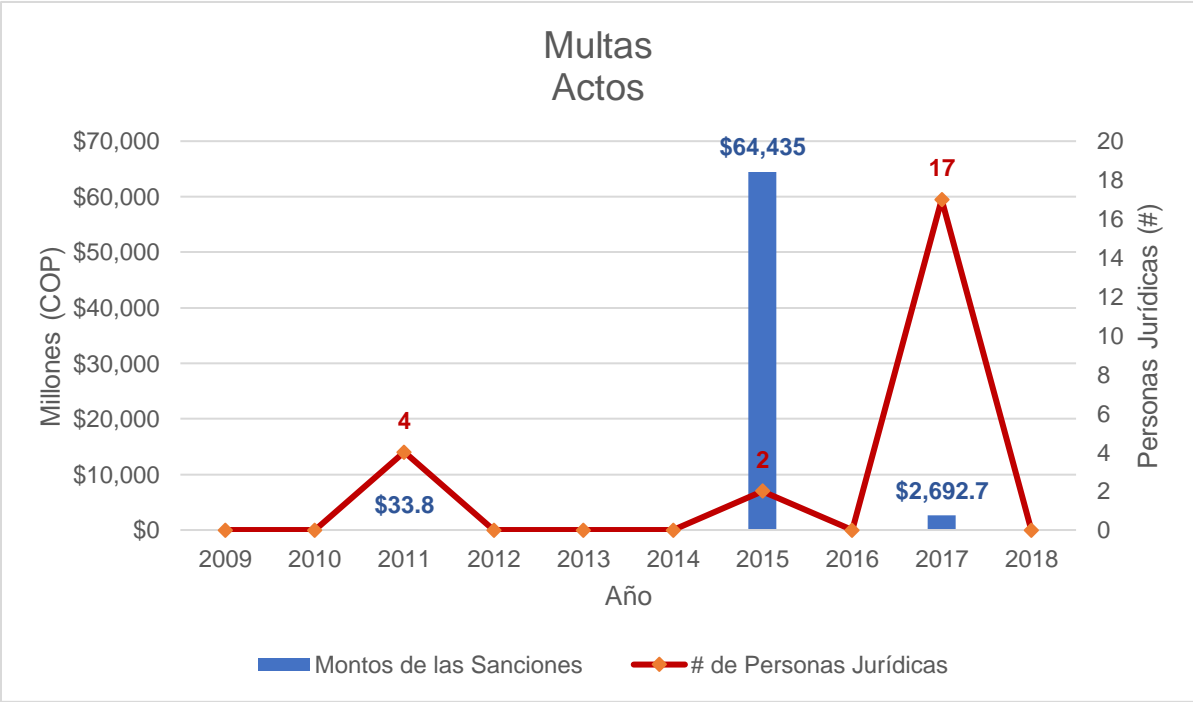


Figura 54. Multas en Sanciones por Actos. Fuente: SIC. Creación: Propia

Los actos ocasionaron multas solo en los años 2011, cuatro personas jurídicas sancionadas, 2015, dos personas jurídicas sancionadas, disparándose en el 2017 donde 17 personas jurídicas fueron sancionadas. Sin embargo, la cantidad de dinero impuesto fue máximo en el 2015 con una multa de alrededor de 64 mil millones y en el 2017 solo fue alrededor de 2.700 millones.

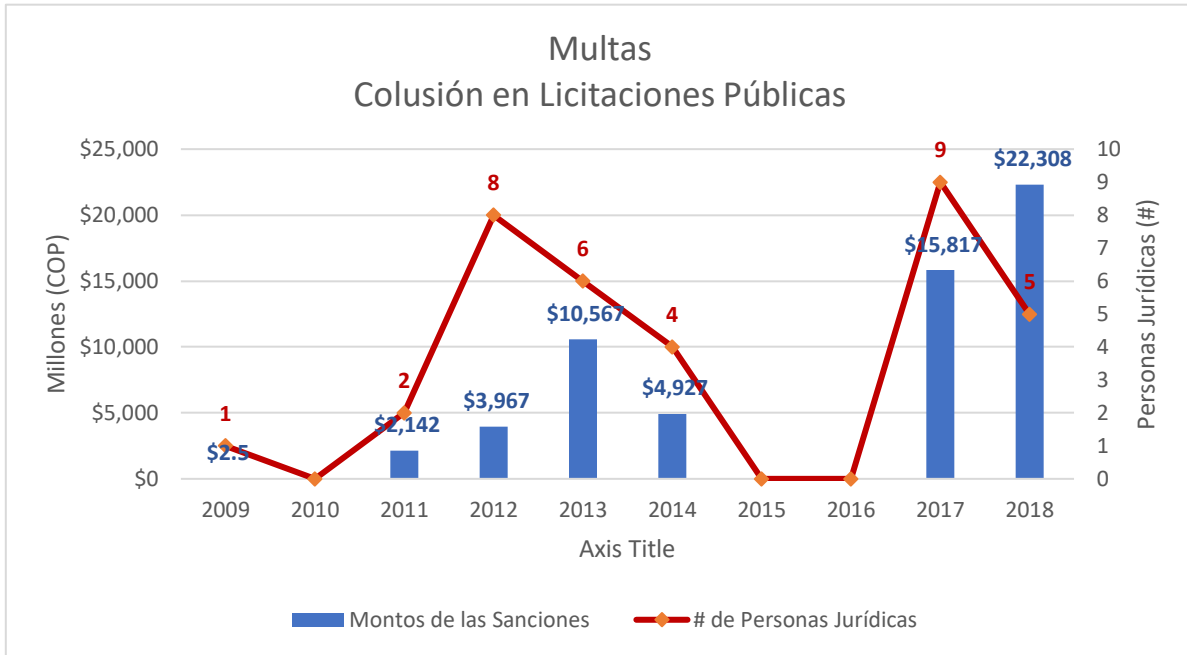


Figura 55. Multas en Sanciones por Colusión en Licitaciones Públicas. Fuente: SIC. Creación: Propia

La colusión de licitaciones públicas muestra dos poblaciones de participación en multas, con picos en el 2012, con ocho personas jurídicas y nueve en el 2017. Ninguna empresa fue multada por esta conducta en el 2015 y 2016. De la misma manera, hay dos poblaciones en el monto de la multa, ocurriendo los picos en el 2013 con alrededor 10.500 millones y en el 2018 con 22.300 millones.

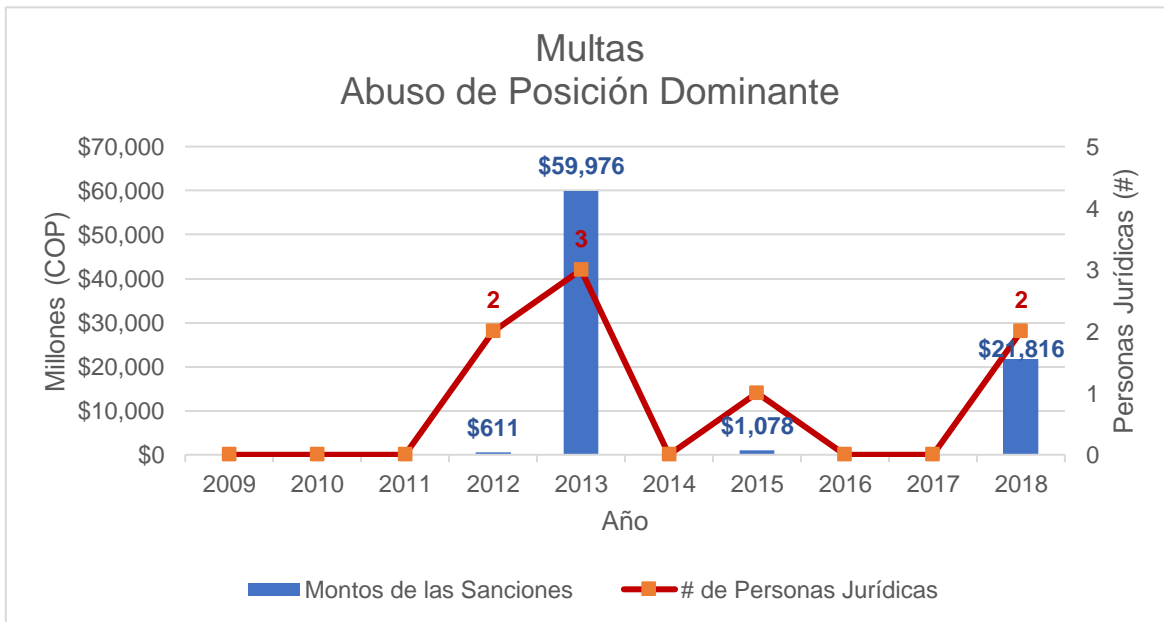


Figura 56. Multas en Sanciones por Abuso de Posición Dominante. Fuente: SIC. Creación: Propia

El abuso de posición dominante muestra personas jurídicas multadas en el 2012, 2013, 2015 y 2018, época en las cuales fueron multadas entre dos y tres personas jurídicas. El pico máximo de monto de la multa ocurrió en el 2013 con 60 mil millones de pesos y 21.800 millones en el 2018.



Figura 57. Multas en Sanciones por Competencia Desleal Administrativa. Fuente: SIC. Creación: Propia

En competencia desleal solo ha ocurrido en el 2016 con tres personas jurídicas donde se cobró 431 millones.

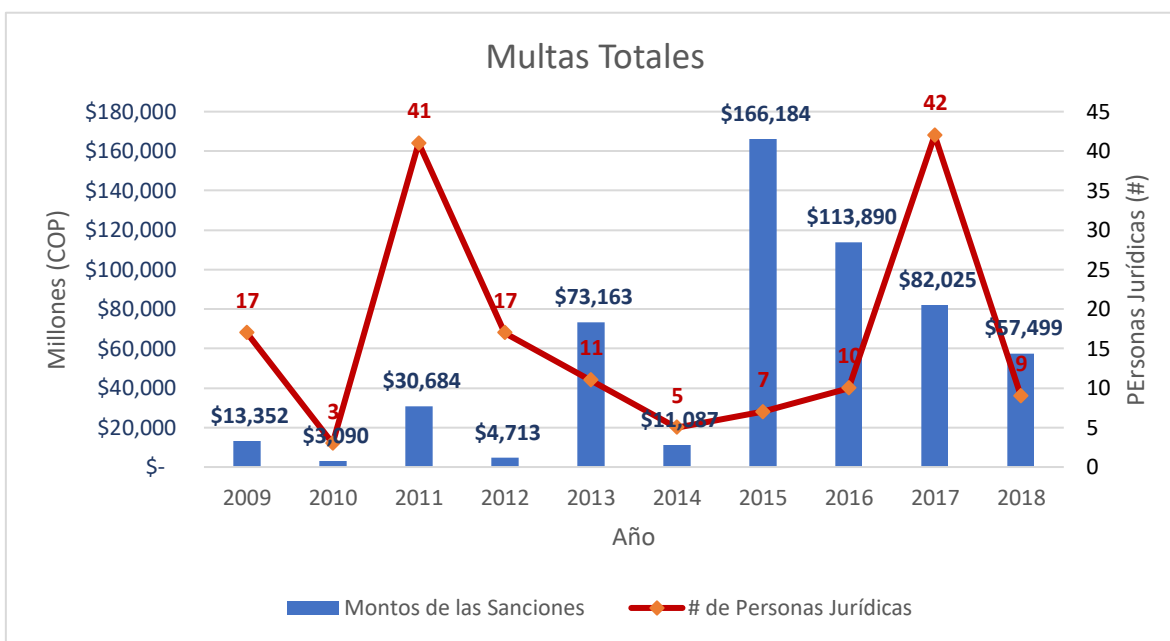


Figura 58. Multas en Sanciones Totales. Fuente: SIC. Creación: Propia

En el periodo de 2009 a 2018 ha habido 180 multas a personas jurídicas en el territorio nacional, con dos picos de 41 y 42 personas jurídicas en el 2011 y el 2017. El número mínimo de veces ocurrió en el 2010 con cinco personas jurídicas. En este mismo periodo, las multas impuestas han sumado aproximadamente \$555.686 millones de pesos, de los cuales el pico máximo ocurrió en 2015 con \$166 millones, que ha venido decreciendo hasta \$57 mil millones.

## **2.10. Recuento General**

En el panorama expuesto puede concluirse que hay un trabajo mucho más extenso sobre las conductas materializadas en Acuerdos, mientras que es significativamente menor en los Actos. En Abuso de Posición Dominante hay una menor cantidad de investigaciones, aunque también se debe tener en cuenta que este fenómeno ocurre más en monopolios naturales y que son contemplados por la SIC. Asimismo, los casos de Competencia Desleal Administrativa son en comparación muy pocos, pero esto puede deberse a la doble competencia que posee la SIC respecto de este tema y que debe hacerse un trabajo por analizar su trabajo en el área jurisdiccional sobre Competencia Desleal.

Por otro lado, se encuentra que existe una correlación inversa en las multas puesto que en el periodo donde son menos elevadas hay más personas jurídicas multadas, que corresponde al primer periodo presidencial del gobierno de Santos (2010-2014) y, por el contrario, en el segundo periodo (2014-2018) donde pueden llegar a ser tres veces la cantidad de las anteriores, son menos personas jurídicas multadas.

Parece haber una tendencia sobre los casos investigados por la SIC. En este trabajo no se pretende ni determinar tendencias en los mercados de manera exclusiva ni tampoco que lo que investiga la SIC es efectivamente lo que existe de manera real en materia de conductas anticompetitivas. El objetivo de esta perspectiva es hacer un análisis de lo que la SIC ha investigado dentro de los mercados y sectores.

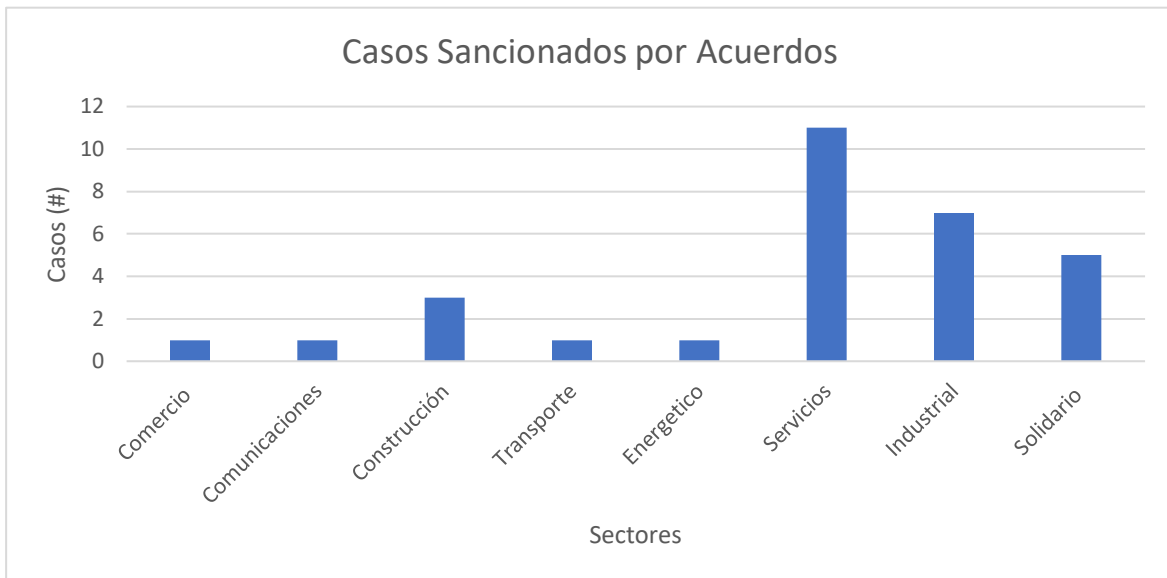


Figura 59. Casos Sancionados por Acuerdos por Sectores. Fuente: SIC. Creación: Propia

Habiendo establecido esto, parece que dentro de lo investigado por la SIC, puede haber un patrón a cometer más Acuerdos para incurrir en prácticas anticompetitivas, siendo la fijación de precios la más concurrente. Presente también en los sectores de servicios, industrial, transporte, comercio, energético, comunicaciones y predominantemente, siendo la única práctica anticompetitiva en el sector de la construcción y solidario. No obstante, también es importante ver que de estas investigaciones solo un acuerdo en el sector del comercio fue sancionado, solo uno en comunicaciones y tres en el sector de la construcción.

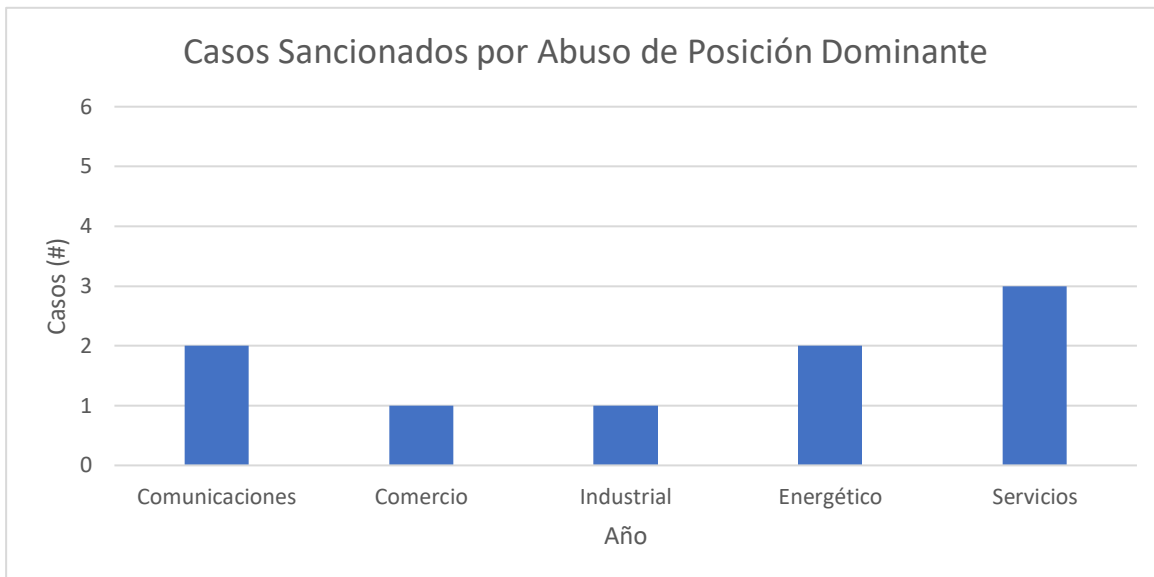


Figura 60. Casos Sancionados por Abuso de Posición Dominante por Sector. Fuente: SIC. Creación: Propia

Por otro lado, existe una ocurrencia de abuso de posición dominante en donde se presentan casos en diferentes sectores de la economía, como agropecuario, comunicaciones, comercio, transporte, industrial, pero con mayor incidencia en el sector energético, con seis casos investigados y tres de servicios.

### 3. PARTE GENERAL

Posteriormente al establecimiento del marco jurídico que rige el derecho de competencia y de presentar una perspectiva cuantitativa de las investigaciones administrativas que han finalizado de los años 2009 a 2018, se considera necesario hacer también una presentación y análisis de situaciones jurídicas específicas que se pueden encontrar dentro de las resoluciones de la SIC, que como actos administrativos son la manera en la que se manifiesta este ente inspeccionador a través de las normas que lo rigen a él y a los agentes del mercado.

Resulta importante hacer hincapié en los asuntos a continuación pues han sido construcción de un ente administrativo, en funciones administrativas, a través del

tiempo y que en muchas ocasiones no ha sido desarrollo o derivado de la legislación o de jurisprudencia, sino que proviene de literatura internacional y del mismo desarrollo que se ha dado dentro de la SIC. El propósito de este capítulo, entonces, es exponer algunos de los patrones y lineamientos que se han detectado junto con particularidades dentro de la misma funciona administrativa de la SIC dentro de las investigaciones administrativas llevadas a cabo dentro del periodo 2009 - 2018.

### 3.1. Conceptos teóricos

Respecto del **Mercado relevante**, a diferencia de Abuso de Posición Dominante, en las investigaciones de actos se determina que no es necesario una descripción exhaustiva del mercado afectado, considera que no es un prerrequisito para analizar los casos de acuerdos entre competidores o carteles empresariales, pero si resulta relevante caracterizarlo para analizar las condiciones del mismo y determinar el alcance de las conductas investigadas<sup>109</sup>. Para la SIC resulta suficiente identificar los bienes y/o servicios sobre los cuales los investigados realizaron el acuerdo, y el territorio en el cual desarrollaban su actividad económica durante el periodo investigado<sup>110</sup>.

La SIC toma indicadores para determinar el mercado relevante y la posición de dominio, para determinar el alcance de las conductas investigadas. Dichos indicadores son usados por estudios técnicos de otras entidades o hechos por la misma SIC. Algunos de estos indicadores son:

- Sustituibilidad del producto o servicio
- Test de productos distintos<sup>111</sup>: “define que dos productos serán distintos, y, en consecuencia, pertenecerán a mercados independientes si, en ausencia de la conducta que supone la vinculación, una parte sustancial de la

<sup>109</sup> Resolución SIC No. 4191 de 2017. Pág 16

<sup>110</sup> Íbid

<sup>111</sup> VICKERS John, “*some Economics of Abuse of Dominance*” En: Competition Policy in the EU, Oxford University Press 2009, p. 88. En: Resolución SIC No. 40912 de 2011 pag 70

demanda del producto vinculado no se efectuaría a la empresa dominante en la oferta del producto vinculante.

- Análisis de “critical loss”
- Test del monopolista hipotético
  - Este test se encuentra en la Guía de Integraciones de la SIC
- Elasticidades propias y cruzadas
- Análisis de cuotas de participación mediante el cálculo de índices extendidos en el campo de competencia
  - Índice Herfindahl-Hirschman
    - Uso de indicadores que describen tanto el número como el poder relativo de las compañías
    - Se obtiene al sumar el cuadrado de las participaciones de mercado de cada una de las empresas competidoras en el mercado relevante definido. Este indicador refleja el grado de concentración del mercado.
  - Índice de dominancia de KWOKA
  - Índice de dominancia de STENBACKA
- Estudio de las condiciones de competencia que se presentan en dicho mercado
  - La estructura de competencia en el mercado (si una empresa tiene posición dominante se determina a través de la capacidad para establecer, de forma unilateral, las condiciones de un mercado) <sup>112</sup>:
    - Análisis de cuota de mercado
    - Niveles de concentración
    - Características de la demanda
    - Competidores
    - Existencia de barreras a la entrada

<sup>112</sup> Resolución SIC No. 3694 de 2013. Pág 24

- Otros factores que le permitan a la empresa actuar de manera independiente en el mercado

En las situaciones de Colusión en Licitaciones Públicas no se determina un mercado relevante de la misma manera, sino que el mercado afectado es exclusivamente el que se crea en virtud de este proceso de selección contractual, haciendo así que la manera de dimensionar el impacto sea bastante sencilla<sup>113</sup>.

Otro concepto importante a tener en cuenta es el **poder de mercado**. A partir de las concepciones que se tiene de poder de mercado y posición de dominio, no pareciera haber una clara diferencia o justificable para diferenciarlas, incluso cuando se hacen análisis de umbrales de participación y resulta haber un grado de participación de más del 80%. Además, ambas concepciones exigen de las autoridades competentes analizar los mismos indicadores: cuota de mercado y barreras de entrada.

### **3.2. Conceptos Legales**

Además de los expuestos en el primer capítulo, luego de la investigación cuantitativa de las resoluciones, se han resaltado algunas situaciones que han llamado la atención de las investigaciones llevadas a cabo.

La primera corresponde a la significatividad de las actuaciones. El artículo 3 de la Ley 1340 determina que las investigaciones administrativas por violación de normas de competencia deben llevarse a cabo cuando los hechos sean significativos. No obstante, la misma SIC llama la atención sobre que el legislador colombiano no

<sup>113</sup> Resolución SIC No. 39758 de 2017. Pág 40

estableció qué reglas debían seguirse para catalogar una conducta como significativa, ni estableció umbrales de cuotas de mercado, ni criterios cualitativos. Es por esto que la SIC determina por sí misma, “atendiendo las circunstancias particulares de tiempo, modo y lugar de cada caso en concreto”<sup>114</sup>, si los hechos son significativos para adelantar una actuación administrativa, situación que se ha corroborado también por parte del Consejo de Estado en sentencia del 20 de febrero de 1997<sup>115</sup>.

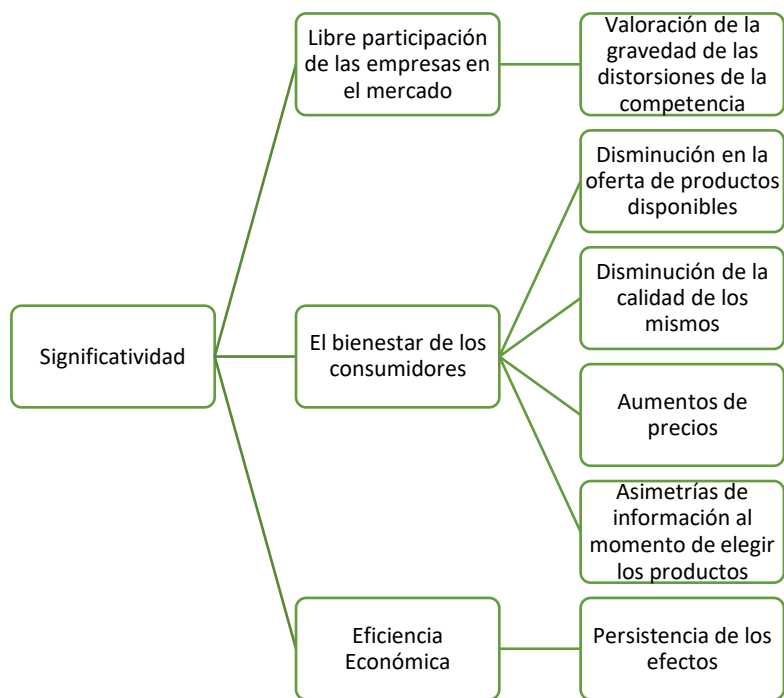


Figura 61. Criterios que componen la significatividad. Fuente: SIC Creación: Propia

Máxime, la SIC ha considerado que una manera de determinar la significatividad es por los objetivos que deben alcanzar que están determinados en el régimen de protección de la libre competencia<sup>116</sup>.

Por otro lado, en el estudio de las resoluciones se encontraron lineamientos o patrones que se repiten a través de los años. Dichos lineamientos se visualizan a través de la competencia que tiene la SIC, la interpretación de las normas de competencia, entre otros.

<sup>114</sup> Resolución SIC No. 35143. Pág 16

<sup>115</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 20 de febrero de 1997, Radicado: (3488). C.P.: Juan Alberto Polo Figueroa

<sup>116</sup> Numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009

En los casos donde se determina la existencia de conductas anticompetitivas por Abuso de Posición Dominante que involucran servicios públicos como las telecomunicaciones, el agua y el gas, la SIC toma como referente de estudios, regulaciones y requisitos aquellos impuestos por la CRC, CREG, CRA y CRES reiterando su posición transversal en materia de competencia, pero complementaria en asuntos que requieren de conocimiento técnico, siguiendo la línea de el artículo 4 de la Ley 1340 que establece la preponderancia de las normas particulares de los sectores<sup>117</sup>. Además, es necesario identificar la calidad de los intervinientes pues al hacerlo como prestadores de un servicio público domiciliario están sujetos a diferente régimen que, al hacerlo como agentes comerciales, situación que se puede evidenciar en la fijación de tarifas<sup>118</sup>. De esta manera se evidencia que hay un objetivo respecto del Abuso de Posición Dominante y de los sectores de monopolios naturales, que es el caso de los servicios públicos domiciliarios.

Debido a que el Estado también ejerce actividades comerciales, la SIC también estará involucrada en las transacciones que puedan llevarse en la asignación de recursos públicos. La intervención de la SIC dentro de los procesos contractuales es una garantía más para asegurar la transparencia y la libre competencia en el mercado<sup>119</sup>, inclusive cuando se trata de entidades estatales.

Respecto del ámbito de la competencia, en la resolución 4191 sucedió algo llamativo: se designó al Superintendente de Sociedades, Francisco Hernando Reyes Villamizar, como superintendente de industria y comercio Ad-Hoc, mediante Decreto 2368 de 2014, para conocer y decidir sobre todos los asuntos que deba atender en relación con la investigación por presuntas prácticas restrictivas. Esta situación no fue explicada más que con dicho Decreto.

<sup>117</sup> Resolución SIC No. 8796 de 2012, mediante la cual se cerró investigación en contra de Meltronic; Resolución SIC No. 67650 de 2012, mediante la cual se confirmó la sanción impuesta a la EAAB

<sup>118</sup> Resolución SIC No. 53992 de 2012 Págs 38, 44 y Resolución SIC No. 14305

<sup>119</sup> Resolución SIC No. 39758 de 2017. Pág 8

Por otro lado, tanto el régimen de competencia como del consumidor pertenecen a la protección de política económica, con el propósito de mejorar la eficiencia con la que funcionan los mercados y generar beneficios para los consumidores. Pero tienen objetivos diferentes: **el régimen de competencia** procura la existencia de mayores oferentes y opciones para los consumidores mientras que **el régimen del consumidor** busca que dichas opciones tengan una calidad determinada, con el cumplimiento de estándares determinados y que proporcionen información veraz, suficiente y oportuna<sup>120</sup>.

Además de proteger al consumidor que tiene una posición desventajosa frente a los oferentes (derivado de las asimetrías de información), puede el consumidor acudir tanto por la vía jurisdiccional como la administrativa para que la SIC investigue e imponga sanciones a aquellos que han infringido las normas sobre protección al consumidor. Sin embargo, estas sanciones no tienen un ánimo indemnizatorio pues no reparan un perjuicio particular sino un mecanismo para desincentivar futuras infracciones y proteger el interés general y abstracto.

La investigación también arrojó diferentes cuestiones respecto de la interpretación de las normas de competencia. Durante el caso Bavaria se alegó que las sanciones deben ser impuestas siguiendo dogmática penal, es decir, proteger un bien jurídico a través de verbos rectores tipificados. La dogmática del derecho administrativo sancionador, supone que las normas administrativas que imponen sanciones deben interpretarse siguiendo el análisis de la dogmática penal. Esto buscaría, en principio, proteger los derechos de los ciudadanos frente a ejercicios arbitrarios del poder público<sup>121</sup>.

Esta interpretación de las normas de competencia no resulta adecuada según lo determina la SIC en dicho caso, debido a que, entendiendo que tanto los ilícitos

<sup>120</sup> Resolución SIC No. 4839 de 2013. Pág 11

<sup>121</sup> Ver OSSA ARBELAEZ, Jiame. *Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Legis (2000). En: Resolución SIC No. 33361 de 2011

penales como las infracciones administrativas corresponden a la esfera del *ius puniendi* del Estado, tiene matices que los diferencian entre sí.

Respecto de la tipicidad, se puede establecer que, según el mandato de legalidad, si no existe una disposición normativa que castigue una determinada acción, no puede haber una sanción administrativa. Pero en el ámbito del ilícito administrativo, el legislador tiene más flexibilidad para describir los elementos objetivos del tipo, situación que no se presenta en materia penal donde los verbos rectores deben estar preestablecidos<sup>122</sup>.

En razón de la antijuridicidad, no existe una protección constitucional, pero se refuerza con el principio de proporcionalidad. Cada régimen sancionador posee sus propias particularidades e interpretaciones de los principios – reforzado por la posición de la Corte Constitucional en donde se entiende que los principios del derecho penal – “como forma paradigmática de control de la potestad punitiva” – se aplican a todas las esferas de actividad sancionatoria del Estado, pero siempre respetando las particularidades de cada derecho o ámbito de aplicación<sup>123</sup>.

Es en este ámbito que cobra sentido el hablar del “bien jurídico tutelado”, puesto que, aunque no se necesita que haya habido una afectación a este, y ya que es una norma que reprocha por objeto en primer lugar, la inexistencia del efecto da paso al análisis de la peligrosidad que representó la conducta idónea anticompetitiva. Es aquí donde se hace la aplicación del principio de proporcionalidad<sup>124</sup>.

No puede obedecer tampoco a una dogmática penal dado que “no hay tal postulado que señale que cada norma en esta materia corresponde a un “tipo” de conducta de manera unívoca”<sup>125</sup>. Además, como se aclaró en el primer capítulo, las sanciones

<sup>122</sup> Resolución SIC No. 83037 de 2014. Pág 44

<sup>123</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-948 de 2002. Exp D-3937 y D-3944. M.P.: Álvaro Tafur Gavis.

<sup>124</sup> Resolución SIC No. 83037 de 2014. Pág 44

<sup>125</sup> Resolución SIC No. 33361 de 2011. Pág. 24

que se han establecido en el sistema de competencia colombiano no poseen la estructura penal.

Respecto de la **contravención de la cláusula general**, se entiende que la prohibición establecida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 establece una prohibición por objeto y, por lo tanto, establece el estándar que pretende necesitar para definir la conducta como restrictiva y también determina que el mero acto de por si es restrictivo<sup>126</sup>. Lo que se pondera aquí entonces, aunque no de manera muy extensa, son las eficiencias económicas versus los efectos anticompetitivos<sup>127</sup>. Puede haberse cometido la infracción de la norma específica y la cláusula general o que una misma conducta viole dos disposiciones, lo cual llevaría a una sola sanción.

Respecto de esta contravención se hace una observación sobre su eficiencia pues se puede llegar a cuestionar la utilidad de una norma con estructura de regla que no conlleve a una consecuencia jurídica. ¿No se cuestiona mucho la seguridad jurídica, la tasación de la multa o su gradación al permitir esto? ¿En qué porcentaje resulta más importante una norma sobre la otra?

También se resalta el ámbito de la **caducidad** de la acción en el ámbito de protección de la competencia. Debido a que en el CPACA se establece que la caducidad sancionatoria es de 3 años, se encuentra que muchos ignoran la norma especial que rige al derecho de competencia en donde se toman 5 años contados a partir de la ejecución de la conducta anticompetitiva: “el término de caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia cuando se investigan conductas violatorias de las leyes de competencia es de cinco (5) años contados a partir de la ejecución de la conducta anticompetitiva, o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas continuadas, y no de tres (3) años”<sup>128</sup>. No aplica la

<sup>126</sup> Resolución SIC No. 40912 de 2011. Pág 73

<sup>127</sup> Resolución SIC No. 53403 de 2013

<sup>128</sup> Resolución SIC No. 23261 de 2013. Pág. 18

caducidad (3 años) del artículo 52 del CPACA puesto que es subsidiaria, en términos de investigaciones de la competencia aplica el artículo 27 de la Ley 1340 (5 años)<sup>129</sup>.

Por otro lado, el término de la caducidad se toma desde el último momento en el que se realizó la conducta, cuando una conducta constituye no un único momento de consumación sino varios actos sucesivos en el tiempo<sup>130</sup>. La SIC ha acogido la concepción que tiene el Consejo de Estado sobre la definición de conductas de ejecución continuada como “pluralidad de acciones u omisiones, una unidad de intención y la identidad de los elementos que configuran la conducta descrita, una unidad de intención y la identidad de los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable”<sup>131</sup>. Además, entiende como “manera continuada: en distintos momentos en el tiempo, es por ello que en el caso concreto el término para la caducidad inicia en la fecha en que cesó la conducta, y no desde que inició”<sup>132</sup>.

Sobre los pronunciamientos del Consejo de Estado sobre conductas de tracto sucesivo pueden ver en la sentencia del 20 de marzo de 2003, M.P. Manuel Santiago Urueta Ayola y sentencia del 4 de septiembre de 2008 C.P. Héctor J. Romero Díaz.

Resulta llamativo que durante los años 2011 a 2018, 21 gremios han sido sancionados en diferentes modalidades anticompetitivas, tales como actos<sup>133</sup>,

<sup>129</sup> Íbid. Pág. 18

<sup>130</sup> Íbid. Pag 19

<sup>131</sup> Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 2 de julio de 1999 Radicado: (9384). C.P.: Daniel Manrique Guzmán.

<sup>132</sup> Consejo de Estado. Sección Cuarta, Sentencia de 9 de diciembre de 2004, Radicado: (14062). C.P.: María Inés Ortiz Barbosa

<sup>133</sup> Resoluciones SIC Nos. 33141 de 2011 y 4191 de 2017.

Abuso de Posición Dominante<sup>134</sup>, integraciones no informadas<sup>135</sup> y acuerdos<sup>136</sup>. A través de variados sectores como gestión de derechos de autor, practica, ganadería, azúcar, mezclas lácteas, servicios de salud, servicio para vehículos, químicos de uso agropecuario, combustible. Aunque las multas en términos generales parecieran ser más pedagógicas, pues solo seis de ellas, es decir el 28% de las multas impuestas a gremios en sus diferentes clasificaciones se encuentran en el rango de los 300 millones y 1,400 millones.

Un aspecto importante de esta investigación fue el ámbito de la **sanción**. En términos generales, el fundamento de la sanción es el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, que otorga la facultad de imponer las sanciones; el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador y en la mayoría de casos la sentencia de la Corte Constitucional C-125 de 2003 que establece el principio de proporcionalidad en la facultad sancionatoria administrativa. Es muy común que en las resoluciones mencionen los elementos establecidos por ley, pero no porcentaje, umbral o criterio alguno para determinar la proporcionalidad de la multa.

Se observa que las pruebas que acrediten la conducta anticompetitiva pueden determinar una sanción más alta pues entre más específica sea la conducta y más elementos probatorios se encuentren, la sanción suele ser más alta.

La imposición de la sanción consta de 4 elementos: criterios, dosificación, atenuantes y agravantes, que se desarrollaran a continuación:

<sup>134</sup> Resoluciones SIC Nos. 40912 de 2011 y 76278 de 2018

<sup>135</sup> Resolución SIC No. 56816 de 2014

<sup>136</sup> Resoluciones SIC Nos. 23890 de 2011, 37033 de 2011, 46111 de 2011, 70736 de 2011, 71792 de 2011, 71794 de 2011, 41687 de 2011, 12483 de 2012, 13483 de 2012, 26408 de 2012, 2587 de 2013, 80847 de 2015, 71692 de 2017.

## Criterios:

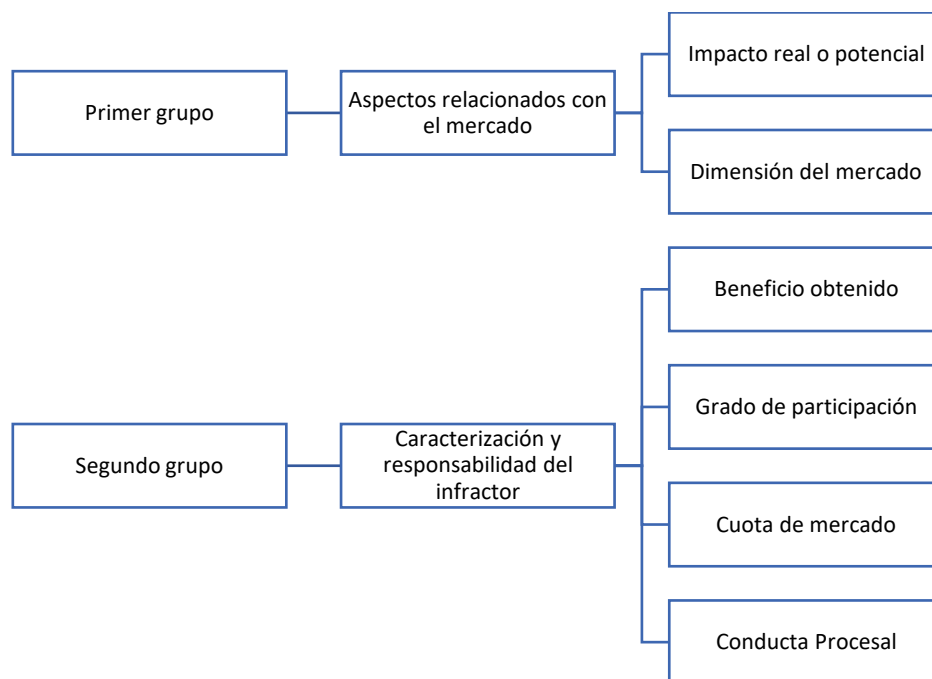


Figura 62. Criterios separados en grupos para la dosificación de la sanción. Fuente: Resolución SIC No. 46111 de 2011. Creación: Propia

### Primer Grupo

Son elementos que dan cuenta del grado de afectación o impacto que con la conducta reprochable por parte de cada una de las partes fue generada en el mercado<sup>137</sup>. A pesar de que hace una aclaración de que los efectos en un acuerdo son diferentes a una conducta unilateral, no dicen en qué porcentaje, bajo qué análisis, o ningún otro criterio observable.

Se establece una carga sancionatoria adicional, que se traduce en puntos porcentuales adicionales de la fracción de la multa máxima admisible por prácticas restrictivas de la competencia. Esto sucede cuando los mercados que resultan afectados son catalogados como mercados sensibles y particularmente vulnerables en materia de afectación de la competencia frente al universo de mercados potencialmente afectables en esta materia en Colombia<sup>138</sup>.

<sup>137</sup> Resolución SIC No. 46111 de 2011. Pág 234

<sup>138</sup> Íbid. Pág. 234

## Segundo Grupo

- La participación de una empresa en el mercado representa para el Despacho un criterio objetivo a considerar en el proceso de la dosificación de la multa a imponer.
- Debe calificarse el monto de beneficio obtenido dentro de la serie de categorías, a las que se le asocian puntos porcentuales de penalización mayores entre mayor sea el nivel de beneficio adicional obtenido por la conducta<sup>139</sup>.
- De la misma manera, si se trata de una conducta continuada, la severidad de la sanción deberá ser mayor que si se tratase de una conducta de ejecución instantánea<sup>140</sup>.
- La conducta procesal solo tiene relevancia mientras sea negativa pues a no ser que haya impedido o dilatado el proceso, no resulta en ninguna penalización adicional<sup>141</sup>.

Algunos criterios complementarios que se toman en cuenta yacen en el análisis del mercado pues si es un servicio público esencial o de la salud parece ser un agravante, pero no establece porcentaje; si reviste de especial importancia por ser parte de una política pública<sup>142</sup>; y la reincidencia que constituye una circunstancia de agravación, pero nunca establecen en qué porcentaje<sup>143</sup>. Además, también se determina mediante el alcance de afectación real o potencial de la competencia<sup>144</sup>.

Como fase inicial de determinación de la sanción se considera el impacto efectivo o potencial a generarse en el mercado y el beneficio efectivo o potencial que pueda

<sup>139</sup> Íbid. Pág. 235

<sup>140</sup> Íbid. Pág. 235

<sup>141</sup> Íbid. Pág.235

<sup>142</sup> Resolución SIC No. 40912 de 2011

<sup>143</sup> Resolución SIC No. 14305 de 2019. Pág 58

<sup>144</sup> Resolución SIC No. 46111 de 2011. Pág 233

percibir cada infractor con la conducta. La SIC tiene un cuadro con estos porcentajes<sup>145</sup> y se consideran los siguientes aspectos:

| Condición  | Acción   |
|--|--|
| <b>Si el mercado relevante y/o afectado hace parte de la lista de sectores prioritarios considerados por la SIC</b>  | Se suma el 20% de los puntos porcentuales asignados como nivel inicial.<br><br>*En caso contrario, mantener el nivel inicial.                  |
| <b>Si la conducta procesal estuvo acorde con el procedimiento aplicado y facilitó el esclarecimiento de los hechos durante la investigación</b>  | Se mantiene el nivel inicial<br><br>*De lo contrario agregar un 10% de los puntos porcentuales asignados en la fase 1.                         |
| <b>Si la conducta sancionada no es unilateral</b>  | Mantener el nivel inicial<br><br>*En caso contrario agregar un 10% de los puntos porcentuales asignados en la fase 1 a la empresa involucrada. |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>En cuanto a la cuota de mercado de la empresa infractora, en aquellos casos en que la conducta sea unilateral o de la cuota de mercado analizada de manera conjunta en los casos que se sancione un acuerdo, se procederá a aplicar la siguiente regla:</b></li> </ul> |  |
| <b>Si la participación del mercado es inferior al 25%</b>  | Se mantendrá el nivel inicial de la sanción  |

<sup>145</sup> Íbid. Pág 235 – mirar: tabla 14

|  |  |
|--|--|
| <b>Si la participación del mercado resulta ser mayor al 25% y menor o igual al 50%</b> | Se agregará al nivel inicial de la sanción la quinta parte del mismo.        |
| <b>Si la participación del mercado es mayor al 50% y menor o igual al 75%</b>          | Se agregará al nivel inicial de la sanción la tercera parte del mismo.       |
| <b>Si la participación del mercado resulta mayor al 75%</b>                            | Se agregará al nivel inicial de la sanción la mitad del mismo <sup>146</sup> |

Figura 63. Porcentajes para establecer los agravantes de la multa. Fuente: Resolución SIC No. 46111 de 2011 Creación: Propia

En algunos casos<sup>147</sup>, la SIC explica que dicha sanción equivale a un porcentaje determinado del patrimonio y los ingresos operacionales. Pero no muestran el proceso que conllevó de los montos del patrimonio e ingresos operacionales a la multa ni qué porcentaje equivale a los criterios de dosificación para la imposición de multas para la comisión de prácticas restrictivas de la competencia. En otros casos, a pesar de haberse probado los efectos materializados de la conducta, no se logró probar los sujetos infractores ni los beneficios obtenidos por la actuación cuestionada y, por lo tanto, se infiere que la dosificación de la sanción fue leve.

A diferencia de las conductas relacionadas con la cartelización, las conductas que están constituidas por actos, es decir, por actuaciones unilaterales del investigado, no se observan por el objeto sino por el efecto que tengan. Tanto así que en el Caso FLA, aunque hubiesen infringido normas sobre publicidad establecidas en el Estatuto de Protección al Consumidor, debido a que su publicidad no tuvo impacto significativo en los consumidores, se determinó que no había necesidad de sancionar la conducta.

Se observa que en varios casos donde se sancionaba a las Asociaciones por extralimitarse en sus facultades pero que no resultaba en gran efecto al mercado y tampoco significaba beneficio para los infractores. En estos casos, aunque no se dijera explícitamente, pareciera que se impuso una sanción pedagógica (cinco

<sup>146</sup> Íbid. Pág 236

<sup>147</sup> Resolución SIC No. 14305 de 2018. Pág 58, Resolución SIC No. 23261 de 2013. Pág 54

millones de pesos). En estos casos se contaba con una buena conducta procesal y esta era la razón de la rebaja en la sanción<sup>148</sup>, además de acatar las solicitudes y requerimientos realizados dentro de la investigación<sup>149</sup>.

En un caso aislado: dado que el reglamento tarifario fue creado en 2007 antes de la expedición del 2009, los criterios para la dosificación de la sanción de la Ley 1340 de 2009 no le aplican, pero la SIC consideró que esto no significaba que los criterios no pudieran ser considerados como elementos de análisis para la dosificación de las sanciones a imponer en el presente caso. Esta flexibilización de la norma, en donde una ley posterior parece poder ser el rasero con el que se mide una sanción que no abarca su ámbito de aplicación temporal es una muestra de la arbitrariedad y falta de claridad en el manejo que hay de este tema en particular<sup>150</sup>.

### **Sanciones pedagógicas**

El Delegado para la protección de la Competencia puede recomendar la imposición de una sanción de carácter pedagógico para incentivar a crear medidas adecuadas para disminuir el riesgo de engaño o de inducción en error al consumidor<sup>151</sup>. A veces no es explícito, pero el monto de las multas resulta más simbólico que disuasorio. En muchos casos no queda claro el indicador para determinar que fuera pedagógico ni donde queda consagrada la posibilidad de sugerir e imponer esta sanción en la legislación.

<sup>148</sup> “según se ha establecido, ASHORALDA trasgredió con su comportamiento lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994 y se comprobó que conducta se concretó tanto por objeto como por efecto. No obstante lo anterior, este Despacho no es ajeno a la conducta procesal desarrollada por la parte investigada dentro del trámite y su naturaleza jurídica asociativa” Resolución SIC No. 41687 de 2011. Pág 33.

<sup>149</sup> “La conducta realizada es altamente reprochable en tanto se afectó la competencia del mercado afectado. No obstante, para efectos de la dosificación de la sanción, esta Entidad considera necesario reconocer que tanto la entidad infractora como su representante legal y Directora Ejecutiva para la época de los hechos, han observado las solicitudes y requerimientos realizados dentro de la presente investigación. Adicionalmente, de las pruebas contenidas en el expediente, no se encuentra demostrado en cifras que la Asociación o sus afiliados hubieran obtenido algún beneficio de la conducta cuestionada” Resolución SIC No. 2587 de 2013. Pág 38

<sup>150</sup> Resolución SIC No. 71792 de 2011. Pág 38

<sup>151</sup> Resolución SIC No. 35143 de 2017. Pág 3

## **Rango de sanción de carácter pedagógico que considera la SIC**

En la resolución 33141 de 2011, se hizo un desarrollo más extenso de la dosificación de la sanción, en teoría. Se establecen puntajes y una metodología de dosimetría de las sanciones a través de factores planteados y con eso se establecen las multas, aunque no establecen por qué los porcentajes en la metodología<sup>152</sup>. Resulta preocupante que den el porcentaje de lo que equivale de la multa pxima potencialmente aplicable pero que no expliquen cuál fue el procedimiento para llegar a ese número.

El impacto para las licitaciones públicas resulta más alto pues (para el 2017) “el gasto del gobierno representó cerca del 15% del gasto total de la economía”<sup>153</sup>, lo cual muestra la importancia de las compras públicas y la necesidad de que se proteja las dinámicas en las licitaciones públicas. Si la conducta llevó a la adjudicación del contrato de alguno de los agentes que participaban, la multa se observa que es más alta que de no haberse dado el resultado, pero no explican en qué proporción<sup>154</sup>.

## **4. DESARROLLO DE LAS CONDUCTAS**

El trabajo que desarrolla en este capítulo trata de establecer algunas tendencias y patrones identificados en las diferentes clasificaciones de comportamientos anticompetitivos. Además de las construcciones que el legislador estableció, en lo que podrá considerarse como las consideraciones de las resoluciones que dan término a las investigaciones (sea archivo, cierre o sanción), la SIC hace construcciones de los conceptos que involucran las conductas investigadas.

<sup>152</sup> Resolución SIC No. 33141 de 2011. Pág 60

<sup>153</sup> Resolución SIC No. 58961 de 2018. Pág 61

<sup>154</sup> Resolución SIC No. 35120 de 2017. Pág 38

Dentro del análisis jurídico y económico que se hace en las resoluciones por parte del Despacho del Superintendente se toman en cuenta tanto construcciones doctrinales como pronunciamientos de autoridades de competencia de otros países. Dichas construcción se constituyen sobre asuntos de estándar probatorio, delimitan los conceptos de las conductas para determinar así cuáles son los hechos que deben probarse y las maneras en las que estos se prueban.

En general, las conductas anticompetitivas pueden ser investigadas y eventualmente sancionadas dependiendo del estándar que se pida para el supuesto fáctico que deban cumplir. Aquellas que persiguen el **objeto** de la conducta será porque la actuación se adecúa a los supuestos de la norma presuntamente violada. Es el simple hecho de que la conducta tenía como propósito la afectación a la libre competencia y por el solo hecho de la peligrosidad potencial que tenga la conducta, se persigue su comisión. Por otro lado, cuando se persigue además el **efecto** es cuando adicionalmente se da “una efectiva restricción de la competencia ya sea porque afecte a los consumidores (por efectos explotativos) o a los competidores (por efectos exclusorios)”<sup>155</sup>.

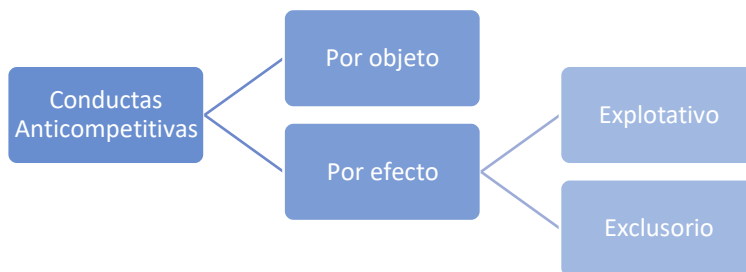


Figura 64. Clasificación de las conductas Anticompetitivas. Fuente: Resolución SIC No. 13483 de 2012. Creación: Propia

<sup>155</sup> Resolución SIC No. 13483 de 2012. Pág 28

Los siguientes acápite darán cuenta de este análisis respecto de cada una de las conductas investigadas en las resoluciones de la SIC y las construcciones que ha hecho la SIC de ellas.

#### **4.1. ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA**

Un acuerdo se considera una conducta explotativa, y es el ejemplo por excelencia ya que “el mayor precio que paga el consumidor es extraído de su excedente para ser trasladado al del productor, al tiempo que se produce una pérdida en el bienestar y la eficiencia económica derivada de aquellos consumidores que gracias al aumento de precios dejaron de consumir el producto en cuestión”<sup>156</sup>. Puede encontrarse una explicación que justifique el porqué durante el periodo de 2009-2018 se investigaron tantos acuerdos: esta práctica anticompetitiva es la que más afecta los tres objetivos generales de protección de la libre competencia, objetivos que como se ha establecido antes, son los criterios que establecen la significatividad de una investigación administrativa.

La SIC identifica la construcción de diferentes indicadores de cartelización hecha por la doctrina. Identifica a Craig W. Conrath, en su obra “Guía Práctica para la ejecución de la Ley Antimonopolio” que señala como elementos indicadores del cartel<sup>157</sup>: la existencia de pocas firmas o solo algunas pocas grandes firmas, las firmas son similares y el producto es homogéneo. Por otro lado, la OCDE en el informe “Hard Core Cartels” del año 2003 observa que existen ciertas características comunes en la mayoría de los carteles: i) Producto homogéneo; ii) alta concentración de empresas en el mercado; y iii) existencia de asociaciones que procuran a los interesados la oportunidad de transferirse información, reunirse y realizar acuerdos<sup>158</sup>. También se entiende según la doctrina, que otra posibilidad de

<sup>156</sup> Resolución SIC No. 4839 de 2013. Pág 10

<sup>157</sup> Resolución SIC No. 65477 de 2010. Pág 39

<sup>158</sup> “Economics of Tacit Collusion” Marc Uvaldi, Bruno Jullien, Patrick Rey, Paul Seabright, Jean Tirole IDEI, Toulouse (March 2003). Final Report for DG Competition, European Commission.

cartelización puede darse a través de prácticas cooperativas<sup>159</sup> que, aunque pueden no ser ilegales, como, por ejemplo, “la realización de acciones conjuntas de cabildeo o la existencia de algún tipo de integración entre ellas, son situaciones que al proporcionar contactos entre las compañías favorecen la realización de acuerdos contrarios a la libre competencia”<sup>160</sup>.

### Elementos probatorios:

#### Confesión de uno o varios cartelistas

#### Correos electrónicos que comprueban:

- La existencia del cartel
- Su dinámica de funcionamiento
- Intervinientes

#### Mensajes a través de aplicaciones tecnológicas de mensajería instantánea como

- WhatsApp
- Facebook
- Google o similares

#### Otros documentos como:

- Acuerdos, actas de asamblea o de junta directiva

#### Periódicos de amplia circulación local

#### Revisión de los precios en contratos

- De compraventa
- Cuentas en participación

#### Intercambio de información

- Es confidencial, amparada por reserva legal, con gran valor comercial para los competidores
- (Sobre el tema de Reserva Legal véase Sentencia del Tribunal Contencioso de Cundinamarca, Sección Primera, sentencia de 1 de octubre de 2009 Exp: 200900335-01. M.P.: LUIS MANUEL LASSO LOZANO)

*Figura 65. Elementos Probatorios. Fuente: SIC. Creación: Propia*

<sup>159</sup> POSNER, RICHARD. *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 2001. Segunda edición citado en Guevara Inciarte Gustavo “El tratamiento de las prácticas y comportamientos colusorios en Venezuela (1992-2006): Problemas teóricos y prácticos” Revista Derecho Competencia. Bogotá (Colombia), vol. 4 N° 4, 191-243, enero-diciembre 2008.

<sup>160</sup> Guevara Inciarte Gustavo “El tratamiento de las prácticas y comportamientos colusorios en Venezuela (1992-2006): Problemas teóricos y prácticos” Revista Derecho Competencia. Bogotá (Colombia), vol. 4 N° 4, 191-243, enero-diciembre 2008.

Según se ha identificado en las investigaciones administrativas objeto de este trabajo, los acuerdos tienen tres modalidades:

- 1) **Convenios o acuerdos restrictivos de la competencia:** Los competidores acuerdan explícitamente coordinar sus actividades. Dicho acuerdo tiene como propósito eliminar los riesgos propios de la libre competencia<sup>161</sup>. Se presentan cuando la evidencia demuestra de forma directa la existencia del acuerdo<sup>162</sup>.
- 2) **Prácticas concertadas:** Son comportamientos que no tienen otra explicación desde la racionalidad económica más que la coordinación o cooperación práctica<sup>163</sup>. Son similares a los acuerdos o convenios en tanto “modifican las condiciones normales de competencia que resultarían de la naturaleza de los productos, el número de las empresas, el volumen y las características del intercambio”<sup>164</sup>.
- 3) **Prácticas conscientemente paralelas:** Los agentes de un determinado mercado, de manera consciente y sincronizada, se abstienen de competir, generando un patrón de comportamiento uniforme usualmente sobre los precios, o variables cuyas condiciones deberían corresponder a estrategias individuales e independientes de los agentes<sup>165</sup>. Esta última modalidad se ve solo en la fijación de precios y puede determinarse tanto por prueba directa o indirecta.

<sup>161</sup> Resolución SIC No. 6839 de 2010. En: Res 65477 de 2010. Pág 42

<sup>162</sup> Íbid

<sup>163</sup> BELLO Martín. CRESPO, Maria del Pilar et.al *Derecho de la Libre Competencia comunitario y Español*. Editorial Thompson Aranzadi, Primera edición. En : Resolución SIC No. 65477 de 2010. Pág 42

<sup>164</sup> Cfr. Lalla Birbaud. La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence. Bibliothèque de Droit de L'interprise. Fèdèration Nationale pour le Droit de L'interprise, p. 175

<sup>165</sup> Resolución SIC No. 51694 2008. En: Res 65477 de 2010. Pág 43

Siguiendo el orden de los capítulos anteriores, se procede a hacer el análisis de las conductas puntuales.

#### 4.1.1. Fijación de precios

La fijación de precios constituye una conducta por objeto, ya sea una fijación directa o indirecta de precios. Aun si la conducta es sancionada por efecto pues además del objeto se cumplió la afectación en el mercado, ambos resultan reprochables sin que sea necesario la acreditación del efecto “bastando simplemente que cualquiera de ellos tenga lugar para que la conducta entrañe una ilegalidad”<sup>166</sup>, dicha posición es reiterada por la Comisión Europea<sup>167</sup>.

Aunque se aclara que es una conducta por objeto, en el derecho europeo se establece la importancia del efecto: en el Derecho Europeo de la Competencia, en el caso *Société Technique Minière Vs. Maschinenbau Ulm GmbH* se estableció que “para determinar si un acuerdo es anticompetitivo por **objeto**, este debería, sobre la base de un cúmulo de objetivos legales o elementos fácticos, permitir esperar, con un suficiente grado de probabilidad, que se ejercitará un efecto directo o indirecto, actual o potencial, en los remolinos del comercio entre los países miembros”<sup>168</sup>.

Esto tiene una incidencia visible en tanto también se gradúa como más gravoso el efecto que el objeto pues se determina que “si en la actuación administrativa sancionatoria se demuestra que se estuvo en presencia de un (sic) conducta anticompetitiva por **objeto**, y ella generó un **efecto** sobre la competencia en el mercado, la Autoridad de Competencia tiene la obligación de sancionarla por **efecto** (objeto + efecto = conducta sancionable por efecto).”<sup>169</sup>

<sup>166</sup> Resolución SIC No. 4191 de 2017. Pág. 37

<sup>167</sup> Comisión Europea. Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. 2011/C 11/01. Numerales 24-25.

<sup>168</sup> Resolución SIC No. 4191 de 2017. Pág 37

<sup>169</sup> Resolución SIC No. 46111 de 2011

Vemos así que aunque sea una conducta que se investigue y se sanciona por objeto, es decir, se reprocha por ser una conducta ilegal *per se*, es necesario establecer también la existencia y el alcance del efecto.

La SIC entonces, en esta conducta sanciona efectivamente la concertación para fijar un precio que no es fruto del ejercicio individual del empresario independientemente de la variabilidad respecto de la tasa por cobrar o de si efectivamente se realizó la fijación del precio<sup>170</sup>. Se sanciona también la imposición de represalias en caso de no llevar a cabo la conducta<sup>171</sup>. Además, se entiende que la SIC no discute el derecho de cobrar los precios o sumas por los

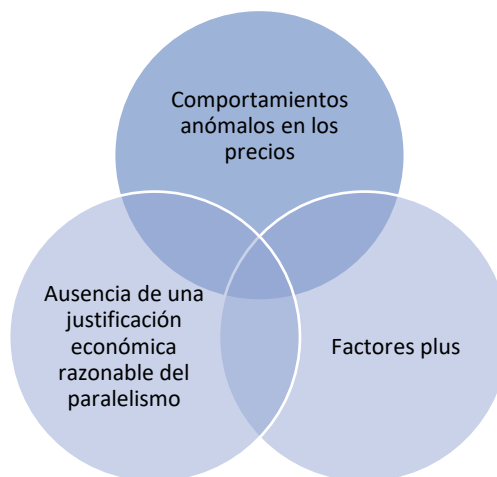


Figura 66. Elementos del paralelismo consciente. Fuente: SIC. Creación: Propia

servicios que presten las empresas, lo que resulta reprochable es “la manera como se concertó, comunicó e implementó el cobro(...), esto es, que haya sido fruto de un acuerdo ilegal de cartelización empresarial y no el resultado del ejercicio individual e independiente de cada agente del mercado”<sup>172</sup>.

La fijación de precios por medio de un acuerdo se reprocha de tal manera porque “uno de los principales componentes del sistema de libre competencia consiste en garantizar la libertad de entrada y salida a los mercados, lo cual se ve reflejado, entre otros aspectos, en la capacidad para que cada oferente determine independientemente el precio de sus productos, con base en su estructura de costos y las condiciones del mercado”<sup>173</sup>.

### **1. Acuerdo de fijación de precios con modalidad conscientemente paralela**

<sup>170</sup> Resolución SIC No. 4191 de 2017

<sup>171</sup> *Ibid.* Pág 36

<sup>172</sup> Resolución SIC No. 71692. Pág 130

<sup>173</sup> *Ibid.* Pág 133

El Consejo de Estado<sup>174</sup> ha establecido que un acuerdo con el efecto de fijar indirectamente los precios puede verse probado a través de las dinámicas del precio en tanto varían en los mismos períodos de tiempo y en igual proporción, aunque no necesariamente de manera exacta, pero sí con tendencias y variaciones armónicas<sup>175</sup>, y que dicha situación no corresponda a una justificación propia del mercado. Es de esta manera que para el Consejo de Estado resulta elemento probatorio suficiente para identificar un acuerdo de precios por vía de una práctica conscientemente paralela, la dinámica descrita, llamado paralelismo de precios. A su vez la SIC ha sostenido que además de la simetría de precios en un periodo de tiempo dado, con variaciones y tendencias homólogas, debe probarse también de factores adicionales que respondan a concertaciones de los agentes y que aludan a una abstención de competencia.

La acreditación de una práctica consciente deben resultar de la valoración, no aislada sino en conjunto, tanto de las características del mercado en cuestión como del comportamiento concreto de los investigados y las explicaciones del mismo. Es por esto que es necesario también acreditar el elemento consciente, una vez se haya identificado el paralelismo que en sí no es un elemento que entrañe una conducta ilegal.

En diferentes ordenamientos jurídicos se ha establecido cómo determinar el elemento consciente. En Europa, se acude a la teoría del “faisceau d’indices”, es decir, al estudio de variados elementos independientes pero complementarios que vistos en conjunto permiten identificar la comisión de la práctica antimonopólica<sup>176</sup>.

<sup>174</sup> Consejo de Estado. (i) Sentencia del 13 de noviembre de 2014, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Radicación: 2013-00254-01. Consejera Ponente: María Elizabeth García Gonzalez. (ii) Sentencia del 21 de agosto de 2014, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Radicación: 25000-23-24-000-2002-00909-01. Consejera Ponente: Maria Elizabeth García Gonzalez.

<sup>175</sup> Ver resoluciones 51694 de 2008 y 04946 de 2009. En: Res 71794 de 2011. Pág 55

<sup>176</sup> Así lo precisó la Comisión Europea en la decisión de 25 de abril de 2001, caso Société L. Brouillet. BOCC 23 de junio de 2001. Página 525. En: Resolución SIC No. 4946 de 2009. Pág 21

Puede identificarse a partir de diferentes elementos que reflejen el desarrollo de una conducta coordinada y armónica de agentes económicos que participan de un mismo mercado, buscando evitar la contienda propia de un escenario de competencia.

La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas ha sido constante en indicar que la existencia de un comportamiento paralelo no puede ser vista como la prueba de una concertación “a menos que la concertación sea la única explicación posible de tal comportamiento”<sup>177</sup>. En esta medida, para el juez comunitario europeo la exigencia de autonomía entre los operadores económicos si bien no excluye la posibilidad de adaptarse inteligentemente a un comportamiento constatado, sí se opone a todo contacto directo o indirecto entre agentes que tenga por objeto o por efecto influenciar el comportamiento en el mercado de un competidor actual o futuro<sup>178</sup>.

Debido a que la SIC debe demostrar que el comportamiento de los precios no puede ser explicado por razones del mercado, se puede hacer un análisis económico de los precios. La SIC ha usado para esto el filtro de *Hodrick-Prescott*<sup>179</sup>. A estos propósitos, el análisis genérico también impone considerar, entre otras cosas, que se haya descartado que el comportamiento paralelo haya sido el resultado de políticas unilaterales e independientes ejecutadas por los investigados. De la misma forma se deben apreciar en forma conjunta los indicios del comportamiento, constituidos entre otros y especialmente a partir de la evidencia de comunicaciones o intercambio de información directamente o a través de terceros por parte de los competidores.

<sup>177</sup> Razonamiento hecho expresamente por la Corte de Justicia de la Comunidad Europea en la famosa decisión “Pates des Bois” de 31 de marzo de 1993, al señalar que en caso de oligopolios la concertación se establece cuando “no existe ninguna explicación económicamente válida” o cuando constituye “la única explicación posible”.

<sup>178</sup> Corte de Justicia de la Comunidad Europea. Decisiones de 16 de diciembre de 1975, caso Suiker y de 18 de julio de 1999, caso Anic.

<sup>179</sup> Resolución SIC No. 81391 de 2017. Pág 6

En estos casos, la presencia de elementos probatorios, como por ejemplo documentos que soporten una planificación de las empresas, consistente con la práctica investigada<sup>180</sup> o la asistencia a reuniones en las cuales fueron intercambiadas informaciones sobre las políticas de comercialización o competencia por parte de las empresas investigadas<sup>181</sup>, serán elementos probatorios encaminados a demostrar que existió concertación entre las partes. También se tendrán en cuenta las comunicaciones intercambiadas entre lo(s) investigado(s) y terceros cuando las afirmaciones contenidas en las mismas coincidan con el comportamiento que los investigados hayan manifestado en el mercado<sup>182</sup>.

Además, la doctrina ha identificado que la presencia o ausencia de las condiciones favorables a la colusión sirven como un elemento más de análisis al momento de valorar las pruebas que dan cuenta de la presencia o ausencia del elemento consciente, requerido para la configuración de la práctica restrictiva de la competencia objeto de la presente investigación administrativa<sup>183</sup>. El análisis de Posner consiste en marcadores o factores que el autor ha identificado como “condiciones favorables a la colusión”. Algunos marcadores identificados durante las investigaciones de la SIC han sido:

1. Mercado concentrado por el lado de la oferta: “De acuerdo con este marcador, un mercado concentrado con pocos oferentes es más propenso a la formación de un acuerdo colusivo. Para comprobar si esto sucede en una

<sup>180</sup> Corte de Justicia de las Comunidades Europeas. 20 de abril de 1999, en el asunto LVM contra la Comisión Europea. Rec. II-931, puntos 7725-727. En: Resolución SIC No. 71794 de 2011. Pág 56

<sup>181</sup> Para la doctrina europea, si se demuestra que los competidores tuvieron una reunión o un contacto telefónico, incluso aislado, seguido de una práctica paralela, la autoridad de competencia presume la existencia de una concertación que afecta negativamente la competencia en el mercado. (Marie MALAURIE-VIGNAL. *Droit de la Concurrence interne et communautaire*. Sirey Université. 4ta edición. 2008. Página 212.). También, la sola “participación”, incluso pasiva de una empresa a una reunión que tuvo efectos anticompetitivos, basta por sí sola para demostrar su participación en la concertación (Corte de Justicia de la Comunidad Europea del 16 de noviembre de 2000, asunto 291/98 P, Sarrió: Rec. I-9991). Resolución SIC No. 71794 de 2011. Pág 56

<sup>182</sup> Decisión de la Comisión Europea CE del 2 de diciembre de 1981, en el caso “Hasselblad”. Resolución SIC No. 71794 de 2011. Pág 56

<sup>183</sup> Resolución SIC No. 81391 de 2017. Pág 56

industria, el autor propone realizar el cálculo de dos de los principales índices de concentración, la razón de concentración y el IHH”<sup>184</sup>.

2. Entrar al mercado toma un tiempo considerable
3. Demanda del mercado desconcentrada
4. La competencia en precios es más importante que otras formas de competencia
5. Estructura de costos y procesos de producción similares

Otra herramienta de análisis para la valoración conjunta de las pruebas son los marcadores de Harrington<sup>185</sup>. No constituyen una prueba concluyente sino más bien una evidencia económica circunstancial que “que evalúa el comportamiento de las empresas en el mercado y que daría cuenta, desde diferentes dimensiones, que, de cumplirse, existiría alta probabilidad de existencia de colusión o cartel empresarial en el mismo”<sup>186</sup>. Los marcadores se dividen en dos grupos: (i) aquellos relacionados con los precios, y (ii) aquellos relacionados con las cantidades.

Al respecto, la OCDE, en el documento “*Prosecuting Cartels Without Direct Evidence*” señaló que “la valoración de la evidencia de tipo circunstancial debe realizarse de manera holística, es decir, por medio de la evaluación conjunta o acumulativa de todas las pruebas, en vez de considerar que cada evidencia de manera independiente soporta de manera inequívoca la hipótesis del acuerdo”.

En este sentido, la OCDE señala que la evidencia circunstancial para la determinación de los factores plus puede derivar de:

- i) Evidencia de tipo económico, la cual puede clasificarse como:

<sup>184</sup> Indicadores ampliamente reconocidos y utilizados por autoridades de competencia del mundo, como el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos o la Comisión Europea. En: Resolución SIC No. 81391 de 2017. Pág 56

<sup>185</sup> Harrington Jr., Joseph E. Behavioral Screening and Detection of Cartels. European University Institute. Robert Schuman Centre for Advanced Studies. EU Competition Law and Policy Workshop/Proceeding. 2006. En: Resolución SIC No. 81391 de 2017. Pág 99.

<sup>186</sup> Resolución SIC No. 81391 de 2017. Pág 99.

- a. Evidencia relacionada con la estructura del mercado
  - b. Evidencia de prácticas facilitadoras
  - c. Evidencia comportamental
- ii) Comunicaciones e intercambio de información entre competidores que reflejen una actitud cooperativa o que se encuentren encaminadas a eliminar la incertidumbre de la competencia<sup>187</sup>.

La doctrina reconoce la importancia de los factores plus o adicionales que corresponden a evidencia circunstancial que en conjunto constituiría pruebas indirectas de una cartelización de agentes en el mercado<sup>188</sup>.

Tanto en Colombia como en los demás países del mundo, se tiene que el estándar de prueba para un cartel empresarial en la modalidad de acuerdo requiere prueba directa mientras que para un acuerdo competitivo en modalidad de paralelismo consciente no la requiere<sup>189</sup>. En conclusión, para el caso de una investigación relacionada con una práctica conscientemente paralela, la Superintendencia de Industria y Comercio, una vez identificado el paralelismo acudirá a la valoración conjunta de los diferentes elementos de prueba de modo que le permitan constatar si existe o no una concertación con fines anticompetitivos<sup>190</sup>.

<sup>187</sup> Íbid Pág 106

<sup>188</sup> Íbid.

<sup>189</sup> Íbid Pág 81

<sup>190</sup> Resolución SIC No. 51694 de 2008. En: Resolución SIC No. 71794 de 2011. Pág 57

## **Elementos que pueden probar el paralelismo consciente**

- i) El mercado afectado en la investigación contiene todas las condiciones económicas que lo convierten en altamente propenso a la cartelización empresarial.
- ii) La existencia de historial de investigaciones y antecedentes sancionatorios por violación del régimen de competencia.
- iii) Que se encuentre demostrado un comportamiento de precios paralelo que corresponde más a un escenario colusivo que a uno de competencia.
- iv) Que los investigados no ofrecieron una explicación económicamente razonable ni verídica del paralelismo y de la manera como fijan los precios<sup>191</sup>.
- v) Valorada en conjunto con las demás pruebas, los demás comportamientos que den cuenta del ambiente de cooperación y propósito de no competir que rige las relaciones entre los investigados, que acredita el elemento consciente de la conducta investigada<sup>192</sup>.
- vi) Las evidencias circunstanciales, o factores plus, se analizan en su conjunto para acreditar el elemento consciente de la conducta investigada.

## **Otras modalidades de fijación de precios**

Además de la modalidad de fijación de precios paralelamente consciente, puede de manera general darse un acuerdo de fijación de precios, ya sea bajo la modalidad de práctica concertada o de acuerdo.

Las maneras en las que esta se puede configurar se pueden constatar de las siguientes maneras:

<sup>191</sup> Resolución SIC No. 81391 de 2017. Pág. 107

<sup>192</sup> Íbid. Pág 111

- Seguimientos sobre el cumplimiento de las obligaciones del acuerdo
- Existencia de canales de comunicación sobre quejas y reclamos por desviaciones de lo acordado, acudiendo a veces a la advertencia de represalias<sup>193</sup>
- Un porcentaje de alza en los precios de los productos
- Compartir información de distribuidores para “sintonizar” el comportamiento de las empresas frente a ellos
- Una política de no sostener el mismo precio al cliente por periodos

De la mano de estos comportamientos se llevaban a cabo conductas que rigen de manera coetánea el acuerdo como lo son las regulaciones o concertaciones sobre estrategias de comercialización; políticas o estrategias de mercadeo; estrategias financieras y de crédito; y restricción del abastecimiento y distribución de los productos<sup>194</sup>.

Entendiendo que es una conducta que sanciona por objeto pero que también debe medirse su efecto y que durante los últimos diez años han existido diferentes carteles de larga duración, la SIC ha debido medir el impacto de estos carteles<sup>195</sup>. Esto lo hace a través de un ejercicio teórico de cuantificación del impacto económico o del daño potencial del cartel para dar un aproximado de la afectación que tuvo este comportamiento en el mercado<sup>196</sup>. La afectación producida por el cartel empresarial trasciende el daño generado a los consumidores y afecta la economía en general, generando ineficiencias innecesarias en el mercado<sup>197</sup>.

<sup>193</sup> Resolución SIC No. 43218 de 2016. Pág 78

<sup>194</sup> Resolución SIC No. 54403 de 2016. Pág. 30

<sup>195</sup> Resolución SIC Nos. 31749 de 2012, 54403 de 2016, 43218 de 2016, 81391 de 2017

<sup>196</sup> Resolución SIC No. 31739 de 2010. Pág 164

<sup>197</sup> Íbid. Pág. 169

### **4.1.2. Discriminación**

#### **Acuerdo Vertical**

Aunque puede determinarse que haya una fijación de precios dentro de la cadena de valor, es decir, un acuerdo vertical, puede que este no obedezca a infracciones de las normas de competencia, sino que el acuerdo es dado por un contrato que esta regido por derecho comercial. El análisis para descartar que sea un acuerdo vertical requiere que se cumplan ciertos elementos necesarios<sup>198</sup>. Además, debe analizarse el beneficio adquirido en la actividad pues este análisis económico puede tanto ser un determinante en las conductas investigadas pues puede motivar a llevar a cabo prácticas anticompetitivas, como un indicio de que la conducta tuvo un efecto en el mercado y la conducta anticompetitiva produjo un beneficio para los infractores.

### **4.1.3. Repartición de mercados**

Puede encontrarse evidencia del acuerdo de repartición de mercados, pero si no se encuentra evidencia de que se llevó a cabo dicha repartición, solo puede sancionarse dicho acuerdo, pero no su extensión en el tiempo, como en el caso CDA Ibagué<sup>199</sup>.

### **4.1.4. Asignación de cuotas de producción o suministro**

En el caso que se presentó el acuerdo mediante la asignación de cuotas de producción o suministro se evidenció la desnaturalización que existió entre una herramienta de estabilización de precios y una asignación de cuotas<sup>200</sup>.

<sup>198</sup> Resolución SIC No. 62104 de 2012. Pág 22

<sup>199</sup> Resolución SIC No. 13483 de 2012

<sup>200</sup> Resolución SIC No. 80847 de 2015. Pág. 41

El legislador autorizó mediante la Ley 101 de 1993 establecer:

1. Un precio o una franja de precios como referencia;
2. La cotización fuente del precio del mercado internacional;
3. La diferencia entre la referencia y la cotización fuente que ocasiona la causación de una cesión o una compensación”<sup>201</sup>.

Pero se dio una “discordancia significativa entre los lineamientos expresamente establecidos por la Ley y el Decreto, y la metodología diseñada por el Comité FEPA”<sup>202</sup>. Es aquí donde podemos evidenciar que, si bien el Estado, más específicamente el legislador, puede establecer precios referencia, no es lo mismo que asignación de cuotas entre los competidores.

#### **4.1.5. Limitación, repartición o asignación de fuentes de abastecimiento**

Cuando la información de un área dentro de un mercado es necesaria para el funcionamiento del mismo, como en la industria de la pauta publicitaria en medios de comunicación, es necesario tener libertad en el manejo de esta. Es aún más reprochable que dicha manipulación de las fuentes de abastecimiento se hagan en detrimento de los demás competidores<sup>203</sup>.

Además de que está consagrada la conducta anticompetitiva en la legislación, la SIC se apoya en la doctrina de la Unión Europea para señalar que existen muchos otros acuerdos diferentes a la fijación de precios, tales como el control de la producción y la repartición de mercados<sup>204</sup>. Más allá del parámetro internacional, es claro que en la legislación colombiana considera que existe una peligrosidad

<sup>201</sup> Íbid. Pág. 42

<sup>202</sup> Íbid. Pág. 41

<sup>203</sup> Resolución SIC No. 23890 de 2011. Pág. 35

<sup>204</sup> Íbid.: “Véase como ejemplo: C-306/96 Javico V Yves St Laurent, (1998) ECR I-1983; Case COMP/29.373 Vlista International, European Commission, (2002) OJ L318/17. También véase: Commission Guidelines on the Application of (Article 101 TFEU) (2004) OJ 101/97, 21-22

intrínseca en los acuerdos que tienen por objeto la limitación de fuentes de abastecimiento e insumos.

Las cláusulas entre las empresas que compran y los proveedores también pueden ser objeto de análisis para acreditar este supuesto fáctico. En el caso Ingenios no fue suficiente para alcanzar el estándar probatorio, pues, aunque el acervo probatorio constara de intercambio de comunicaciones que demostraran que las decisiones de oferta de los contratos no eran autónomas de cada ingenio, hubiese intercambio de información sensible sobre predios en negociación y renovación de contratos, no se llegó a un estándar probatorio en el que hubiera probabilidad razonable de que esta modalidad de acuerdo se hubiese llevado a cabo.

#### **4.1.6. Colusión en licitaciones públicas**

A la luz de la SIC en este tipo de conducta lo que es reprochable es que dos o más proponentes realicen un acuerdo para modificar de manera artificial la adjudicación de una licitación pública. La actuación defraudatoria afectaría el interés público y los demás proponentes participantes en la competencia por dicho mercado<sup>205</sup>. También se le conoce como *bid rigging* o *collusive tendering*. Al respecto la OCDE se ha pronunciado al respecto, considerando que esta conducta es de una de las de mayor impacto pues afectan el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica y los bienes y recursos públicos.

Es por esto que, aunque no se adjudique la licitación a la(s) empresa(s) que incurrieron en la colusión, se configura la conducta en tanto es un acuerdo restrictivo y este es ilegal, tanto si es por objeto (comportamiento idóneo para configurar la conducta prohibida) como por efecto (si se materializan los efectos que la Ley pretende evitar. Por lo mismo, no se puede considerar una responsabilidad

<sup>205</sup> Resolución SIC No. 39758 de 2017. Pág 8

subjetiva, sino objetiva pues solo se observa la idoneidad de la conducta para afectar la libre competencia y no la intención subjetiva del infractor<sup>206</sup>.

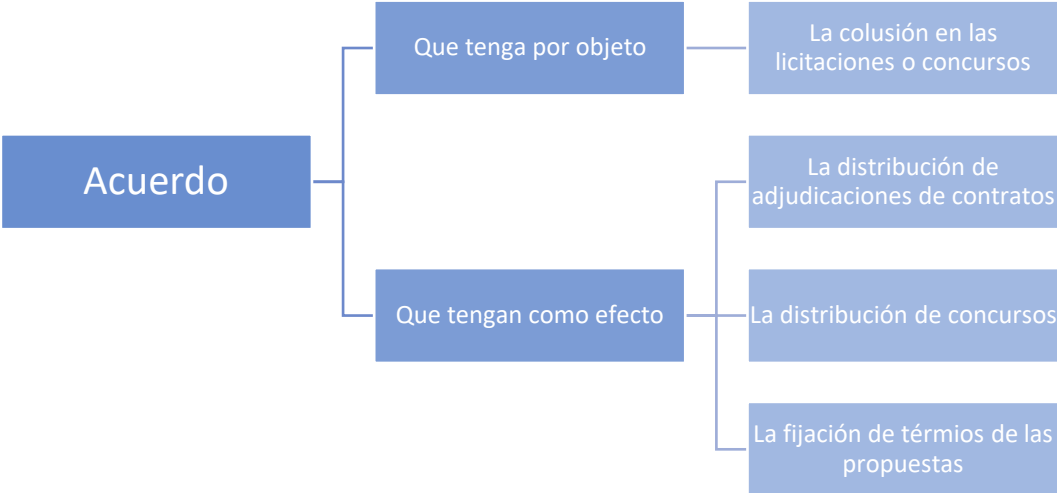


Figura 67. Descripción de la conducta de colusión en licitaciones. Fuente: Elaboración SIC contenida en la página 88 del Informe Motivado. En: Resolución SIC No. 83037 de 2014.

Es una conducta de tracto sucesivo pues es un acuerdo para coordinar las propuestas falsamente competitivas, presentación y mantenimiento de estas, y de las conductas que coinciden con la colusión. Si se declara desierto el proceso o no se adjudica a los coludidos – no produjo efectos el acuerdo o si se adjudica – en caso tal se logró tanto el objeto como el efecto.

<sup>206</sup> Íbid. Pág 33

Los elementos característicos de la colusión son<sup>207</sup>:

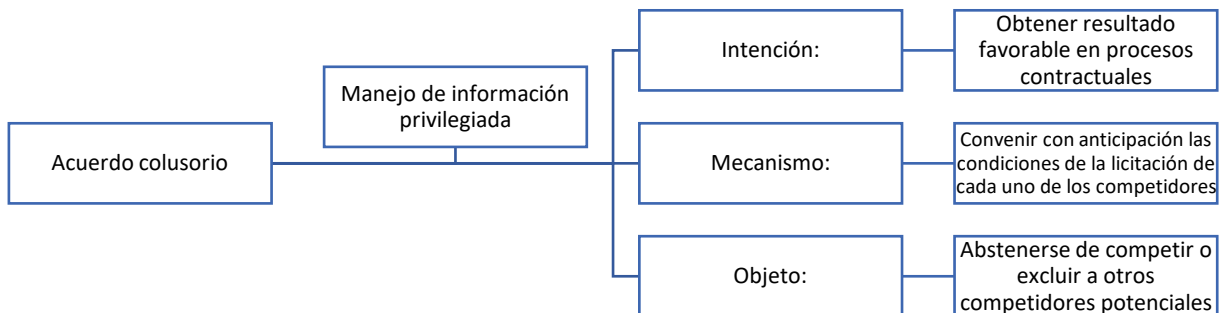


Figura 68. Elementos Característicos de la Colusión. Fuente: SIC. Creación: Propia

### Elementos analizados:

En esta conducta se analiza (1) el mercado relevante afectado, que se limita a aquel creado por el proceso de selección contractual; (2) la conducta, es decir, el acervo probatorio que acredite las características que componen la prohibición; (3) las responsabilidades de las conductas ejecutadas y probadas, teniendo en cuenta que es objetiva y no subjetiva, y, por lo tanto, si su conducta fue idónea para causar afectación a la

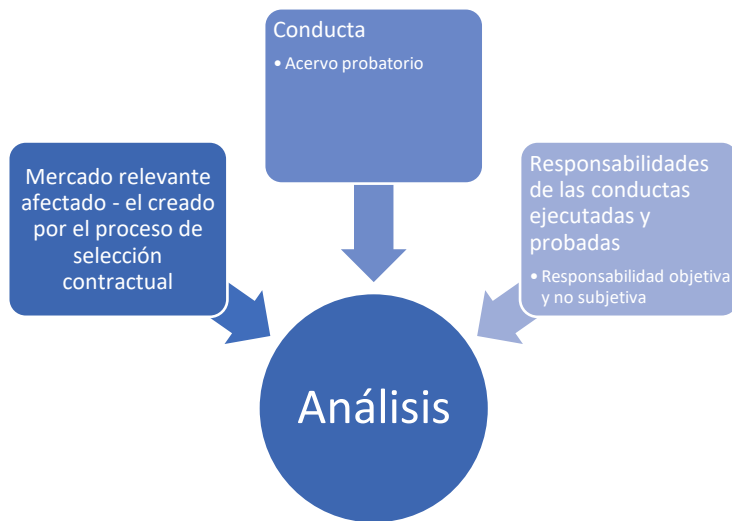


Figura 69. Elementos de análisis en la investigación de Colusiones. Fuente: SIC. Creación: Propia

<sup>207</sup> Resolución SIC No. 1055 de 2009. Pág. 11

libre competencia. Esta situación es corroborada por el Consejo de Estado<sup>208</sup>, en donde basta los actos preparativos en donde se demuestre que la conducta esta encaminada **potencialmente** a generar el daño al bien jurídico tutelado.

Es importante resaltar que, por la misma naturaleza de la responsabilidad objetiva, la buena fe no exime de responsabilidad frente al incumplimiento de las normas del régimen de competencia, es decir, no se exime por falta de dolo porque sería equivalente a condonar los acuerdos en razón de la supervivencia de una industria, pero en perjuicio de los consumidores<sup>209</sup>. No obstante, la SIC ha considerado que cuando se puede probar que, a pesar de su condición de involucrado en la colusión, no había forma por la condición societaria que ostentaba de conocer del acuerdo secreto de colusión, se exime de responsabilidad<sup>210</sup>. Una excepción a la regla de culpabilidad que rige en esta conducta.

Los efectos negativos<sup>211</sup> contemplados son los que determinan el peso de las pruebas indiciarias que se tendrán en cuenta para acreditar la existencia de la colusión, pero no se especifica una verdadera medida de efectos reales y efectivamente negativos.

<sup>208</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 28 de enero de 2010, Expediente 25000-23-24-000-2001-00364-01. C.P.: Maria Claudia Rojas Lasso. En: Resolución SIC No. 83037 de 2014. Pág. 95

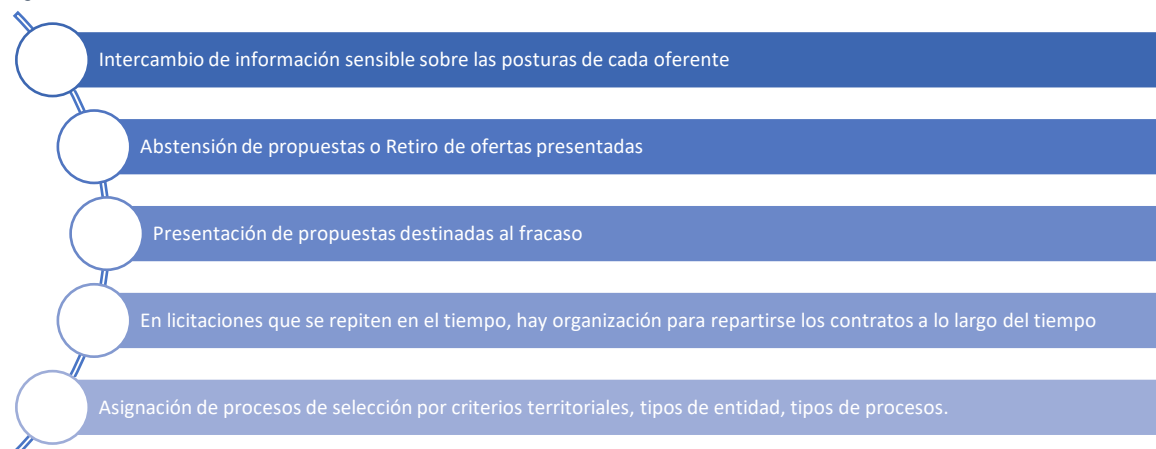
<sup>209</sup> Resolución SIC No. 40875 de 2013. Pág. 79

<sup>210</sup> Resolución SIC No. 83037 de 2013. Pág. 99

<sup>211</sup> Reiterado en varias resoluciones: Resoluciones SIC Nos. 58961 de 2018, 39758 de 2017, 35120 de 2017. En: Resolución SIC No. 64400

## Los indicadores de la conducta pueden ser<sup>212</sup>:

Figura 70. Indicadores de la Conducta de Colusión



Otras modalidades pueden darse a través de la existencia de varias propuestas aparentemente independientes pero que obedecen a los mismos intereses, ya sea que hacen parte del mismo grupo de interés económico, existe una subordinación entre estos mismos o existen vínculos de índole económica, personal, familiar o afectivos entre los miembros directivos de las empresas oferentes. En las señales de advertencia que han desarrollado la SIC a través de los lineamientos de la OCDE<sup>213</sup>, se ha detectado que las características de los procesos de selección de licitaciones públicas se hacen muy similares, junto con estructuras de negociaciones dentro de los acuerdos para repartirse entre los que se han colusionado.

Para alcanzar el estándar probatorio, se debe hacer un análisis de la idoneidad de la conducta. Esta se determina a través de los actos que debieron llevar a cabo para 1) aumentar la posibilidad de obtener la adjudicación de los contratos y acordar con los demás para abstenerse de presentar propuestas; 2) disminuir la posibilidad de los otros participantes de ser seleccionados con sus propuestas. Esto a su vez se

<sup>212</sup> Resolución SIC No. 40901 de 2012, confirmada mediante Resolución SIC No. 53959 de 2012. En: Res 35120 de 2017. Pág 15. Y en Superintendencia de Industria y Comercio, “Guía Práctica para combatir acuerdos colusorios en procesos de contratación estatal”. Pág 13. Resolución SIC No. 35120 de 2017. Pág. 16

<sup>213</sup> “Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), “Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas”, página 14. “Superintendencia de Industria y Comercio, “Guía Práctica para combatir acuerdos colusorios en procesos de contratación estatal”, páginas 10 a 12. En: Resolución SIC No. 39758 de 2017. Pág. 10

hace a través de análisis económicos. La SIC cuenta con medidas matemáticas para determinar la probabilidad de la adjudicación del contrato a través de la colusión que se observa que no siempre son usadas, ni las mismas ni en todos los casos.

La SIC en diferentes casos ha propuesto mecanismos de evaluación matemáticos para:

- Determinar las posibilidades de ser adjudicados los contratos en diferentes escenarios: competitivos y aquellos con colusión<sup>214</sup>.
- Calcular la posibilidad de ser elegido por colusión en licitaciones públicas<sup>215</sup>.
- Calcular los beneficios esperados para el que colude<sup>216</sup>.
- La maximización del licitante en un escenario competitivo en comparación con dos licitantes que coluden<sup>217</sup>.
- Medir la valoración económica de las ofertas para determinar la existencia del indicio<sup>218</sup>, a través del porcentaje de éxito de cada proponente alterando la variable de proponentes hipotéticos<sup>219</sup>.
- Se describen también las normas de valoración a través de la teoría de juegos en un marco de juego estático<sup>220</sup>. Se hace un análisis de equilibrio estratégico respecto de las ofertas económicas para comparar el escenario competitivo (sin prácticas anticompetitivas) y aquel con colusión del grupo empresarial.
- Hacer un comparativo: la eliminación de la competencia a través de reglas de evaluación de las ofertas contenidas en los pliegos en contraste con la variable del número de licitantes que se presentan al proceso<sup>221</sup>.

<sup>214</sup> Resolución SIC No. 64400 de 2011. Pág. 3

<sup>215</sup> Resolución SIC No. 1055 de 2009. Pág. 17

<sup>216</sup> Resolución SIC No. 40875 de 2013. Pág. 55

<sup>217</sup> Íbid. Pág. 38

<sup>218</sup> Resolución SIC No. 83037 de 2014. Pág. 28

<sup>219</sup> Íbid. Pág. 89

<sup>220</sup> Resolución SIC No. 54693 de 2013. Pág. 59

<sup>221</sup> Resolución SIC No. 53991 de 2012. Pág. 82 y Resolución SIC No. 40835 de 2013. Pág. 36

Debido a la imposibilidad de determinar la intención de colusión dentro de la mente de los infractores, lo que se puede lograr es demostrar el objetivo de un acuerdo anticompetitivo a través de indicios, inferencias y presunciones<sup>222</sup>.

La existencia de una conducta colusoria se lleva a cabo del análisis de indicios evaluados uno a uno y en su conjunto. Esta situación es corroborada por el Tribunal de Defensa de la Competencia de España que establece que los indicios han de estar plenamente probados y que tienen una mayor operatividad en el campo de la defensa de la competencia, pues “difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida”<sup>223</sup> y por la autoridad argentina de la Competencia que también determina la imposibilidad de probar estas conductas de forma directa y que por lo tanto debe recurrirse a una prueba indirecta, es decir, indicios y presunciones<sup>224</sup>.

Todas estas no son pruebas directas y necesarias, sino que construyen el acervo probatorio: indicios con los cuales se construye la acreditación de la conducta con lo que la ausencia de uno no implica la inexistencia total de la conducta restrictiva<sup>225</sup>.

En esta conducta no se reprocha una estrecha relación, sino que se reprocha hacer uso de esa relación presentándose como competidores cuando en realidad no lo son. Y para poder probar que hay un acuerdo colusorio y no una simple relación comercial estrecha se observa la similitud de las características societarias que puedan encontrarse: similitud en las propuestas, objetos sociales similares, capacidad financiera, fechas para escoger representantes legales, mismos domicilios en diferentes periodos, personal compartido<sup>226</sup>, origen geográfico común,

<sup>222</sup> Resolución SIC No. 83037 de 2014. Pág 45

<sup>223</sup> Resolución (Expediente. 612/06, Aceites 2). En Madrid, a 21 de junio de 2007. [www.tdcompetencia.es](http://www.tdcompetencia.es). En: Resolución SIC No. 64400 de 2011. Pág. 18

<sup>224</sup> Reiterado en la Resolución SIC Nos. 54695 de 2013, 54693 de 2013)

<sup>225</sup> Resolución SIC No. 58961 de 2018. Pág 48. Se reitera en Resolución SIC No. 40875 de 2013.

<sup>226</sup> Resolución SIC No. 58961 de 2018. Pág. 52

dinámicas comerciales que no prueban grupos empresariales pero existen entre los agentes consorcios y/o uniones temporales<sup>227</sup>.

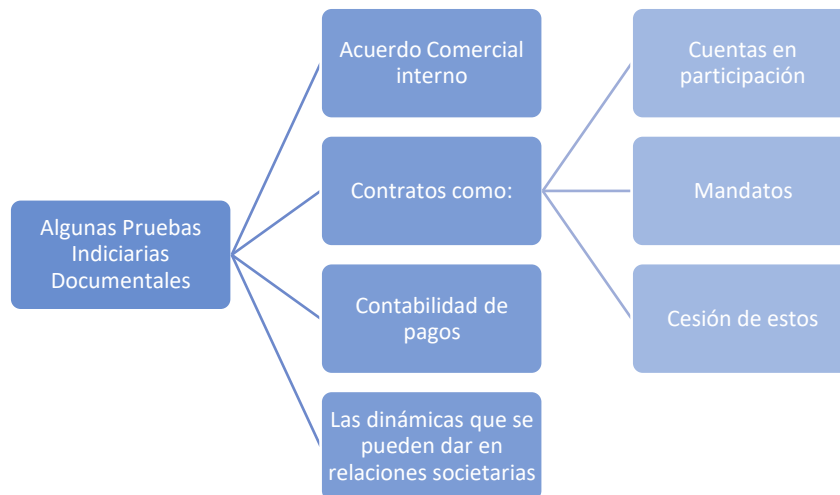


Figura 71. Pruebas Indiciarias Documentales para Colusiones. Fuente: SIC. Creación: Propia

La racionalidad de las ofertas a través de análisis económicos es el primer indicio que se analiza y es aquí donde, aunque exista una irracionalidad de las ofertas pues el valor de la propuesta puede dar pérdidas para el proponente, si no se encuentran otros indicios, no es suficiente para concluir un acuerdo de colusión<sup>228</sup>.

Si bien el análisis económico que se hace para determinar las diferentes variables en las propuestas y en la adjudicación de las propuestas, por si solo no es suficiente como prueba de un acuerdo colusorio. Como se evidencia en la Res 12461 de 2012 en la que se archivó una investigación pues no había evidencia de indicios de información compartida, actos colaborativos o de actuación conjunta que hubieran permitido “establecer de manera **concluyente** que la conducta revelada y el aparente carácter irracional de hacer una propuesta a la baja, responda a un acuerdo colusorio”<sup>229</sup>. La carga de la prueba reside en la SIC para determinar que las coincidencias documentales indiquen la colusión de las partes para afectar el

<sup>227</sup> Resolución SIC No. 39758 de 2017 y también se ve el mismo análisis probatorio en Res 64400 de 2011

<sup>228</sup> Resolución SIC No. 47481 de 2010. Pág. 3

<sup>229</sup> Resolución SIC No. 12461 de 2012. Pág 10

proceso licitatorio<sup>230</sup>, es decir, que los actos que se llevaron a cabo correspondían a una estructura óptima de colusión<sup>231</sup>.

El nivel de certeza que se alcance a través de las pruebas parece determinar más severidad en las multas. Además, la efectividad del acuerdo también incide en la gradación de la multa, entre menos eficaz fuera el mecanismo colusorio para obtener la adjudicación menor es la multa, resultando casi pedagógica. Lo que se castiga siempre con severidad es la relación pre contractual y la coincidencia de relaciones, contabilidad, direcciones, propuestas de los oferentes. Es reforzado el reproche si en efecto la colusión deviene en la adjudicación.

#### **4.1.7. Obstrucción de acceso a los mercados o a los canales de comercialización**

La SIC estima necesario diferenciar entre:

- i) Una negativa a contratar realizada por un agente de un mercado específico y;
- ii) Negativa acordada por dos o más competidores o participantes en alguno de los eslabones de la cadena de valor, a través de un instrumento contractual.

En la primera se da por una suerte contractual y se actúa de manera autónoma en el libre juego del mercado y en la segunda, confluyen voluntades para implementar una restricción exclusoria<sup>232</sup>.

Se sanciona con mayor severidad el acuerdo debido a un principio desarrollado que la doctrina sintetiza en *la posibilidad de negar unilateralmente un negocio*, no obstante, el inhibir el acceso al mercado a cualquier otro agente económico para

<sup>230</sup> Resolución SIC No. 40835 de 2013. Pág. 35

<sup>231</sup> Resolución SIC No. 47481 de 2010. Pág. 22

<sup>232</sup> Resolución SIC No. 23890 de 2011. Pág. 41

evitar la competencia entre ellos es lo reprochable<sup>233</sup>. Otra situación de análisis dentro de estas conductas es el efecto exclusorio que pueda tener el comportamiento. No se configura solamente con que se de la restricción, sino que efectivamente se excluyan a los otros competidores. Esto es porque la obstrucción de algunos mercados también depende de la regulación de los sistemas que dependan las empresas, los obstáculos que puedan surgir se pueden dar en razón de las normas que regulen dichos procesos, siendo así una conducta legal.

También puede llevarse a cabo bajo la modalidad de práctica concertada, en la que constituyen actividades complejas donde se debe analizar cada una de ellas y en conjunto para determinar la existencia de la concertación de esta práctica anticompetitiva. Lo que se observa es que:

*“Los agentes actúan en forma coordinada, generando un patrón de comportamiento uniforme sobre variables cuyo desarrollo en condiciones de competencia debe corresponder a estrategias individuales de quienes lo integran. Una vez identificada la sincronía en el patrón de comportamiento, la prueba de la existencia de una concertación con fines anticompetitivos debe resultar de la valoración, no aislada en conjunto, tanto del mercado en cuestión, como del comportamiento concreto de los investigados y las explicaciones del mismo”<sup>234</sup>.*

<sup>233</sup> Lawrence A. Sullivan. The Law of Antitrust an Integrated Handbook. (2000) pg 267. En: Resolución SIC No. 23890 de 2011. Pág. 42

<sup>234</sup> Resolución SIC No. 65477 de 2010. Pág. 43

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea aclaró en el caso Anic, los elementos exigidos para identificar una “práctica concertada”:



*Figura 72. Elementos para identificar una práctica concertada. Fuente: Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Creación: Propia*

Resulta a veces complejo distinguir entre práctica concertada y acuerdo, no obstante, la Comisión Europea “en los asuntos de cárteles, alega a menudo la existencia de un acuerdo y/o práctica concertada sin diferenciar entre ambos. En realidad, el concepto de práctica concertada adquiere importancia únicamente en los casos en los que la Comisión Europea o el Tribunal solo cuenta con pruebas indiciarias y muy indirectas de una supuesta infracción”<sup>235</sup>.

Se ha encontrado que algunos de los elementos probatorios para acreditar esta conducta pueden ser:

- Correos
- Documentos empresariales que constaten las políticas internas
- Negociaciones con diferentes competidores

<sup>235</sup> Íbid. Pág. 22

- Campañas para desestimular la adquisición de productos de los competidores<sup>236</sup>.

Al respecto la SIC acogió la posición del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en las que se entiende que aunque las estrategias se llevan a cabo individualmente en cada empresa,

*“ese solo hecho no prueba la inexistencia de la práctica concertada, pues esta práctica se patentiza con un conjunto de acciones concomitantes entre competidores que, sin importar la forma que revistan, al ser estudiadas conjuntamente reflejan una unidad de objeto y propósito de acción, el cual no tiene razonabilidad económica alguna, a menos que provenga del concurso de competidoras y tenga como fin excluir a uno o varios competidores del mercado. Así, tal como lo ha indicado la doctrina europea, la acción supuestamente independiente no basta para excluir su responsabilidad”<sup>237</sup>.*

### **Cláusulas de exclusividad**

Al respecto, la doctrina argentina ha establecido que la existencia de este tipo de cláusulas “favorece la fidelización de los clientes, llevando a una situación de reparto implícito entre los actores de mercado. En efecto si quien ha contratado con una empresa la provisión de un cierto bien o servicio solo puede cambiar de proveedor pagando una determinada suma por rescindir su contrato, esto hará que una cierta

<sup>236</sup> Íbid. Pág. 27

<sup>237</sup> Tribunal de Justicia de las Comundiades Europeas Asunto C-49/92 P Comisión de las Comunidades Europeas / Anic Partecipazioni SpA Competencia. Boletín Económico de ICE N° 2640 del 10 al 23 de enero de 2000 57. En: Resolución de la SIC No. 65477 de 2010. Pág. 32

porción de la clientela se vea momentáneamente cautiva de su actual proveedor y le quitara (sic) incentivos a los restantes oferentes (...)”<sup>238.</sup>”

Entre los efectos de las cláusulas de exclusividad que distorsionan la libre competencia, se encuentran<sup>239</sup>:

- Excluir o eliminar agentes de los canales de distribución en el mercado secundario o de abajo
- Generar barreras de entrada o de expansión
- Facilitar la cartelización al negarle a los compradores la oportunidad de forzar competencia entre los distribuidores

La Corte Constitucional en sentencia C-535 de 1997 señala que estas resultan anticompetitivas si tienen un efecto real en la restricción de la competencia para lo cual es necesario analizar varios aspectos del mercado respectivo y de los competidores dentro del mismo<sup>240</sup>.

#### **4.1.8. Acuerdos en el sector solidario**

Debe tenerse en cuenta que el sector de la salud lo compone un mercado que la teoría económica denomina de dos lados, pues aquellas entidades que prestan el servicio de salud tienen tanto el mercado con los afiliados como el mercado con las entidades que regulan su servicio. Asimismo, este sector sigue el modelo del mercado de aseguramiento en donde se caracteriza por tener un pluralismo estructurado: pluralismo pues evita los extremos del monopolio en el sector público y la atomización en el sector privado; y estructurado ya que evita los extremos de

<sup>238</sup> COLOMA, German. La Defensa de la Competencia, Análisis económico comparado. Editorial Buenos Aires 2003. Resolución de la SIC No. 65477 de 2010. Pág. 32

<sup>239</sup> Resolución SIC No. 65477 de 2010. Pág. 36

<sup>240</sup> Íbid. Pág. 37

los procedimientos autoritarios del gobierno y la ausencia anárquica de reglas del juego transparentes para evitar o compensar las fallas del mercado<sup>241</sup>.

Este sector también ha regulado diferentes modalidades de acuerdos anticompetitivos en los que se pueden dar las siguientes conductas:

### **Abstención de afectar la oferta de la prestación de servicios de salud**

El artículo 5 del Decreto 1663 de 1994 contiene los que son considerados acuerdos contrarios a la libre competencia en el mercado de servicios de salud.

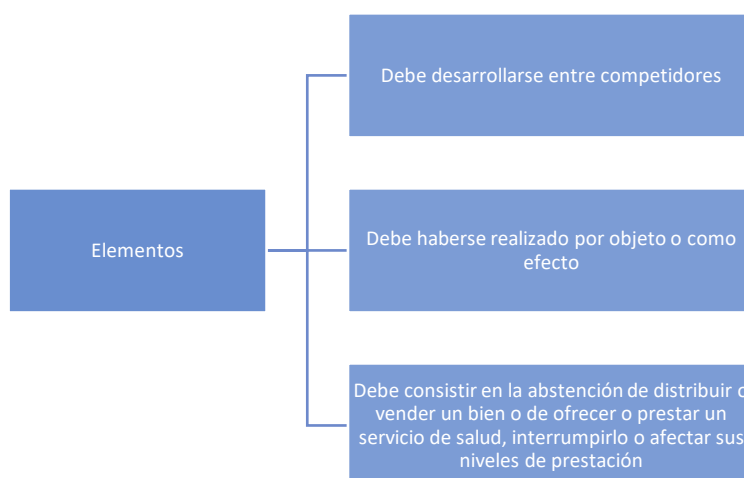


Figura 73. Elementos que componen los acuerdos dentro del mercado de servicios de salud. Fuente: SIC. Creación: Propia

La SIC hace un recuento<sup>242</sup> de las ocasiones en las que se ha pronunciado sobre las conductas por objeto anticompetitivas y que no es necesario que se acredite el efecto para poder constituir el objeto. Además, encontramos que el objeto “se define como la potencialidad de una conducta para causar daño a un mercado o el fin con que se produce una acción u operación, sin que sea necesario que el resultado esperado su produzca”<sup>243</sup>.

<sup>241</sup> Resolución SIC No. 46111 de 2011. Pág 59

<sup>242</sup>: Caso DERILAC, ANDEVIP, ANATO, ASONAV.

<sup>243</sup> Íbid. Pág. 95

Para acreditar esta conducta se consideran las pruebas en conjunto, pues se trata de una conducta sistemática y continuada en el tiempo<sup>244</sup>. Las pruebas indiciarias e indirectas son las idóneas “en aquellas situaciones en que la autoridad de competencia se encuentra frente a la existencia de una posible cartelización en donde es obvio que una prueba escrita y/o directa es de difícil por no decir imposible, consecución”<sup>245</sup>, posición reiterada por la Comisión Nacional de la Defensa de la Competencia de España<sup>246</sup>.

Existen algunos medios probatorios mencionados por la OCDE para acreditar acuerdos<sup>247</sup>:

- Aplicación de programas de clemencia para obtención de información directa de la realización de la conducta
- La realización de visitas sorpresa en las instalaciones de las empresas
- Obtención de información de tipo electrónico
- Testimonios
- Intercambio de información a través de asociaciones

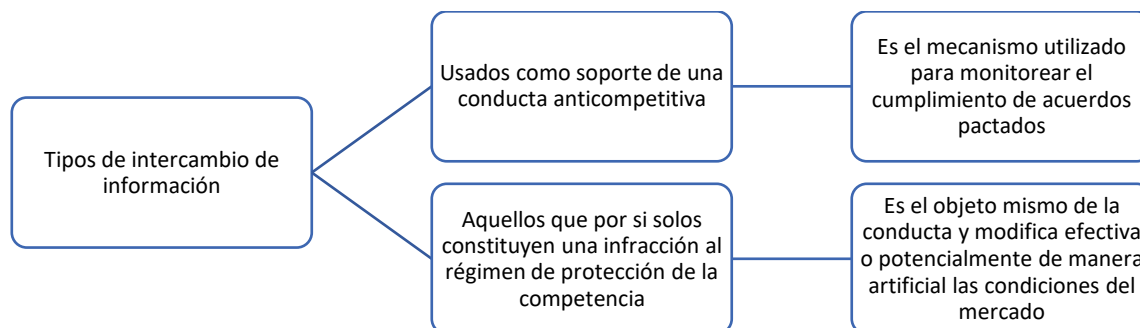


Figura 74. Tipos de intercambio de información para colusiones. Fuente: Resolución SIC No. 46111 de 2011. Creación: Propia.

<sup>244</sup> Íbid. Pág. 73

<sup>245</sup> Íbid. Pág. 98

<sup>246</sup> Dirigido al Secretario de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción, Expediente 064-011323/2001 SB-EV-HS, Dictamen No. 510 8 de julio de 2005. Pág. 118.

<sup>247</sup> Fighting Hard Core Cartels: Recent Progress and Challenges ahead 2003. Resolución SIC No. 46111 de 2011. Pág. 98

Este punto es de riguroso análisis pues la OCDE ya ha hecho hincapié en que, si bien las asociaciones pueden ser entidades benéficas, también “tienen la potencialidad de convertirse en un centro idóneo para la realización de conductas anticompetitivas por parte de sus asociados”<sup>248</sup>. Esta es una posición tomada por la doctrina<sup>249</sup> y diferentes entes como la Comisión Federal de la Competencia de Estados Unidos<sup>250</sup>, la Fiscalía Nacional Económica de Chile<sup>251</sup> y la SIC en Colombia<sup>252</sup>. Se reprocha entonces, la recolección de información sensible que pueda afectar el funcionamiento competitivo mismo del mercado<sup>253</sup>. La investigación no debe ni siquiera llevarse a cabo respecto de los estados financieros pues no requiere la configuración del efecto anticompetitivo, solamente la materialización del objeto<sup>254</sup> y la potencial afectación al mercado<sup>255</sup>.

No obstante, vale la pena cuestionar las investigaciones en tanto que, para el sector de la salud, son repetitivas las prácticas en donde las asociaciones gremiales se ven en la necesidad de actuar como representantes de los asociados e interferir ya sea en las tarifas, en qué constituye o no las coberturas de salud y el proceso de contratación. Queda el interrogante sobre la necesidad de acudir a conductas que afectarán la competencia en aras de querer dinamizar el mercado de la salud. No es cuestión ya de poner en tela de juicio si fue anticompetitivo o no pues esto es

<sup>248</sup> OECD (2008), Pro-Competitive and Anti-Competitive Aspects of Trade/Business Associations (DAF/COMP (2007)45), November. Ver <http://www.oecd.org/dataoecd/40/28/41646059.pdf>. En: Resolución SIC No. 46111 de 2011. Pág. 101

<sup>249</sup> Buccirossi, P. (2008) Handbook of Antitrust Economics. MIT Press. 2008.

<sup>250</sup> Tomado del párrafo 3.31 (b) Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors (AGCAC). Federal Trade Commission y US Department of Justice, Abril de 2002. Traducción libre.

<sup>251</sup> Asociaciones Gremiales y Libre Competencia. Guía para la Acción. Versión para Consulta pública. Enero de 2011. Disponible en <http://www.fne.gob.cl/comunicaciones/agenda-fiscal/historico-agenda-fiscal/consulta-asociaciones-gremiales/> En: Resolución SIC No. 46111 de 2011. Pág. 102.

<sup>252</sup> Resolución SIC No. 6839 de 2009. Res 46111 de 2011. Pág. 102

<sup>253</sup> Resolución SIC No. 46111 de 2011. Pág.105

<sup>254</sup> “los gráficos utilizados en el Informe Motivado dan cuenta de la evolución de los ingresos por recobros de las EPS agremiadas en ACEMI, lo que unido a la participación de cada EPS en el valor total recobrado por el FOSYGA, entre otras, resultan ser evidencia suficiente para concluir que un consenso tendiente a restringir la oferta de servicios de salud cubiertos por el POS, induce a incrementar los recobros por parte de las EPS al FOSYGA” En: Resolución SIC No 46111. Pág. 127

<sup>255</sup> “Estos hechos ratifican lo anticompetitivo de esta conducta, mucho más si se tiene en cuenta que nuevos procedimientos a incluir como cubiertos en el POS, resultado de un consenso, terminan por afectar al alza la UPC y por tanto generan una afectación directa del costo de la salud en Colombia” En: Resolución SIC No 46111. Pág. 132

una cuestión de principio de legalidad sino del funcionamiento interno del mercado, situación que requiere de un análisis económico que explique las falencias que intentan ser “compensadas” con acuerdos anticompetitivos.

Estos acuerdos se han dado ya sea por falta de regulación en qué servicios constituyen el POS<sup>256</sup>, cuáles son los honorarios de los profesionales de la salud frente a las entidades prestadoras de los servicios<sup>257</sup> y la existencia de diferentes asimetrías de la información que se genera en un mercado tan complejo como es el de la salud.

Existen fallas de información dentro del mercado del aseguramiento de salud, configuradas como asimetrías en la información: “estas fallas se explican en la medida en que los agentes que participan como oferentes en el mercado de aseguramiento en salud cuentan con mayor información que los usuarios y los reguladores”<sup>258</sup>. El Estado es consciente de esa falla en el mercado y por esto se expidió la Ley 812 de 2003 en donde su artículo 52 estableció la obligación de las entidades autorizadas para administrar el régimen subsidiado, IPS, entidades territoriales y demás agentes que hacen parte del sistema, de reportar en la forma y con la periodicidad que el Ministerio de Protección Social defina<sup>259</sup>.

### **Prohibición sobre las asociaciones**

El Decreto 1663 de 1994 también establece una prohibición a las asociaciones o sociedades científicas y de profesionales o auxiliares del sector salud<sup>260</sup>. Debido a que la conducta proscrita es muy clara, lo que se debe probar es que exceda sus facultades como asesor, en donde suelen actuar no solo como asesores sino como

<sup>256</sup> Íbid.

<sup>257</sup> Resolución SIC No. 71792 de 2011. Pág. 16

<sup>258</sup> Resolución SIC No. 46111 de 2011. Pág. 146

<sup>259</sup> Ley 812 de 2003; Artículo 52

<sup>260</sup> Resolución SIC No. 46111 de 2011. Pág. 70

representantes<sup>261</sup>. Por lo tanto, es una conducta de objeto en donde solo se debe probar dicho exceso<sup>262</sup>.

Algunos medios de prueba que se han detectado han sido:

- Certificado de existencia y representación, expedido por la Cámara de Comercio y actas de asamblea<sup>263</sup>.
  - Tener como misión ser un órgano que actúe como instancia de negociación<sup>264</sup>.
  - Tener como objetivos la fijación de pautas comunes para la contratación de servicios con las entidades públicas y privadas, actuando como intermediario entre contratistas y contratantes”<sup>265</sup>.
- Actas donde señalan la necesidad de las asociaciones de asistir a las reuniones de negociación en nombre de los gerentes de los hospitales asociados, al paso que proponía posiciones respecto a la negociación con EPS<sup>266</sup>.
- Comité encargado de elaborar un manual tarifario, el cual pareciera haber tenido como propósito servir de guía para la contratación de los servicios profesionales de medicina pediátrica por parte de las EPS e IPS, mediante el establecimiento de unas tarifas mínimas a ser cobradas por los médicos pediatras del Departamento de Santander como contraprestación a sus servicios<sup>267</sup>.

Debido a la recurrencia de esta conducta se recolecta de la SIC una ponderación entre el derecho de asociación y el derecho a la libre competencia. Aunque los dos tienen rango constitucional, debe considerarse que tanto “el derecho de

<sup>261</sup> Resolución SIC Nos. 12483 de 2012 y 41687 de 2011

<sup>262</sup> Resolución SIC No. 41687 de 2011. Pág. 15

<sup>263</sup> Resolución SIC No. 12483 de 2012

<sup>264</sup> Resolución SIC No. 2587 de 2013. Pág. 23

<sup>265</sup> Resolución SIC No. 41687 de 2011. Pág. 24

<sup>266</sup> Resolución SIC No. 2587 de 2013. Pág. 24

<sup>267</sup> Resolución SIC No. 71792 de 2011. Pág. 2

competencia no puede convertirse en un limitante al derecho de asociación en tanto tiene la naturaleza de derecho fundamental”<sup>268</sup>, como que el derecho de asociación no es un derecho absoluto. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado que “(a) nivel de la Carta Política, existen restricciones que tienen origen expreso en el texto de la Constitución, tales como, la prohibición de su uso abusivo y el respeto de los derechos ajenos”<sup>269</sup>.

También la OCDE subraya que las normas de competencia no solo aplican a las sociedades tradicionales con ánimo de lucro como lo son las Ltda., las sociedades, individuos que actúan como empresarios, empresas estatales y organismos sin ánimo de lucro sino también “respecto de las actividades de asociaciones de personas naturales o jurídicas, tales como asociaciones de comercio, asociaciones profesionales”<sup>270</sup>. No obstante, ejercer un derecho constitucional de asociación “no convierte una práctica restrictiva en la competencia en lícita”<sup>271</sup>.

## 4.2. ACTOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA

En otras jurisdicciones los actos restrictivos entran dentro de la categoría de Abuso de Posición Dominante debido a que comparten las características del sujeto calificado. No obstante, en el ordenamiento jurídico colombiano se ha decidido separar los Actos de los Abusos de Posición Dominante.



Figura 75. Elementos de los actos . Fuente: SIC. Creación: Propia

<sup>268</sup> Resolución SIC No. 12483 de 2012. Pág. 11

<sup>269</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-665 de 2004. Exp D-5441. M.P.: Rodrigo Escobar Gil

<sup>270</sup> Pro-Competitive and Anti-Competitive Aspects of Trade/Business Associations” (DAF/COMP (2007)45), 4 de November de 2008. En: Resolución SIC No: 12483 de 2012. Pág. 14

<sup>271</sup> Resolución SIC No: 6839 de 2010. En: Resolución SIC No: 12483 de 2012. Pág. 15

#### 4.2.1. Actos de engaño con publicidad

Aunque los actos no requieren un sujeto calificado, pareciera que la SIC especifica que se requiere que el agente que desarrolla el acto al menos tenga el poder de afectar la estructura y funcionamiento del mercado con su conducta. El estándar probatorio entonces yace en poder demostrar un efecto tanto en el mercado como en la competencia<sup>272</sup>.

El incumplimiento del estatuto del consumidor puede generar efectos negativos tanto a los consumidores como a los mercados y a la competencia en sí, en donde una infracción a las normas de publicidad que afecte a los consumidores también habrá incurrido en un acto restrictivo de la competencia, pero puede ocurrir que no se afecte la competencia, con lo cual no habría una infracción al régimen de competencia. En la práctica se ve reflejado en el caso FLA, donde aunque sí se infringieron normas del Estatuto del Consumidor, tal publicidad engañosa no tuvo efecto alguno en el mercado ni en la competencia por lo que el Superintendente no lo sancionó.

Llama la atención que la definición que se establece para el monopolio rentístico<sup>273</sup> coincide con la de la posición dominante. Incluso sobrepasa la definición de mercado relevante y mercado conexo, haciendo todo uno solo bajo el concepto de monopolio rentístico. No pareciera claro qué efectos puede implicar esto a la hora del estándar probatorio de las conductas dentro del régimen de competencia. En el caso de la FLA tampoco queda muy claro el análisis económico puesto que si un monopolio rentístico es departamental y crea dinámicas a nivel departamental, ¿cómo es que el análisis del caso FLA es a nivel nacional? Además, el análisis del

<sup>272</sup> Resolución SIC No. 4839 de 2013. Pág. 7

<sup>273</sup> En la Resolución SIC 4839 de 20013 se establece que el Monopolio Rentístico es: “conjunto de actividades productivas cuyo objeto inmediato no es únicamente la transformación de la materia (producción), sino también la distribución del producto industrial, su comercialización, directamente por el departamento o a través de terceros a su nombre y previa la celebración de los contratos respectivos. Por esta razón, los departamentos pueden impedir la entrada a sus respectivos mercados de cualquier tipo de licor que consideren puede entrar a competir con sus productos”.

efecto de una publicidad que está siendo investigada por engañosa lo hacen con una muestra que ellos mismos declaran no representativa, no determinan de qué lugares la hicieron, de qué departamentos, con concentración de qué licores como parte de la oferta. Los resultados los arrojan sin porcentajes ni muestra de población.

#### 4.2.2. Actos de influencia

Los elementos de este acto han sido desarrollados por el Consejo de Estado<sup>274</sup>.

El estándar probatorio en este tipo de conductas, no requiere la demostración de un efecto de las mismas, siendo suficiente que se haya tenido como objeto la intención de influenciar. Siendo el verbo rector “influenciar”, lo que se comprueba es la realización de la conducta por quien ostente un poder de mercado suficiente para ejercer la presión sobre el otro agente y sus precios, sin que se tenga que llevar a cabo dicha modificación<sup>275</sup>. Estos se catalogan como actos porque deben ser comportamientos unilaterales y aunque no requieren ser llevados a cabo por un sujeto calificado o dominante, sí deberá tener algún grado de influencia relevante en el mercado<sup>276</sup>. Es una norma por objeto pues basta

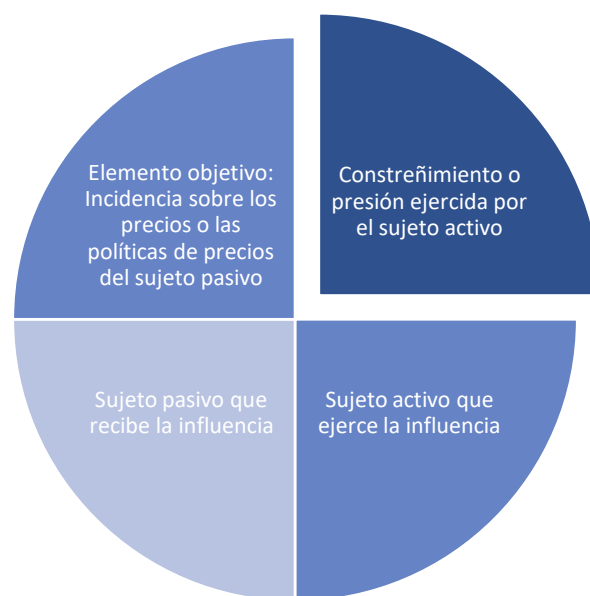


Figura 76. Elementos de los actos de influencia. Fuente: SIC. Creación: Propia

<sup>274</sup> Consejo de Estado. Recurso de Apelación contra la sentencia del 17 de julio de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Expediente No.2001-01261. C.P.: Marco Antonio Velilla Moreno.

<sup>275</sup> Resolución SIC No. 4839 de 2103. Pág. 8

<sup>276</sup> Resolución SIC No. 4191 de 2017. Pág 42

para su configuración de los actos idóneos de influencia para la comisión de una conducta anticompetitiva nada más<sup>277</sup>.

Con lo cual, el estándar probatorio se limita a que se demuestre que ejecutó conductas idóneas para que el receptor aumente los precios o se abstenga de reducirlos, independientemente de si se llega efectivamente a realizar la conducta<sup>278</sup>. Lo que nos lleva a concluir que esta norma es de tipo preventivo. Ya que se reprocha que los mismos competidores de un mercado fijen cuotas o precios sobre el producto sin que sea esto resultado de una sana competencia por hacerse preferentes a los agentes del mercado, sino que fue una conducta homogénea<sup>279</sup>. También es muy usual encontrar que en las investigaciones los acuerdos sobre fijaciones de precios se imputen de la mano con actos de influencia. Efectuándose así el acto de influencia por efecto: la consagración del cartel.

También vale la pena resaltar que la proporción de la multa pareciera ir de la mano sobre qué tan evidente fuera la conducta anticompetitiva<sup>280</sup>: esto se puede evidenciar en los casos de arroz y de azúcar (respectivamente las Resoluciones No. 16562 y No. 33141). No solo se sanciona el acto de influenciar sino asegurarse que dicha “persuasión” sea llevada a cabo<sup>281</sup>, como en el caso Roa Florhuila en el que se impuso un precio uniforme a los que compraban el arroz para reventa, además de un seguimiento so pena de ruptura, interrupción comercial y sanciones a los comercializadores<sup>282</sup>.

<sup>277</sup> Consejo de Estado. Sala Plena Contenciosa Administrativa. Sección Primera. Sentencia de 9 de Octubre de 2003 Rad: (8101) C.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

<sup>278</sup> “así lo ha sostenido el Consejo de Estado al afirmar que esta norma *“no condiciona ni supedita su configuración a una respuesta positiva de la empresa influenciada, ya que de haber sido esa la voluntad del legislador, entonces, la norma en estudio habría incluido tal supuesto como si lo hace en otras disposiciones del Decreto 2153 de 1992, al referirse al “efecto” de la conducta”*. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera; Sentencia de 19 de noviembre de 2009; Rad: 11001-03-24-000-2004-00160-01. C.P.: Marco Antonio Velilla.

<sup>279</sup> Resolución SIC No. 4191 de 2017. Pág. 50

<sup>280</sup> Resolución SIC No. 16562. Pág. 51

<sup>281</sup> *Ibid.* Pág. 77

<sup>282</sup> *Ibid.* Pág. 51

Contrastando el caso Asosubastas con el de Procaña y Azucari, podemos ver que, aunque son casos similares, la SIC considera mucho más gravoso el acuerdo de cartelización que el solo hecho de influenciar a celebrar un acuerdo de precios, incluso si, habiendo aceptado el acuerdo no lo ejecutaron, como fue el caso de algunas empresas que no fueron efectivamente multadas en el caso de Asosubastas. En este mismo contraste, la diferencia es que se castiga con mayor severidad la cartelización efectiva, a pesar de que el estándar probatorio de una investigación por cartelización no sea por efecto sino por objeto. Debe resaltarse que el mercado de la subasta de ganado abarca más departamentos que la venta de caña de azúcar para el alcohol carburante. En el caso Procaña y Azucari pareciera que se castiga el ánimo de cartelización, pero el grado de la sanción no es muy alto debido a que el efecto en el mercado no fue significativo. En comparación al caso Organización Roa Florhuila, no solamente hubo un acto de influencia, a través de sugerencias, sino que también se trataba de un mandato que incluía represalias<sup>283</sup>.

En términos estrictamente del régimen de competencia, la estructura y la manera en la que pretendían abordar el tema ambas asociaciones gremiales afectaban la competencia de manera negativa, pero ambas exponen una dinámica subyacente más preocupante aún: los precios de la caña de azúcar son más altos en Colombia en comparación con los otros países. Sin dejar a un lado el bienestar de los cañicultores que puedan verse afectados en diferente manera que los ingenios, es un llamado de atención para el desarrollo de precios más competitivos en una escala y un plazo de tiempo mayores<sup>284</sup>.

Algunos de los elementos probatorios que han acreditado esta práctica son los siguientes:

- Circulares informativas en las que se sugieren tarifas

<sup>283</sup> Resolución SIC No. 16562 de 2015. Pág. 5

<sup>284</sup> Resolución SIC No. 33141 de 2011. Pág. 44

- Reuniones
- Actas de las juntas directivas
- Quejas ante la SIC
- Revista especializada del sector
- Declaraciones
- Testimonios
- Aviso en el periódico

### **4.3. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE**

El Abuso de Posición Dominante se constituye cuando el que ostenta la posición de dominio exige requisitos para entrar en relaciones contractuales económicas que constituyen barreras artificiales que no están en la ley o que son demasiado gravosas en términos pecuniarios para que se pueda llevar a cabo la competencia.

El régimen de competencia no reprocha la ventaja competitiva en el mercado e incluso que pueda servir para aumentar, detener o retrasar la pérdida de participación; lo que reprocha es que las ventajas hayan sido adquiridas de injustificada y artificial, de manera que no se puedan justificar a cabalidad por razones económicas<sup>285</sup>. Rige entonces otro argumento, aquel de la competencia efectiva pero no existe una definición, indicador o criterio para determinar cuando puede contarse como efectivo pero, por otro lado, puede verse que estas obstrucciones afectan a los consumidores con precios más altos o con menos prestación del servicio<sup>286</sup>.

El análisis hecho por la SIC, aunque tiende ser proteccionista con los que intentan entrar en el mercado, no cuenta con criterios objetivos, umbrales o rangos con los cuales hacer el filtro de qué resulta gravoso o una carga demasiado grande para poder competir. En el mercado de los servicios públicos domiciliarios es claro

<sup>285</sup> Resolución SIC No. 3694 de 2013. Pág. 60

<sup>286</sup> Resolución SIC No. 23261 de 2013. Pág. 41

porque hay un criterio objetivo (que se encuentra en el numeral 13 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994) pero no con las otras barreras que se puedan analizar. En algunos casos, como en aquellos que se analizan los mercados conexos en los sectores de agua y gas puede haber control sobre las tarifas, políticas de atención al usuario<sup>287</sup>, entre otras.

Se necesita comprobar la existencia de efectos excluyentes derivados de la actuación de la empresa dominante<sup>288</sup>. Es necesario “que restrinja, impida u obstaculice la entrada al mercado relevante de sus competidores en términos de los costos y beneficios asociados con dicha entrada”<sup>289</sup>. También se considera que hay Abuso de Posición Dominante cuando “se usa el poder de mercado para incrementar los costos de los rivales, especialmente cuando la empresa investigada no logra reducir sus costos en sus procesos de producción, transporte y venta al consumidor”.<sup>290</sup>

Un tipo de Abuso de Posición Dominante que produce efecto exclusorio con las conductas que, enfocadas en variables distintas al precio, buscan cerrar la entrada de competidores al mercado, conductas como ventas atadas, contratos de exclusividad y negativa a contratar y proveer, principalmente.

No obstante, existen justificaciones por las cuales se permiten las restricciones verticales (establecidas por la Comunidad Europea)<sup>291</sup>:

- Un distribuidor puede desviar en beneficio propio los esfuerzos de promoción de otro distribuidor (*free rider*)
- Inversiones iniciales dentro de un nuevo mercado geográfico lo que puede crear exclusividades que retornen las inversiones

<sup>287</sup> Resolución SIC No. 4907 de 2013. Pág. 29

<sup>288</sup> PONSER. Richard. Exclusionary Practices and the Antitrust Laws. 43 Univ of chi. L. Rev. 506 (1974). En: Resolución SIC No. 33361 de 2011. Pág. 26

<sup>289</sup> Íbid. Pág. 27

<sup>290</sup> ELHAUGE Einer. *Defining Better Monopolization Standards*. 56 Stanford Law Review. 253, 256 (2003). En: Resolución SIC No. 33361 de 2011. Pág. 29

<sup>291</sup> Directrices relativas a las restricciones verticales de la Comunidad Europea. Par. 48.

- Reputación de comercializar solo productos de alta calidad
- Inversiones específicas destinadas a un cliente determinado
- El Know-how o conocimientos técnicos de un proveedor que no desea que sean usados por sus competidores
- La creación de economías de escala para realizar la reventa a un número limitado de distribuidores
- Un fabricante aumenta sus ventas imponiendo una uniformidad y normas de calidad determinadas a los distribuidores, con el fin de tener una percepción de buena marca y aumentar el interés del consumidor.

La carga de la prueba yace en los investigados que deben probar que su actuación es justificada con razones económicas. Lo que quiere decir que la carga de la prueba yace siempre y cuando sea una conducta por objeto, ya que, por efecto, se debe probar que al realizar la conducta se afectó el mercado de manera negativa, estando así en manos de las SIC en este caso.

Respecto de las cláusulas de exclusividad, específicamente dentro de los contratos de suministro<sup>292</sup>, la Corte Constitucional<sup>293</sup> y el Consejo de Estado<sup>294</sup> han esclarecido la necesidad de que se configure un efecto real de la restricción al mercado. Ambas decisiones sugieren que estas cláusulas violan el derecho a la libre competencia cuando “llevan a restringir el acceso de los competidores al mercado”<sup>295</sup>. Es necesario determinar el alcance<sup>296</sup>, pues de este depende la capacidad de la conducta para producir los efectos anticompetitivos, y este era el ánimo del legislador cuando estableció el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

<sup>292</sup> Resolución SIC No. 33361 de 2011. Pág. 31

<sup>293</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997. Exp D-1598. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>294</sup> Consejo de Estado, Sección quinta, Sentencia de Sala civil, 24 de agosto de 2001. Radicación 54001-23-31-000-2000-1749-01. M.P.: Darío Quiñones Pinilla.

<sup>295</sup> Resolución SIC No. 33361 de 2011. Pág. 32

<sup>296</sup> *Ibíd.* Pág 43

Es importante que el acervo probatorio cumpla con los estándares, debe evidenciarse la conducta más allá de toda duda razonable en los casos en los que se requiera<sup>297</sup>, la concurrencia de una conducta anticompetitiva y en otros casos que la justificación para la conducta anticompetitiva esté dictada por criterios objetivos. Es de notar que no se pida una interpretación de dogmática penal para el ámbito de aplicación, pero el estándar probatorio es aquel del ámbito penal. Por otro lado, no hay una sana delimitación sobre lo que se entiende por criterios objetivos; aunque el análisis económico puede darse en diferentes proporciones y en muchos casos se toma la literatura internacional, ni siquiera es aquella emitida por entidades estatales, y los criterios no son establecidos por umbrales o incluso explicados en la misma resolución.

Existen diferentes hechos que pueden permitir identificar la mayor o menor idoneidad de una conducta para cerrar el mercado<sup>298</sup>. Entre otros, pueden ser:

- a) Extensión de dominio del agente dominante en términos del porcentaje de demanda cubierto por la estrategia de contratación de exclusividad;
- b) La inexistencia de fuentes alternativas de oferta (la disponibilidad de, canales de distribución alternativos);
- c) Altas barreras de entrada ajenas al comportamiento de agentes;
- d) Bajas economías de escala derivadas de la exclusividad (provenientes por ejemplo de cláusula inglesa o cláusulas de nación más favorecida);
- e) La posibilidad de cambiar de proveedor;
- f) La duración de los acuerdos de exclusividad y la existencia de cláusulas de renovación automática;
- g) La situación específica de la relación entre las partes.<sup>299</sup>

<sup>297</sup> Resolución SIC No. 33361 de 2011

<sup>298</sup> Resolución SIC No. 33361 de 2011. Pág. 28 y Res 53403 de 2013

<sup>299</sup> Exclusive dealing/single branding. International Competition Network. ICN. Pgs. 11 y ss. En: Resolución SIC No. 33361 de 2011 Pág. 28

La libertad probatoria permite el uso de pruebas tanto directas como indirectas para determinar la existencia de los efectos de la conducta investigada en el mercado relevante<sup>300</sup>. No obstante, la conducta es discriminatoria si no tiene otra justificación económica distinta a erosionar la competencia en el mercado. Así, mediante la adecuada justificación económica de la conducta, se puede desvirtuar su carácter presuntamente anticompetitivo<sup>301</sup>.

No hay un umbral específico que deba superar una empresa para determinarse si existe posición de dominio. Los análisis de las empresas que se han llevado a cabo en las investigaciones todas superan el 90% en la participación del mercado del que participan. Aunque 90% determina por “lógica” que tiene una posición de dominio, no se toma como referencia algún umbral legal.

Dentro de las conductas que pueden llevarse a cabo que abusen de la posición de dominio se encuentra un fenómeno recurrente y es el que se lleva a cabo con los mercados conexos, lo que la doctrina ha denominado mercados complementarios. La empresa que ostenta la posición de dominio, la aprovecha para aumentar o conservar la participación en el mercado conexo donde no se tiene la posición dominante<sup>302</sup>, situación que se evidencia en los casos GDO, Comcel y Fedegan.

Parece haber una correlación entre el mercado relevante donde usualmente tienen posición de dominio y el mercado conexo donde no la tienen, pero es el mercado afectado. En el caso de GDO y en el caso de Comcel se sanciona interferir con los requisitos para poder entrar o realizar actividades dentro del mercado conexo, siendo esta la forma de abuso dentro de los mercados donde efectivamente tienen posición de dominio. En sí, los requisitos extra mientras no estén prohibidos explícitamente no son un problema, por esto se hace un análisis a través de las

<sup>300</sup> *Ibíd.*

<sup>301</sup> *Ibíd.*

<sup>302</sup> Resolución SIC No. 4907 de 2013. Pág. 48

normas de competencia, es decir, que dichos requisitos deben afectar el mercado de manera tal que la “obstrucción del acceso al mercado”<sup>303</sup> se configure.

Debe probarse que los efectos son tendientes a cerrar el mercado, esto se puede ver en el caso Sigma pues “no se probó que la conducta de Gas Natural tuviera algún efecto tendiente a cerrar el mercado, por lo que, afirman que, en ausencia de prueba alguna del efecto de cierre del mercado, no es posible hablar de abuso en mercado conexo”<sup>304</sup>.

Los elementos que refuerzan una posición de dominio o incrementan el poder económico en el *mercado conexo* son:

- 1) La existencia de un mercado determinado, en el cual un agente ostenta una posición dominante;
- 2) La existencia de mercados conexos o vecinos que tienen relación directa y consecencial con el mercado dominado;
- 3) El agente que tiene la posición de dominio debe usar ese poder con el fin de obtener una ventaja competitiva o eliminar la competencia en un mercado distinto de aquél en el cual posee dicho dominio.

Es necesario aclarar que el Abuso de la Posición Dominante no comprende actividades que simplemente obedecen a una dinámica económica del mismo mercado<sup>305</sup>. Las conductas deben afectar el interés público al evitar que los consumidores, los mercados y la economía se beneficien de la rivalidad existente entre las empresas que luchan por los consumidores a través de la competencia<sup>306</sup>.

Reiterativamente la SIC cita el informe de la secretaría de la UNCTAD sobre Abuso de Posición Dominante, que los clasifica en abusos de exclusión y abusos de

<sup>303</sup> Numeral 6, artículo 50 del Decreto 2153 de 1992

<sup>304</sup> Resolución SIC No. 444 de 2013. Pág. 42

<sup>305</sup> Resolución SIC No. 50187 de 2011. Pág. 13

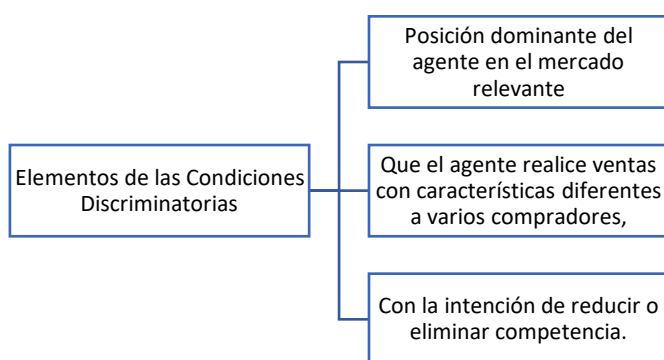
<sup>306</sup> Resolución SIC No. 23261 de 2013. Pág. 26

explotación. El numeral 6, el que de manera repetida se ve en las conductas de Abuso de Posición Dominante, lo han determinado como “aquellos (abusos) en los que la empresa dominante directamente limita la competencia mediante conductas que injustificadamente impiden u obstruyen la participación efectiva de los competidores en el mercado, que limitan injustificadamente su entrada, expansión o presencia, e incluso que obligan a los competidores a abandonar el mercado”<sup>307</sup>.

### 4.3.1. Condiciones discriminatorias

Son circunstancias discriminatorias para un competidor aquellas, en donde los demás competidores, además del discriminado, no se vieron afectados ni se encuentra ninguna circunstancia objetiva que justificara el tratamiento diferente. Además de afectar al competidor donde no hay igualdad de condiciones en el tratamiento, también se afecta las condiciones en las que los usuarios reciben el producto o servicio<sup>308</sup>.

Algunos elementos de las condiciones discriminatorias pueden ser<sup>309</sup>:



También puede darse del lado de un comprador: “no es posible intervenir en la elección de compra de un agente en el mercado; sin embargo, cuando dicho comprador ejerce como monopsonista y aplica condiciones discriminatorias se configura una infracción al régimen de competencia”<sup>310</sup>.

Figura 77. Elementos de las Condiciones Discriminatorias . Fuente: SIC. Creación: Propia

<sup>307</sup> Resolución SIC No. 23261 de 2013. Pág. 25

<sup>308</sup> Resolución SIC No. 14305 de 2018. Pág. 3

<sup>309</sup> Resolución SIC No. 53992 de 2012. Pág. 5

<sup>310</sup> Resolución SIC No. 40912 de 2011. Pág. 65

Al respecto, la SIC aclara que:

*“Las decisiones de un comprador así se encuentre en una posición de dominio, no pueden ser sancionadas y mucho menos intervenidas por una autoridad de competencia a menos que se demuestre la existencia de discriminación frente a alguno de sus proveedores. No obstante, debe diferenciarse entre una decisión discriminatoria y una decisión propia del giro de los negocios en donde es posible elegir entre diferentes agentes la opción que más se acerque a las expectativas del comprador. En otras palabras, no puede exigírsele a un monopsonista comprar en partes iguales a todos sus oferentes por el hecho de participar en el mercado en condiciones análogas”<sup>311</sup>.*

Para poder acreditar la configuración de esta conducta, se tienen como algunos elementos probatorios los siguientes<sup>312</sup>:

- Existencia de posición de dominio sobre un mercado relevante específico
- Existencia de una conducta unilateral de la empresa dominante, dirigida a discriminar ya sea a consumidores o a proveedores que se encuentren entre sí en una posición no solo comparable sino análoga.
  - Que se trate de operaciones equivalentes;
  - Que el agente dominante aplique condiciones discriminatorias a dichas operaciones equivalentes;
  - Que la aplicación de las condiciones discriminatorias coloquen en situación desventajosa a consumidores o proveedores de condiciones análogas.

<sup>311</sup> Resolución SIC No. 40912 de 2011. Pág. 65

<sup>312</sup> Íbid. Pág. 45

De nuevo se reitera la necesidad de justificaciones razonables para los tratamientos discriminatorios: “el punto determinante ha de buscarse en el por qué se actúa de una manera frente a una persona y de otro distinta, frente a otra, tratando de establecer si una y otra se encuentran en planos de equivalencia”<sup>313</sup>.

#### 4.3.2. Venta atada<sup>314</sup>:

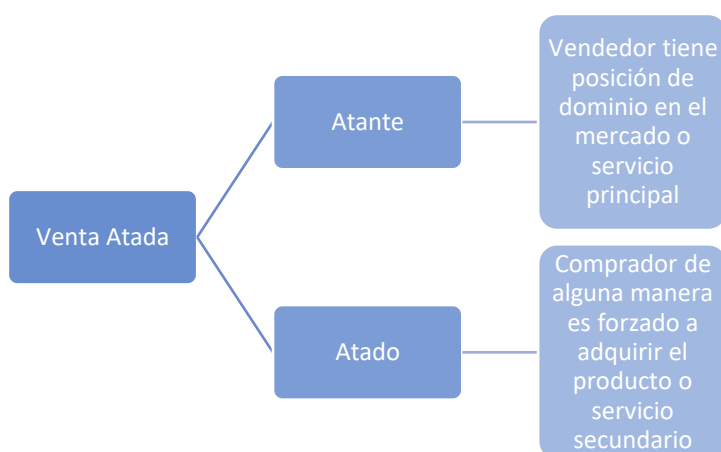


Figura 78. Elementos de las Ventas Atadas . Fuente: SIC. Creación: Propia

Se podría decir que un contratista es forzado, entre otros, cuando no existe opción de adquirir el producto sin el atado, existe un incentivo financiero que impone la compra del bien atado, o existe un diseño que impide la adquisición de un producto sin el otro.

Es importante resaltar que, no obstante, la concurrencia de estas condiciones no hace que la venta sea anticompetitiva ya que pueden proveer eficiencias económicas y bienestar de los consumidores. La SIC considera que “aplicar un estándar fundado en meros requisitos, podría crear un alto riesgo de error, desincentivando conductas que incrementarían el bienestar del consumidor buscado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009”<sup>315</sup>.

<sup>313</sup> Resolución SIC No. 588 de 2003. En: Resolución SIC No. 40912 de 2011. Pág. 46

<sup>314</sup> Resolución SIC No. 33361 de 2011. Pág. 45

<sup>315</sup> *Íbid.*

#### **4.4. COMPETENCIA DESLEAL**

Los actos de competencia desleal pueden tener efectos jurídicos que no solo abarcan las dinámicas de intereses particulares de los agentes económicos involucrados. Los actos de competencia desleal no están comprendidos bajo el derecho de la libertad de empresa, ya que los comportamientos desleales como los actos de confusión, descrédito, violación de secretos, inducción a la ruptura contractual y violación de normas no pueden ampararse en ninguna modalidad o grado bajo las expresiones de libertad económica, actividad económica libre o libre iniciativa privada<sup>316</sup>. Respecto del análisis del mercado en competencia desleal, no es necesario definir el mercado relevante ya que el carácter de desleal de una conducta no depende de la dimensión del mercado afectado y la posición del investigado en este.

La SIC propende por hacer respetar el régimen de la competencia, no solamente en casos donde la proporción de la violación a este régimen es evidente y tiene un alto impacto en los mercados, sino que también cumple con la protección a los consumidores que se dio en virtud con su relación con el régimen de protección al consumidor, como es el caso de Mezclas Lácteas<sup>317</sup>. No obstante, pareciera que a la hora de imponer la sanción es más pedagógico que en otros casos.

##### **4.4.1. Actos de engaño**

Consagrado en el artículo 11 de la Ley 256 de 1996. Esta norma incorpora una serie de conductas que se presumen desleales, que pueden agruparse en tres categorías:

- i) Utilización o difusión de aseveraciones o indicaciones incorrectas o falsas que sea susceptible de inducir en error a las personas a las que se dirige

<sup>316</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-649 de 2001. Exp D-3278. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett  
<sup>317</sup> Resolución SIC No. 53413 de 2017

- o alcanza, sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o establecimiento ajenos;
- ii) La omisión de indicaciones verdaderas que sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos;
  - iii) Cualquier otro tipo de práctica que sea susceptible de inducir en error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos<sup>318</sup>.

El análisis que se requirió por parte de la SIC para poder establecer la ocurrencia del acto desleal se dio con base en dos criterios: i) Naturaleza y denominación del producto y ii) Imágenes y expresiones incorporadas en el empaque. En donde el estándar probatorio fuera determinar que los empresarios fueron engañosos con el término del producto sin acompañarlo de una descripción adecuada del producto.

#### **4.4.2. Actos de confusión**

Respecto de los casos presentados bajo esta categoría la SIC determina que no basta un solo elemento para causar confusión, puesto que existe más de un elemento diferenciador, suficientes para diluir el riesgo de confusión de un producto<sup>319</sup>. Además, debido a que se hace un promedio anual de las participaciones de las empresas involucradas en las investigaciones, se determina que los comportamientos “carecen de potencial para generar efectos nocivos en el mercado relevante definido, y, en consecuencia, se califica como insignificante para los efectos de la investigación”<sup>320</sup>.

<sup>318</sup> Resolución SIC No. 26724 de 2016. Pág. 24

<sup>319</sup> Resolución SIC No. 35103 de 2016. Pág 5

<sup>320</sup> Íbid. Pág. 7

#### **4.4.3. Violación de normas**

Debido a que la normatividad de la competencia desleal tiene protección tanto vía gubernativa como jurisdiccional, la SIC toma conceptos desarrollados en su propia jurisprudencia<sup>321</sup> para determinar qué requisitos se necesita para que se configure esta conducta:

- I. La infracción de una norma jurídica diferente de la Ley 256 de 1996
- II. La efectiva obtención en el mercado de una ventaja competitiva como consecuencia de la infracción normativa
- III. La significatividad de la ventaja

En la práctica la significatividad juega un gran papel a la hora de la decisión de la imputación de las conductas y además de la dosificación de la multa, que por no cumplir con la significatividad se quedan en una multa de carácter pedagógico o inclusive en el archivo de algunas de ellas. Dicha sanción se ciñe a un porcentaje no revelado al público sobre los ingresos obtenidos del mercado al que pertenecen los productos y al patrimonio.

#### **4.5. PROHIBICIÓN GENERAL**

Es usual que las imputaciones sobre prácticas anticompetitivas se hicieran a la par con la imputación de prohibición general, como se evidenció en el segundo capítulo. No obstante, existieron algunos casos en donde se acreditó solamente esta prohibición. En dos de los casos donde se acreditó solo la prohibición general, se observa que la conducta constituye “la existencia de un sistema tendiente a restringir la competencia a través de un comportamiento coordinado de las empresas investigadas para participar en los procesos de selección, que es contrario a la actuación que se espera de las empresas en el marco de los procesos

<sup>321</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencias Nos. 1161 de 2011; 7 de 2008; 18 de 2010; 18 de 2011; 6 de 2011; 25 de 2011; 627 de 2011; 746 de 2011; 1426 de 2011 y 1462 de 2011.

de contratación pública”<sup>322</sup>. Lo más usual en esta conducta es crear barreras de entrada artificiales casi imposibles de superar para los competidores.

#### 4.6. PRECIOS INEQUITATIVOS

Dentro de la clasificación de prácticas anticompetitivas de la SIC existe un apartado exclusivamente para aquellas investigaciones que tratan sobre precios inequitativos. Esto alude a que son mercados en donde tienen normatividades con topes de precios establecidos por ley. Los dos sectores que se vieron involucrados fueron los de la leche (regulados por resoluciones del Ministerio de Agricultura<sup>323</sup>) y un caso sobre el mercado de la gasolina<sup>324</sup>.

Las resoluciones contienen una fórmula establecida para calcular el precio inequitativo de la leche, si no se cumple con esa fórmula, si el precio no es inequitativo, simplemente no incurre en la conducta anticompetitiva. Hubo cuatro casos en los que no cumplía con la fórmula por lo que se cerró porque no existió práctica anticompetitiva<sup>325</sup>. En donde sí se dio la fórmula que acreditaba la existencia de precios inequitativos se sancionó<sup>326</sup>, en dichos casos la tasación de la sanción siempre se establecía tomando en cuenta “impacto económico de la conducta entendido como el valor dejado de pagar por la empresa a los productores de leche cruda”, pero nunca establecían en qué medida junto con los demás criterios.

<sup>322</sup> Resolución SIC No. 19890. Pág. 111

<sup>323</sup> Resolución 337 de 2005 del MADR (Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural)

<sup>324</sup> “Fue CASYP quien implementó un procedimiento tendiente a fijar un precio inequitativo, al no haber tenido ningún sustento para fijar el *fee* de acceso donde lo fijó, ni tampoco realizado un ejercicio económico y financiero que justificara su conducta con anterioridad a la fijación del nuevo cargo. Así mismo, la utilización de un esquema que derivaría en el aumento sin sustento económico del *fee* es exclusivamente imputable a CASYP, en la medida en que fue este ente el que estableció un esquema de presión al alza que estaba absolutamente alejado de cualquier consideración económica relacionada con las cifras proyectadas para la concesión” Resolución SIC No. 76724 de 2014.

<sup>325</sup> Resolución SIC Nos. 15733 de 2009, Res 12271 de 2009, Res 15653 de 2009, Res 15713 de 2009

<sup>326</sup> Resolución SIC Nos. 10937 de 2009, 15224 de 2009, 15246 de 2009, 15275 2009, 15290 de 2009

## 5. CONCLUSIONES

Existen ideales económicos por los que la intervención estatal propende y de ahí que la normatividad, la doctrina y el derecho comparado hagan construcciones para determinar qué y cómo se constituyen las conductas anticompetitivas. Sin embargo, existen áreas del derecho de la competencia en donde se evidencia el vacío de umbrales o cuotas sobre los cuales medir las conductas. En los casos donde hay análisis económico o una formulación matemática de los impactos se puede volver más claro el porqué de la decisión, delimitando de manera clara el acervo probatorio y estableciendo ciertos umbrales, aunque casuísticos puede hacerse una trazabilidad de la ponderación de la SIC. Sigue siendo preocupante que sea la SIC la única que determine estos umbrales, no solamente porque es un ente regulador y no creador de normas, sino porque es la única instancia en vía gubernativa que se tiene en estos procedimientos. Resulta problemático que muchos de los umbrales que determinan la existencia de comportamientos anticompetitivos sean establecidos por la misma SIC en tanto crea arbitrariedades y de querer ejercer algún medio de control, faltaría un eslabón en la jerarquía legal pues un juez contencioso podría encontrar obstáculos insuperables y vacíos legales sobre la determinación de aquello que la autoridad de competencia ha dicho.

Por otro lado, existe una tendencia a la cartelización que se evidencia en el segundo capítulo pues es la manera que más se manifiesta. No obstante, es una conducta practicada con frecuencia en los mercados de manera general. Llama la atención igualmente, la manera en la que los Abusos de Posición Dominante ocurren pues, aunque los sectores cuentan con requisitos que en sí constituyen barreras aceptadas legalmente, dichos abusos se crean del provecho que puede crear la ignorancia de qué constituye y qué no una barrera de entrada permitida.

También se identificó una gran tendencia a efectuar prácticas anticompetitivas en cabeza de aquellos que tienen la posibilidad de agrupar más competidores, como lo son las asociaciones o gremios. Los mercados tienden a conglomerarse de

manera tal que se den beneficios económicos, situación que es completamente natural en donde la eficiencia económica debe darse pues es uno de los fines de la libertad de empresa, pero hay una gran indiferencia sobre las prácticas anticompetitivas. De manera manifiesta, en muchos de los casos analizados se observaba que eran conscientes de la ilicitud de sus actos.

Una observación que puede hacerse es respecto de las políticas que acompañan la protección de la competencia. No resulta útil dar sermones sobre la ilicitud de las conductas en virtud de las normas nada más, la protección de la competencia propende por, si no una sana competencia y un sano mercado, por lo menos un espacio justo donde la libertad de empresa no solo sea para aquellos que ya la llevan ejerciendo, sino para todo aquel que desee y esté dispuesto a lograrlo.

Además, y no menos importante, el costo que inevitablemente llevan los consumidores como producto de los juegos que llevan a cabo los carteles, abusos de posiciones dominantes, competencias desleales y actos anticompetitivos. Un trabajo complementario pero en la misma línea de este argumento podría ser la inestabilidad de ciertas estructuras como las del sector de la salud en donde las conductas anticompetitivas buscaran mejores condiciones laborales para un sector desprotegido. Manejar un sector que involucra un derecho humano esencial requiere una evolución mucho más desarrollada que la que tiene nuestro ordenamiento jurídico. Los análisis económicos hechos respecto del mercado de la salud hacen ver las inconsistencias y falencias que existen en esta estructura para con los que lo integran. El tema de la prestación de servicio como tal con los usuarios de salud no es abarcado en este análisis.

Asimismo, existe un gran vacío respecto de la tasación de la multa y de cómo se llegaron a estos montos. En la parte resolutive exponen que hay unos criterios y a veces se explica que los montos fueron sacados teniendo en cuenta el patrimonio o los ingresos operacionales directamente del año de la conducta infractora. Es importante que una sanción que afecte la libre competencia sea disuasoria en tanto,

puede incluirse la sanción como un gasto más a favor de los beneficios existentes de la prácticas anticompetitivas, pero también resulta importante que se pueda evaluar con criterio y transparencia que dichas multas no sean confiscatorias. A la luz de las resoluciones actuales es imposible hacer una evaluación de cualquiera de los dos efectos pues no se cuenta con una clara explicación del proceso que llevó la SIC para determinar las multas.

## **BIBLIOGRAFIA**

### **PRONUNCIAMIENTOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

1. Resolución No. 588 de 2003
2. Resolución No. 51694 de 2008
3. Resolución No. 04946 de 2009
4. Resolución No. 1055 de 2009
5. Resolución No. 15733 de 2009
6. Resolución No. 12271 de 2009
7. Resolución No. 15653 de 2009
8. Resolución No. 15713 de 2009
9. Resolución No. 10937 de 2009
10. Resolución No. 15224 de 2009
11. Resolución No. 15246 de 2009
12. Resolución No.15275 de 2009
13. Resolución No. 15290 de 2009
14. Resolución No. 65477 de 2010
15. Resolución No. 6839 de 2010
16. Resolución No. 47481 de 2010
17. Resolución No. 33361 de 2011
18. Resolución No. 40912 de 2011
19. Resolución No. 33141 de 2011
20. Resolución No. 23890 de 2011
21. Resolución No. 37033 de 2011
22. Resolución No. 70736 de 2011
23. Resolución No. 46111 de 2011
24. Resolución No. 71792 de 2011
25. Resolución No. 71794 de 2011
26. Resolución No. 41687 de 2011

27. Resolución No. 50187 de 2011
28. Resolución No. 64400 de 2011
29. Resolución No. 40901 de 2012
30. Resolución No. 53991 de 2012
31. Resolución No. 12461 de 2012
32. Resolución No. 12483 de 2012
33. Resolución No. 13483 de 2012
34. Resolución No. 26408 de 2012
35. Resolución No. 8796 de 2012
36. Resolución No. 53992 de 2012
37. Resolución No. 62104 de 2012
38. Resolución No. 31749 de 2012
39. Resolución No. 23261 de 2013
40. Resolución No. 4839 de 2013
41. Resolución No. 53404 de 2013
42. Resolución No. 3694 de 2013
43. Resolución No. 40835 de 2013
44. Resolución No. 40875 de 2013
45. Resolución No. 54693 de 2013
46. Resolución No. 54695 de 2013
47. Resolución No. 4907 de 2013
48. Resolución No. 53403 de 2013
49. Resolución No. 444 de 2013
50. Resolución No. 2587 de 2013
51. Resolución No. 76274 de 2014
52. Resolución No. 56816 de 2014
53. Resolución No. 83037 de 2014
54. Resolución No. 76724 de 2014
55. Resolución No. 80847 de 2015
56. Resolución No. 16562 de 2015
57. Resolución No. 31739 de 2016

58. Resolución No. 43218 de 2016
59. Resolución No. 35103 de 2016
60. Resolución No. 54403 de 2016
61. Resolución No. 26726 de 2016
62. Resolución No. 26724 de 2016
63. Resolución No. 4191 de 2017
64. Resolución No. 35143 de 2017
65. Resolución No. 53143 de 2017
66. Resolución No. 71692 de 2017
67. Resolución No. 35120 de 2017
68. Resolución No. 81391 de 2017
69. Resolución No. 39758 de 2017
70. Resolución No. 53413 de 2017
71. Resolución No.19890 de 2017
72. Resolución No.14305 de 2018
73. Resolución No. 58961 de 2018
74. Resolución No. 76278 de 2018
75. Sentencia No. 07 de 2008
76. Sentencia No. 18 de 2010
77. Sentencia No. 1161 de 2011
78. Sentencia No. 18 de 2011
79. Sentencia No. 06 de 2011
80. Sentencia No. 25 de 2011
81. Sentencia No. 627 de 2011
82. Sentencia No. 746 de 2011
83. Sentencia No. 1426 de 2011
84. Sentencia No. 1462 de 2011

## LEYES

85. Ley 155 de 1959 de “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”.
86. Decreto 2974 de 1968 “Por el cual se reorganiza el Ministerio de Fomento se dictan otras disposiciones”. (Derogada)
87. Decreto 2153 de 1992 “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”.
88. Ley 100 de 1993 de “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.
89. Ley 101 de 1993 de “Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero”.
90. Ley 142 de 1994 de “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”.
91. Ley 256 de 1996 de “Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal”.
92. Ley 446 de 1996 de “Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”.
93. Ley 489 de 1998 de “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

94. Ley 812 de 2003 de "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario".
95. Ley 1150 de 2007 de "Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos".
96. Ley 1340 de 2009 de "Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia".
97. Decreto 2896 de 2010 "Por el cual se reglamenta el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009".
98. Decreto 4886 de 2011 "Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones".
99. Decreto 19 de 2012 de "Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública".
100. Resolución 337 de 2005 del 28 de julio de 2005".  
MADR  
(Ministerio de  
Agricultura y  
Desarrollo  
Rural)
101. "Company Act" Estados Unidos de América
102. "Model Business Corporation Act" Estados Unidos de América

103. “Sherman                    Estados Unidos de América  
Antitrust Act”

## **JURISPRUDENCIA**

104. Corte Constitucional. Sentencia C-255 de 1995. Exp D-788. M.P.: Jorge Arango Mejía
105. Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997. Exp D-1598. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz
106. Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2001. Exp D-3279. M.P.: Rodrigo Escobar Gil
107. Corte Constitucional, Sentencia C-649 de 2001. Exp D-3278. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett
108. Corte Constitucional, Sentencia C-948 de 2002. Exp D-3937 y D-3944. M.P.: Álvaro Tafur Gavis.
109. Corte Constitucional, Sentencia C-665 de 2004. Exp D-5441. M.P.: Rodrigo Escobar Gil
110. Corte Constitucional, Sentencia C-537 de 2010. Exp D-7942. M.P.: Juan Carlos Henao Pérez
111. Corte Constitucional, Sentencia C-830 de 2010. Exp D-8096. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva
112. Corte Constitucional, Sentencia C-172 de 2014. Exp D-9827. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio
113. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 23 de mayo de 2001. Rad. No. 13325. M.P. Edgar Lombana Trujillo.
114. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de abril de 2002. Exp.: 6014 M.P.: Manuel Ardila Velásquez
115. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 20 de febrero de 1997, Radicado: (3488). C.P.: Juan Alberto Polo Figueroa

116. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 2 de julio de 1999 Radicado: (9384). C.P.: Daniel Manrique Guzmán.
117. Consejo de Estado, Sección quinta, Sentencia de Sala civil, 24 de agosto de 2001. Radicación 54001-23-31-000-2000-1749-01. M.P.: Darío Quiñones Pinilla.
118. Consejo de Estado. Recurso de Apelación contra la sentencia del 17 de julio de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Expediente No.2001-01261. C.P.: Marco Antonio Velilla Moreno.
119. Consejo de Estado. Sala Plena Contenciosa Administrativa. Sección Primera. Sentencia de 9 de Octubre de 2003 Rad: (8101) C.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
120. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera; Sentencia de 19 de noviembre de 2009; Rad: 11001-03-24-000-2004-00160-01. C.P.: Marco Antonio Velilla.
121. Consejo de Estado. Sección Cuarta, Sentencia de 9 de diciembre de 2004, Radicado: (14062). C.P.: María Inés Ortiz Barbosa
122. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 28 de enero de 2010, Expediente 25000-23-24-000-2001-00364-01. C.P.: Maria Claudia Rojas Lasso.
123. Consejo de Estado. Sentencia del 13 de noviembre de 2014, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Radicación: 2013-00254-01. C.P.: María Elizabeth García Gonzalez.
124. Consejo de Estado. Sentencia del 21 de agosto de 2014, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Radicación: 25000-23-24-000-2002-00909-01. C.P.: Maria Elizabeth García Gonzalez.
125. Corte de Justicia de las Comunidades Europeas. 20 de abril de 1999, en el asunto LVM contra la Comisión Europea. Rec. II-931.
126. Corte de Justicia de la Comunidad Europea. Decisiones de 16 de diciembre de 1975, caso Suiker y de 18 de julio de 1999, caso Anic.
127. Corte de Justicia de la Comunidad Europea del 16 de noviembre de 2000, asunto 291/98 P, Sarrió: Rec. I-9991

128. Decisión de la Comisión Europea CE del 2 de diciembre de 1981, en el caso “Hasselblad”.
129. C-306/96 Javico V Yves St Laurent, (1998) ECR I-1983; Case COMP/29.373 Visa International, European Commission, (2002) OJ L318/17. También véase: Commission Guidelines on the Application of (Article 101 TFEU) (2004) OJ 101/97, 21-22. En: Resolución de la SIC 23890 de 2011
130. Resolución (Expediente. 612/06, Aceites 2). En Madrid, a 21 de junio de 2007. [www.tdcompetencia.es](http://www.tdcompetencia.es)
131. Tribunal de Justicia de las Comundidades Europeas Asunto C-49/92 P Comisión de las Comunidades Europeas / Anic Partecipazioni SpA Competencia. Boletín Económico de ICE Nº 2640 del 10 al 23 de enero de 2000 57. En: Resolución de la SIC No. 65477 de 2010
132. Comisión Europea. Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. 2011/C 11/01. Numerales 24-25.
133. Comisión Europea. Decisión de 25 de abril de 2001, caso Société L. Brouillet. BOCC 23 de junio de 2001. En: Resolución de la SIC No. 4946 de 2009.
134. Departamento de justicia [www.justice.gov/](http://www.justice.gov/)
135. Comisión federal de comercio de EEUU [www.ftc.gov/](http://www.ftc.gov/)
136. Corte de Justicia de la Comunidad Europea en la decisión “Pates des Bois” de 31 de marzo de 1993.

## **LIBROS, REVISTAS Y TESIS**

137. VELANDIA, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo. Bogotá: Universidad Externa de Colombia, 2008.
138. VELANDIA, Mauricio. Derechos de los mercados: Apuntes. Bogotá: Mauricio Velandia Abogados. 2006.
139. MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. “La Regla de la Razón y la Regla Per Se en el Derecho Colombiano”. Bogotá: CEDEC. 2017.

140. UPRIMNY, Rodrigo. RODRÍGUEZ, César Augusto. Constitución y modelo económico en Colombia: Hacia una discusión productiva entre economía y derecho. Revista Debates de Coyuntura Económica.
141. OSSA BOCANEGRA, Camilo, Fundamentos de derecho de la aplicación publica de la competencia en Colombia. En: revista Facultad de Derecho y Ciencias. Universidad Externado de Colombia. Vol. 44, No (enero-junio, 2014).
142. BARDEY, David. BECERRA, Alejandro. CABRERA, Pilar. Análisis económico de la normativa de libre competencia en Colombia. Bogotá: Fedesarrollo, 2013.
143. ÁLVAREZ LONDOÑO, Luis Fernando. Últimas tendencias del derecho de la competencia en Latinoamérica. CEDI 2008. Pontificia Universidad Javeriana.
144. US Antitrust Law and policy in historical perspective, Laura Phillips Sawyer. Working paper. Harvard Business School. 2019.
145. M. Fox, Eleanor and HEALEY, Deborah. When the state hurts competition. En: Antitrust Law Journal. Vol. 79, No. 3 (2014)
146. LARES COLMENARES, Mary Elena. La competencia desleal ante la SIC y otras autoridades administrativas. En: Con-texto: Revista de Derecho y Economía. 69. (2004)
147. GALVEZ ALBARRACÍN, Johnny Enrique. VELÁSQUEZ TRUJILLO, Maria del Rosario. Aplicación de la regla de la razón (Rule of the reason) en el análisis de los Acuerdos de Cartel, dentro del Derecho de la Competencia. Cali. 2015. Trabajo de grado (Maestría en Derecho Empresarial). Universidad ICESI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.
148. OSSA ARBELAEZ, Jiame. *Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Legis (2000)
149. TORRADO FRANCO, Eliana. Régimen sancionatorio y el otorgamiento de garantías sobre prácticas restrictivas de la competencia en la Ley 1340 de 2009. En: Revista de Derecho Privado, núm. 43, junio, 2010. Universidad de los Andes.
150. RAMÍREZ TORRADO, María Lourdes. HERNÁNDEZ MEZA, Nelson. Análisis de las funciones administrativas y jurisdiccionales de la Superintendencia de

- Industria y Comercio en materia de libre competencia. En: Revista: Derecho del Estado n.º 41, julio-diciembre de 2018.
151. ARCHILA PEÑALOSA, Emilio José. Novedades de la Ley 1340 de 2009 para el Régimen de Protección de la Competencia. Con-texto: Revista de Derecho y Economía. N.º 32.
152. COLOMA, German. La Defensa de la Competencia, Análisis económico comparado. Editorial Buenos Aires 2003.
153. ORTEGA SÁCHICA, Camilo. Aproximación al régimen de defensa de la competencia en Colombia. Cuaderno de la Maestría en Derecho, (5). 2016.
154. ALLENDESALAZAR, Rafael. (2008) "Posible reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia" En: MARTÍNEZ LAGE, Santiago y AMADEO PETITBÒ, Juan. Remedios y sanciones en el derecho de la competencia. Editado por Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons. Madrid.
155. DE LA CRUZ CAMARGO, Dionisio Manuel. Excepciones y exenciones particulares a la aplicación de la ley de protección de la competencia. Con-texto: Revista de Derecho y Economía. N.º 32. 2010.
156. ARBOLEDA SUÁREZ, Carlos Ignacio. El abuso de la posición de dominio en Colombia. En: Revista Derecho Competencia. Bogotá. Vol. 13 N°13, enero-diciembre 2017.
157. MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. El Régimen Integraciones empresariales para el Sistema Financiero y Asegurador. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012. Colección Cátedra Bancolombia N° 7.
158. VICKERS John, "*some Economics of Abuse of Dominance*". En: Competition Policy in the EU, Oxford University Press 2009. En: Resolución de la SIC No. 40912 de 2011
159. "Economics of Tacit Collusion" Marc Uvaldi, Bruno Jullien, Patrick Rey, Paul Seabright, Jean Tirole IDEI, Toulouse (March 2003). Final Report for DG Competition, European Commission.
160. POSNER, RICHARD. *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 2001. Segunda edición En: Guevara Inciarte Gustavo "El tratamiento de las practicas y comportamientos colusorios en Venezuela (1992-2006):

- Problemas teóricos y prácticos” Revista Derecho Competencia. Bogotá (Colombia). Vol. 4 N° 4, 191-243, enero-diciembre 2008.
161. Guevara Inciarte Gustavo “El tratamiento de las practices y comportamientos colusorios en Venezuela (1992-2006): Problemas teóricos y prácticos” Revista Derecho Competencia. Bogotá (Colombia), vol. 4 N° 4, 191-243, enero-diciembre 2008.
162. BELLO Martín. CRESPO, Maria del Pilar et.al *Derecho de la Libre Competencia comunitario y Español*. Editorial Thompson Aranzadi, Primera edición. En : Resolución SIC No. 65477 de 2010.
163. Cfr. Lalla Birbaud. La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence. Bibliothèque de Droit de L’interprise. Fèdèration Nationale pour le Droit de L’interprise. En : Resolución de la SIC No. 51694 de 2008
164. Marie MALAURIE-VIGNAL. Droit de la Concurrence interne et communautaire”. Sirey Université. 4ta edición. 2008. En: Resolución de la SIC No. 71794 de 2011.
165. Harrington Jr., Joseph E. Behavioral Screening and Detection of Cartels. European University Institute. Robert Schuman Centre for Advanced Studies. EU Competition Law and Policy Workshop/Proceeding. 2006. En: Resolución de la SIC No. 81391 de 2017.
166. Superintendencia de Industria y Comercio, “Guía Práctica para combatir acuerdos colusorios en procesos de contratación estatal”.
167. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), “Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas”,
168. Lawrence A. Sullivan. The Law of Antitrust an Integrated Handbook. (2000). En: Resolución de la SIC No. 23890 de 2011.
169. Secretario de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción, Expediente 064-011323/2001 SB-EV-HS, Dictamen No. 510 8 de julio de 2005. Pág. 118.
170. Fighting Hard Core Cartels: Recent Progress and Challenges ahead 2003. En: Resolución de la SIC No. 46111 de 2011.

171. Buccirossi, P. (2008) Handbook of Antitrust Economics. MIT Press. 2008.
172. Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors (AGCAC). Federal Trade Commission y US Department of Justice, Abril de 2002. Traducción libre.
173. Asociaciones Gremiales y Libre Competencia. Guía para la Acción. Versión para Consulta pública. Enero de 2011. Disponible en <http://www.fne.gob.cl/comunicaciones/agenda-fiscal/historico-agenda-fiscal/consulta-asociaciones-gremiales/>
174. POSNER. Richard. Exclusionary Practices and the Antitrust Laws. 43 Univ of Chi. L. Rev. 506 (1974). En: Resolución 33361 de 2011.
175. ELHAUGE Einer. *Defining Better Monopolization Standards*. 56 Stanford Law Review. 253, 256 (2003). En: Resolución de la SIC No 33361 de 2011
176. Directrices relativas a las restricciones verticales de la Comunidad Europea

## **CIBERGRAFÍA**

177. Sectores económicos. Banco de la República, Colombia. Fecha de consulta: enero de 2020. Disponible en: [https://enciclopedia.banrepcultural.org/index.php?title=Sectores\\_econ%C3%B3micos](https://enciclopedia.banrepcultural.org/index.php?title=Sectores_econ%C3%B3micos)
178. HERZOG, Lisa, "Markets", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Fecha de consulta: noviembre de 2019. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/markets/>
179. Óptimo de pareto. Fecha de consulta: enero de 2020 Disponible en: <https://policonomics.com/es/optimo-pareto/>
180. MOSQUERA, Freya Mery, "La constitución económica de 1991" (2017) Fecha de consulta: noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.ucc.edu.co/prensa/2016/Paginas/la-constitucion-economica-de-1991.aspx>
181. Clayton Antitrust Act. Fecha de consulta: noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.britannica.com/event/Clayton-Antitrust-Act>

182. World Trade Organization. Fecha de consulta: febrero de 2020. Disponible en: <https://law.duke.edu/lib/research-guides/gatt/>
183. Doha: briefing notes 2001. Fecha de consulta: febrero de 2020. Disponible en:  
[https://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/min01\\_e/brief\\_e/brief13\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/brief_e/brief13_e.htm)
184. Objetivos y Funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio. Fecha de consulta: noviembre de 2019. Disponible en:  
<https://www.sic.gov.co/objetivos-y-funciones>
185. Exclusive dealing/single branding. International Competition Network. (ICN). Disponible en:  
<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/library.aspx?search=exclusive+dealing&group=0&type=0&workshop=0>
186. OECD (2008), Pro-Competitive and Anti-Competitive Aspects of Trade/Business Associations (DAF/COMP (2007)45), November. Ver <http://www.oecd.org/dataoecd/40/28/41646059.pdf>