

### CONTENIDO

### PÁGINA

#### EDITORIAL

POR LEY, LAS INTEGRACIONES NO AVISADAS DEBEN SER OBJETADAS	1
COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO PARA CONOCER ASUNTOS DE DERECHO DE LA COMPETENCIA	3
SALVAMENTO DE VOTO DENTRO DE UN FALLO QUE DECIDE UN ASUNTO DE COMPETENCIA DESLEAL	7
REFORMA PROCESAL EN DERECHO DE LA COMPETENCIA	9

### EDITORIAL

#### POR LEY, LAS INTEGRACIONES NO AVISADAS DEBEN SER OBJETADAS

*Dura Lex Sed Lex*

#### Por Mauricio Velandia

Estuve observando nuevamente las normas de competencia y encontré algunas cosas que me gustaría compartir con ustedes. Entre esas, que una integración empresarial no avisada genera objeción de la misma.



La integración empresarial es una consecuencia económica a un negocio jurídico, por ello la integración empresarial

no es en sí misma un negocio jurídico. La consecuencia económica para que se presente una integración empresarial es que como consecuencia de la misma el número de oferentes se reduzca (integración horizontal), o cuando dentro de las etapas de la cadena de valor éstas se concentran en una sola empresa (integración vertical).

El negocio jurídico cuya consecuencia sea una integración empresarial, dice la ley, debe ser avisado antes de su realización para que el Gobierno estudie la implicación económica de la misma, autorizándola, condicionándola u objetándola. La Superintendencia de Industria y Comercio ha venido investigando empresas que no cumplen con el aviso de la operación para su estudio. En este supuesto, la SIC sanciona por la omisión, pero no objeta el negocio.

Sin perjuicio de haber abierto investigaciones bajo ese marco de interpretación en mi paso por la SIC, hoy después de la lectura comentada me alejo de dicha interpretación.

En opinión de nuestra firma, la falta de aviso de una operación conlleva a la objeción del negocio. Las razones jurídicas en la que se apoya nuestra interpretación son las siguientes.

En la ley se menciona que una integración debe ser objetada cuando se produzca una indebida restricción de la competencia, y se

Para mas información conéctese a <http://www.mauriciovelandia.com/>

## Derecho de los Mercados

presume que ello ocurre cuando entre las empresas integradas se presentaron previamente acuerdos, o cuando la resultante queda con posición de dominio (Artículo 5 del decreto 1302).

Sin embargo en uno de los extractos de la misma ley se indica que estas no son las únicas causales de objeción, por lo menos, es lo que deja entender el artículo 8 del decreto 1302 de 1964, cuando indica que cuando el Superintendente de Industria y Comercio “**objetare una operación** de fusión, consolidación o integración, **no porque tienda a producir una indebida restricción de la libre competencia sino** por cualquiera de los motivos expresados en la ley 155 de 1959, o **porque no se hayan suministrado las informaciones necesarias sobre los antecedentes, modalidades y finalidades de la operación**, la resolución correspondiente no requerirá el concepto previo del Departamento Administrativo de Planeación” (Negrillas por fuera de texto original).

En este orden, leyendo el texto, resultan diferentes causas de objeción:

- i. Cuando la operación tienda a producir un indebida restricción de la competencia;
- ii. Por los motivos expresados en la ley 155 de 1959; y
- iii. Por no haber suministrado las informaciones requeridas

Apoyado en la ley, hoy cambio de posición. Y opinó que las integraciones no avisadas al Gobierno deben ser objetadas, pues se trata de una causal de derecho, la cual por ello opera de pleno derecho. Por tal motivo, en términos de ley, cuando la Superintendencia o la entidad competente conozcan de una operación no avisada, procede, de inmediato, la objeción de la misma, con las implicaciones que esto tiene.

No existe norma que respalde una interpretación consistente en que las operaciones no avisadas deben ser investigadas como un comportamiento restrictivo, donde no se declare la objeción, y adicionalmente donde procedan las garantías para el perdón por el no aviso.

*Dura Lex Sed Lex.*

Con este tema damos nacimiento a nuestro Blog de discusión denominado “**Derecho de los Mercados y Responsabilidad**” dentro del CEDEMERC (Centro de Estudios de Derecho de los Mercados), poniendo a discusión de ustedes esta interpretación. Dentro del Blog serán discutidos en adelante dos temas: (i) Derecho de los Mercados y (ii) Responsabilidad.

Mensualmente presentaremos un tema de discusión del cual pueden hacer parte todos y opinar al respecto.

Es mencionar que esta idea del Blog tiene como referencia un modelo Argentino creado por mi amigo Julian Peña, el cual ya tiene alcance latinoamericano. Las buenas ideas deben pertenecer a su dueño, y esto es de él. Este es un Blog nacional, para que nuestro país cuente con un medio de discusión igual al creado en Argentina, el cual, dicho sea de paso, es hoy el origen de la elaboración de un proyecto de ley para Argentina que nace de la discusión dentro del mismo Foro, donde se unen los diferentes miembros (abogados, economistas, y academia) para la elaboración del proyecto.

Nuestro Blog estará ubicado dentro de la página [www.mauriciovelandia.com](http://www.mauriciovelandia.com), en el enlace denominado CEDEMERC.

Vale la pena ejercer lo que tenemos, la opinión.


**Otro cosa.** Cumplimos 3 años del Boletín. Van 15 ediciones. Por ser el aniversario, y por la multiplicidad de temas que hoy se discuten en esta materia, esta es una edición que en su formato se separa de las anteriores. En esta edición encontrará los siguientes temas:

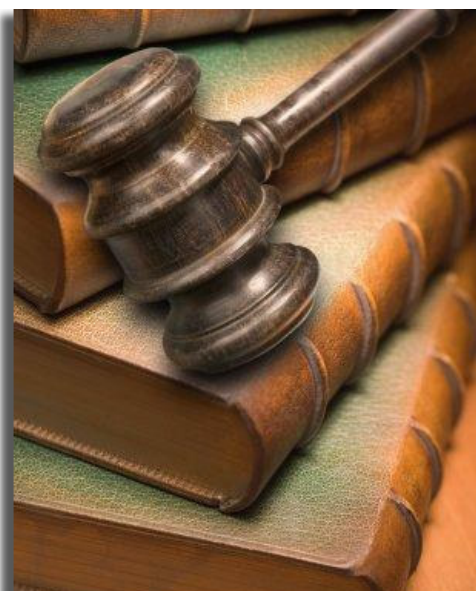
- Competencia de los Tribunales de Arbitramento para conocer asuntos de derecho de la competencia;
- Comentario al salvamento de voto del Tribunal Superior Civil dentro de un asunto de competencia desleal de los últimos días
- Opinión sobre el proyecto de ley que cursa en el Congreso para reformar las normas de competencia, y lo que pensamos debe ser adicionado.

Esperamos que el Boletín sea de su agrado.

---

### COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO PARA CONOCER ASUNTOS DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

 Por Mauricio Velandia



Actualmente se discute la competencia que tiene un Tribunal de Arbitramento para conocer y fallar asuntos relacionados con prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal.

Teniendo en cuenta lo anterior, por considerarlo de interés, y aportar a la discusión, una vez estudiado el tema desde el punto de vista académico, es nuestra opinión que los Tribunales de Arbitramento son competentes para decidir la responsabilidad privada por una práctica comercial restrictiva que cause daño, de acuerdo con las siguientes conclusiones:

- De conformidad con las normas civiles, el hecho que ha inferido daño a otra persona es fuente de obligaciones;
- El daño sufrido en la propiedad privada es de carácter transigible, estando entonces el Tribunal de Arbitramento transitoriamente investido de la facultad de administrar de justicia cuando ello sea así;
- Tanto el régimen de prácticas comerciales restrictivas, como el régimen de competencia desleal, salvaguardan diferentes bienes jurídicos tutelados, el primero cuida el mercado, y el segundo la concurrencia;
- Una práctica comercial restrictiva puede ser la causa de un daño a la propiedad privada;
- Un comportamiento puede no afectar los intereses del mercado, y no ser una práctica comercial restrictiva, sin embargo, ese comportamiento si puede ser la causa eficiente del daño a la propiedad privada;
- Una práctica comercial restrictiva puede generar responsabilidad contractual o responsabilidad extracontractual;

# BOLETIN

## Derecho de los Mercados



- Las acciones de competencia desleal pueden ser públicas o privadas;
- Los comportamientos desleales pueden causar daño a una empresa;
- El daño proveniente de un comportamiento desleal puede ser contractual o extracontractual.

Las anteriores conclusiones, bajo las siguientes consideraciones:

Para tratar el tema primero haremos una introducción a temas que serán los insumos para esta opinión:

### 1. Introducción

#### 1.1 El daño es fuente de obligaciones

Según el artículo 1.494 del Código Civil, "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; **ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos**; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia." (Subrayado fuera del texto original)

Como bien se observa, la ley considera que el daño causado a otro es fuente de obligaciones.

#### 1.2 Facultad del Tribunal de Arbitramento para fallar asuntos transigibles

De conformidad con el artículo 1 del decreto 2279 de 1989, "Podrán someterse a arbitramento las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir, o vinculadas con uno o varios fideicomisos mercantiles."

De acuerdo con el texto legal, todo aquello que sea sujeto a **transacción** puede ser conocido y fallado por un Tribunal de Arbitramento.

#### 1.3 Bienes tutelados en materia de prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal

Cada régimen jurídico que impera en nuestro derecho salvaguarda un bien tutelado.

Es importante explicar el alcance de los dos regimenes, así como el bien tutelado por cada uno.

##### a. Prácticas comerciales restrictivas

El régimen de prácticas comerciales restrictivas aparece contenido dentro de la ley 155 de 1959 y del decreto 2153 de 1992. Allí se castigan los comportamientos por medio de los cuales los diferentes agentes económicos "falsean la competencia".



Lo que se castiga es que las empresas obtengan utilidades como consecuencia de la falta de competencia. Es decir, se reprime las concentraciones de dinero provenientes de la falta de competencia. Con esto se intenta cuidar (i) la capacidad adquisitiva de bienes de los consumidores, y (ii) la exclusión indebida de competidores (ver Numeral 1 del Artículo 2 del Decreto 2153 de 1992). Veamos:

(i) En teoría económica el precio es resultado de la oferta y la demanda. En esa medida, en un mercado competitivo los

Para mas información conéctese a <http://www.mauriciovelandia.com/>



## Derecho de los Mercados

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



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

No obstante lo anterior, quedan a salvo las acciones privadas de aquellos que sufrieron daño en su patrimonio como consecuencia de la restricción (comportamiento). Derechos transigibles.

Al Gobierno le compete el fallo administrativo cuidando el mercado, en tanto que a la jurisdicción le corresponde

declarar el daño privado por los perjuicios sufridos por un comportamiento, tal como será expuesto adelante.

### 1.3.2 Competencia desleal

El tema de competencia desleal aparece regulado en la ley 256 de 1996.

Allí se castigan los comportamientos que dañan la concurrencia. La concurrencia es la tranquila participación en un mercado y el sano enfrentamiento entre las empresas. En nuestro concepto es una ley mal denominada, pues no se requiere que los dos extremos del proceso jurídico sean competidores (artículo 3 de la ley 256 de 1996). Debería ser denominada “de deslealtad”, pues puede ser desleal quien no es competidor.

Diferente al anterior, aquí no se cuida la capacidad adquisitiva de los consumidores. Se protege la concurrencia, la cual puede ser defraudada por comportamientos opuestos a la buena fe, a la transparencia. Como cuando un consumidor desacredita una empresa sin causa. En este caso se daña la concurrencia de la misma, pero el cliente no es competidor.

Las acciones de competencia desleal pueden ser preventivas o de perjuicio. (i) Preventiva, cuando se causa daño a la concurrencia, pero aún no se ha causado daño a la empresa, como cuando una empresa se presenta con un producto engañoso. La empresa ya dañó la concurrencia, pero no ha causado daño a otro. Se pretende la erradicación del comportamiento antes que cause daño a un privado. (ii) La de perjuicio, cuando se daña la concurrencia y además se daña a una empresa. Se pretende la indemnización del perjuicio como consecuencia del comportamiento anticoncurrencial (desleal).

Po tratarse de un daño a la propiedad privada, y ser éste un asunto sujeto a transacción, el Tribunal también es competente para este asunto. El asunto se tratará más adelante.

## 2. Competencia del Tribunal de Arbitramento para decidir daño generado por un comportamiento restrictivo

## Derecho de los Mercados

Bajo este acápite se desarrolla la competencia del Tribunal de Arbitramento para asuntos de prácticas comerciales restrictivas.

### 2.1 Pretensión: Causa del daño privado

Cómo se indicó, bajo este régimen se reprimen los comportamientos restrictivos protegiendo a competidores y consumidores. A los competidores para no ser excluidos, a los consumidores para que el resultado de lo ofrecido en el mercado no sea producto de la falta de competencia mediante comportamientos arreglados o abusivos, los cuales son a su vez exclusorios o colusorios. Es decir, se cuida el mercado.

Producto de estos comportamientos, proceden dos acciones. Por una parte, (i) la investigación administrativa a cargo del Estado, y (ii) la acción de daño sufrido por un comportamiento. Esta última, independiente del daño al mercado, pues bien puede suceder que un comportamiento no dañe el mercado, pero si restrinja la competencia de un particular. Su comportamiento es la causa de mi daño, y perjudica mi competencia, por ello tengo derecho a perjuicios.

Entonces, se diferencia el daño al mercado, calificado por el Gobierno, con el daño a la propiedad privada, el cual es competente para conocer el Juez, y no la administración.

La restricción al mercado la califica el Gobierno, pero el perjuicio al particular, por ser fuente de derecho civil, la califica la jurisdicción.

Daño, no al mercado, sino a la propiedad privada.

Así las cosas, por existir daño y ser éste transigible, puede estudiarse por parte del Tribunal el asunto, independientemente que sea violatorio de las normas de competencia o que si lo sea. Se estudia si un comportamiento es la causa del daño.

### 2.2 Relación contractual y extracontractual

El daño puede tener naturaleza contractual o extracontractual.

En el mismo sentido, si la práctica restrictiva se presenta en cumplimiento de un contrato, y el negocio jurídico cuenta con cláusula arbitral, podrá el Tribunal debatir el asunto, pues las partes lo habilitaron para ello (previsible para las partes en el contrato). Es importante indicar que las normas de competencia son de orden público, por tanto su inclusión dentro de un contrato generan nulidad (ver Artículo 49 del decreto 2153 de 1992). Otra razón para argumentar la competencia del Tribunal, cuando se alegue nulidad sobre la inclusión de la cláusula dentro de un contrato.

Si la restricción es de origen extracontractual, y no existe cláusula arbitral, se requerirá un arreglo posterior que habilite al Tribunal para su conocimiento.



### 3. Competencia del Tribunal para fallar casos de competencia desleal

#### 3.1. Los asuntos de competencia desleal son transigibles

Desde el punto de vista jurisdiccional los asuntos de competencia desleal son de conocimiento de los jueces (ley 256 de 1996), y de la Superintendencia de Industria y Comercio (ley 446 de 1998).

Sobre estos procesos, por ser abreviados, cabe la conciliación. En tal medida, por ley, es un asunto transigible, razón por la cual no entra en discusión la competencia del Tribunal de Arbitramento para conocer el asunto.

Es de anotar que para algunos sectores especiales los asuntos de competencia desleal también son administrativos. Como es en materia financiera, servicios públicos, televisión, etc. Lo cual no excluye lo jurisdiccional donde se debate el daño a lo privado.

### 3.2 Daño contractual y extracontractual

Al igual que se mencionó para el tema de prácticas comerciales restrictivas, el daño ocasionado por competencia desleal puede ser contractual o extracontractual.

De acuerdo con lo anterior, la competencia para que el Tribunal de Arbitramento conozca del asunto depende de la existencia de la cláusula arbitral y del origen del daño, sea este contractual o no.

### Conclusiones

Las conclusiones de esta opinión se encuentran al inicio del documento.

Sin embargo la conclusión final es que los Tribunales de Arbitramento son competentes para fallar daño privado por asuntos de competencia, sea una práctica comercial restrictiva o de competencia desleal.

Esta es nuestra posición académica, esperamos con esto aportar a la discusión.

---

#### SALVAMENTO DE VOTO DENTRO DE UN FALLO QUE DECIDE UN ASUNTO DE COMPETENCIA DESLEAL

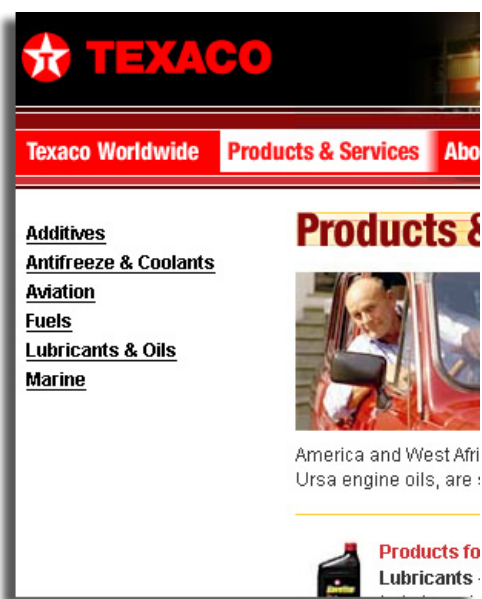
 **Por Mauricio Velandia**

Hace poco el Tribunal Superior Civil de Bogotá fallo en segunda instancia un asunto de competencia desleal. El contenido de la sentencia y del salvamento de voto es interesante. Es la primera vez que existe salvamento de voto en un asunto de competencia desleal, de ahí lo

valioso del caso, pues comienzan a nacer las vertientes dentro del tema.

El caso tiene los siguientes supuestos:

Se trata de un caso donde una Estación de Servicio con bandera de Texaco cambió inesperadamente la bandera de Texaco por una de Exxonmobil. En la demanda la parte demandante alegó competencia desleal por inducción a la ruptura contractual. En primera instancia la SIC consideró que no existió inducción a la ruptura contractual, y desestimó las pretensiones, pues había sido voluntad de la Estación cambiar de mayorista de gasolina (poder dispositivo).



Hace dos años fuimos buscados por Chevron Texas Petroleum Company para interponer un recuso de apelación contra una Sentencia del *a quo*, la cual desestimó las pretensiones de Texaco.

Leyendo el caso observamos hechos que habían pasado desapercibidos en los alegatos y en la sentencia, especialmente el hecho que en la Estación de Servicio podría haberse vendido gasolina bajo la bandera de Texaco, ya que Texaco no suministró más gasolina y la bandera siguió en pie, sin embargo la estación había seguido atendiendo con la bandera Texaco, situación que a nuestro modo de ver podría generar competencia desleal, no por inducción a la ruptura contractual, sino por desviación de clientela, pues el signo

## Derecho de los Mercados

distintivo que reconoce al establecimiento (bandera) identifica al empresario frente a la clientela.



El argumento que utilizamos en la apelación, es que existió desviación de clientela por la venta de gasolina bajo una bandera diferente que no correspondía al suministrador de la misma, contando con el acervo probatorio existente en el expediente.

La Sentencia del Tribunal confirmó la decisión del *a quo*. Pero se trata de una Sentencia con salvamento parcial voto.

Por considerarlo interesante, voy a transcribir algunos apartes de la sentencia, y del salvamento de voto, pues considero que son ilustrativos.

Dentro de la sentencia se expresa “En lo relacionado con el uso indebido de la bandera CHEVRON TEXACO, que es un símbolo que identifica la marca TEXACO, no fue un hecho denunciado en la queja. Óbserve también que ni siquiera se solicitó ni decreto prueba alguna para establecerlo. Más, en gracia de discusión y aún aceptando que hubiera sido objeto de la investigación, que no lo fue, no aparece una prueba que haya sido controvertida y plenamente demostrativa de su ocurrencia, es decir, que permita establecer, con certeza que durante la vigencia del contrato la sociedad ARMANDO CIFUENTES R.

CÍA y el señor ROGER ARMANDO CIFUENTES MARTINEZ habían distribuido gasolina EXXONMOBIL bajo el símbolo de la marca TEXACO.”(Subrayado fuera del texto original)

Cómo se observa, el punto tratado en la Sentencia es que el cargo de desviación de clientela no se solicitó al principio con la demanda, y no existían pruebas suficientes.

El salvamento parcial de voto de la Magistrado Ana Lucia Pulgarin, siguiendo la misma línea de la Sentencia, es más generosa, y dice, “De otra parte encuentro procedente confirmar la decisión impugnada, mediante la cual no se accede a las pretensiones de la demandante, dado que si bien la conducta constitutiva de competencia desleal, a mi juicio fundamentadamente, en la distribución de gasolina de la demandada Exxon Mobil de Colombia, en la estación de servicio distinguida con el nombre y emblema de la demandante, tal supuesto fáctico no fue debidamente acreditado, sin que los medios de prueba aducidos por el recurrente para señalar que obra prueba de que tal hecho ocurrió pueda ciertamente inferirse con la certeza que para el efecto se requiere, que las demandadas incurrieron en tal conducta, resultando entonces carente de soporte probatorio la conducta reprochada, la que de haberse demostrado constituiría soporte para acceder a las suplicas de la demanda, pues es innegable que si se distribuye un producto en un establecimiento que expone un nombre y un emblema distintivo, al que no corresponde realmente el producto que se vende, ello desvía la clientela, ...” (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Llegamos tarde al caso, sin embargo a nuestro modo de ver quedan dos cosas para rescatar. La primera, que el derecho sustancial si está por encima del procesal, pues en este caso, el Tribunal Superior Civil de Bogotá, de manera hábil, indicó que un comportamiento como el comentado en la apelación es competencia desleal. Lo segundo, que todo depende del inicio de las cosas, pues de él depende como será el final.



El salvamento de voto, y la sentencia pueden ser consultadas en la página de internet [www.mauriciovelandia.com](http://www.mauriciovelandia.com).

naturaleza jurídica de quien la desarrolle y cualquiera sea la actividad o el sector económica en que esta se ejecute o produzca efectos.

**REFORMA PROCESAL EN DERECHO DE LA  
COMPETENCIA**

**M** Por Leonardo Ortiz y Mauricio Velandia

En días pasados el representante a la cámara por el departamento del Atlántico, Álvaro Ashton, radico en la Cámara de Representantes un proyecto de ley que busca reformar algunos aspectos procedimentales sobre el derecho de la competencia colombiano. El texto del proyecto de ley junto con su exposición de motivos puede ser consultado en nuestra página de internet [www.mauriciovelandia.com](http://www.mauriciovelandia.com). Sin embargo, a continuación transcribimos el articulado del proyecto.

Por considerar que es momento de participar activamente, presentamos los comentarios que tenemos al respecto., los cuales son resultado de las discusiones que se presentaron en el CEDEMERC.

**Proyecto de Ley**

“Por medio del cual se dictan normas en materia de integraciones y prácticas restrictivas de la competencia”

**EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

**DECRETA:**

**Artículo 1°. Competencia privativa sobre prácticas restrictivas de la competencia y control de integraciones empresariales.** La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas que autoriza la ley 155 de 1959, el decreto 2153 de 1992 y las normas que las complementen o modifiquen, en relación con la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones sobre prácticas restrictivas de la competencia, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica con efecto en los mercados del país, independientemente de la forma o



Corresponderá igualmente a la Superintendencia de Industria y Comercio ejercer en forma privativa la función a que se refiere el artículo 4° de la ley 155 de 1959 y demás normas sobre la materia, en relación con la integración de empresas que tengan efectos en los mercados del país, cualquiera que sea el sector o actividad económica de las empresas interesadas en integrarse.

**Parágrafo 1°:** El procedimiento que debe adoptar la Superintendencia de Industria y Comercio en el trámite de los procesos de integración y practicas restrictivas de la competencia, es el que establece le Código Contencioso Administrativo vigente.

**Parágrafo 2°:** La investigación preliminar que abra la Superintendencia de Industria y Comercio, tendrá un término de dos meses de duración para archivar o abrir la investigación respectiva según el caso.

**Artículo 2°. Caducidad sancionatoria.** La facultad que tiene al Superintendencia de Industria y Comercio para imponer sanciones por violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas de la

## Derecho de los Mercados

competencia, así como por falta de notificación de operaciones de integración jurídica-económica, caducará a los seis (6) años de producida la conducta que pueda ocasionar tales sanciones.

**Artículo 3°.** Monto de las multas a personas jurídicas. El numeral 15 del artículo 4° del decreto 2153 de 1992 quedará así:

“Imponer sanciones pecuniarias hasta por el equivalente a cien mil salarios (100.000) mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor del Tesoro Nacional, por violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas restrictivas a que se refiere la ley 155 de 1959, el decreto 2153 de 1992 y normas que a complementan o modifiquen.

Con sujeción al mismo límite, la Superintendencia de industria y Comercio impondrá multas por incumplir el deber de notificar una operación de integración jurídica económica.

**Artículo 4°.** Monto de las multas a personas naturales. El numeral 16 del artículo 4° del decreto 2153 de 1992 quedará así:

“imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas restrictivas de la competencia a que se refiere la ley 155 de 1959, el decreto 2153 de 1992 y las normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor del Tesoro Nacional.”

**Artículo 5°.** Actuaciones en curso. Las autoridades que a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, adelanten investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia, continuarán conociendo de ellas hasta su culminación. También le corresponderá decidir sobre las integraciones que les hayan notificado antes de la entrada en vigencia de esta ley.

Las investigaciones que se inicien con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley por prácticas restrictivas de la competencia, continuarán conociendo de ellas hasta su culminación. También les corresponderá decidir sobre las integraciones que les hayan notificado antes de la entrada en vigencia de esta ley.

Las investigaciones que se inicien con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley por prácticas restrictivas de la competencia, corresponderá adelantarlas a la Superintendencia de Industria y Comercio. Igualmente, deberá notificarse ante esa autoridad de toda integración que desee efectuarse a partir de la vigencia de la presente ley.

**Parágrafo transitorio:** Cuando se tratare de investigaciones iniciadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá un término máximo de sesenta (60) para terminar la investigación preliminar en concordancia con lo establecido en el Parágrafo 2 del Artículo 1°.

**Artículo 6°. Vigencia.** Esta ley rige a partir de su publicación.

**Comentarios de esta firma respecto del proyecto de ley:**

El artículo 1° del proyecto de ley, plantea el establecimiento de una autoridad única de competencia.

Sobre el particular pensamos que es inconveniente atribuirle el conocimiento de todos los casos de investigaciones administrativas por violación a las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia y estudio de los procesos de integración de empresas a una sola autoridad en los términos que lo dispone el artículo 1 del proyecto de ley. Esto, por cuanto el actual esquema permite que cada autoridad especializada en su propio sector y mercado pueda determinar los efectos de la conducta o comportamiento en su respectivo sector.

La reforma debería dirigirse a exigir, tanto en las investigaciones por prácticas

## Derecho de los Mercados

restrictivas de la competencia como en el estudio de integraciones jurídico económicas, el concepto previo de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre la conducta o los efectos de la integración en el mercado, el cual no será vinculante.

Sin embargo, si se optara por la implantación de una autoridad única en los términos del proyecto de ley, es decir, que la Superintendencia de Industria y Comercio conozca en forma privativa de todas las investigaciones cualquiera que sea la actividad o sector económico en que se ejecute o produzca efectos, deberá tener en cuenta el concepto previo de la autoridad encargada de la vigilancia o regulación del sector de la investigada, el tampoco será vinculante.



Adicionalmente, debe designarse un delegado del Ministerio Público con el fin de intervenir en defensa del derecho o interés colectivo protegido con las normas de derecho de la competencia. El concepto emitido por este funcionario deberá ser tenido en cuenta por la autoridad cuyo conocimiento tenga el asunto al momento de fallar. Esta atribución del Ministerio Público se deriva de las funciones establecidas en el artículo 277 numeral 4 de la Constitución.

En caso de considerar el establecimiento de una autoridad única en materia de

investigaciones por prácticas restrictivas, nuestra propuesta se dirige a la creación de un Tribunal de Defensa de la Competencia. Una autoridad administrativa independiente, con un régimen y naturaleza especial, tal como el que ostenta hoy en día la Banca Central. Esto con el fin de evitar cualquier tipo de intervención e influencia de cualquiera de los poderes públicos, sobre las decisiones de este organismo. En este caso, las funciones de la SIC y de las demás autoridades que tienen bajo su conocimiento el tema se verían modificadas, actuando como investigadoras y acusadoras frente al Tribunal que conocería de la etapa final de juzgamiento.

No obstante, para el trámite de los procesos de concentración económica seguirían conociendo las entidades que actualmente tienen bajo su cargo el tema, con los comentarios antes señalados.

Hay que tener en cuenta que el parágrafo 1° del artículo 1° del proyecto de ley derogaría por completo el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

A pesar de lo anterior, estamos de acuerdo con esta propuesta. Es importante unificar el procedimiento que se adelante ante la Superintendencia de Industria y Comercio y ante cualquier otra autoridad para los casos de investigaciones administrativas por prácticas restrictivas de la competencia e integraciones jurídico económicas.

Consideramos que las garantías en materia de prácticas restrictivas de la competencia, son inconstitucionales al dejar la afectación al bien jurídico tutelado por el derecho de la competencia impune. Con las garantías el ilícito quedaría sin sanción y sin ningún tipo de reproche lo que derivaría en la causación de un daño que no genera ningún tipo de responsabilidad.

En caso de persistir en que permanezcan en el ordenamiento jurídico colombiano, las mismas deberían extenderse al procedimiento adelantado por todas las autoridades a quienes les corresponda adelantar la respectiva investigación administrativa por prácticas restrictivas de la competencia, y rebajando multa, pero no perdonando.

## Derecho de los Mercados

El parágrafo 2 del proyecto de ley no tiene sentido por contradecirse con el parágrafo 1, ya que éste elimina la averiguación preliminar establecida en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, el 2 la nombra.

Pese a lo anterior, el parágrafo no establece con claridad a partir de que momento se comienzan a contar los dos (2) meses de duración de la investigación preliminar. Por otro lado, tampoco se indica que pasaría en caso que la averiguación no termine en dicho lapso, ¿habría silencio administrativo positivo o negativo, u operaría la caducidad para la imposición de la sanción?

En la mayoría de conductas restrictivas sus efectos y consecuencias son inmediatos o la realización de la misma es de carácter continuado o permanente. Esto hace que el término de caducidad hoy establecido para investigar y sancionar una conducta que afecte el bien jurídico tutelado por el derecho de la competencia sea completamente razonable.

La colectividad, titular del derecho colectivo a la libre competencia, necesita de decisiones prontas cuando se afectan sus intereses. Por este motivo, dejar sin sanción durante tanto tiempo el ilícito contra la libre competencia implicaría desamparar su derecho. Además, teniendo tanto tiempo para ejercer su facultad las entidades, llegarían a tomarse todo el término completo con la excusa de congestión en sus despachos.

Ahora bien, si la falta de recursos es un motivo para que las investigaciones no sean ágiles esto no puede ser una carga para la colectividad que ve afectados sus derechos e intereses.

Si en ocasiones se ha considerado que la demora en las investigaciones es por causa de actuaciones temerarias del investigado o sus apoderados, existen mecanismos legales para reprimir estas conductas indeseables, tales como denuncias por actuaciones temerarias o por abusar del derecho a litigar.

Por otro lado, y adicionalmente, este término podría ser inconstitucional por violar el principio de igualdad, al establecer un término diferente para las

investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia y otras que no tengan esta misma causa.

Con respecto al monto de las multas, el actual no es para nada irrisorio y está acorde con nivel de la economía colombiana y el tamaño de nuestras empresas. Por tanto, el aumento propuesto por el proyecto de ley es desde cualquier punto de vista exagerado, y lo más grave no fija, los parámetros para la cuantificación de la multa dejando un amplio margen de discrecionalidad a la administración y de inseguridad a los administrados.

Si lo que se desea es anular los beneficios ilegales que obtiene el agente económico con su conducta, esto no se puede hacer a través de la multa, ya que ese beneficio consistiría en la ganancia que obtendría el agente por ejecutar la conducta y defraudar a competidores y consumidores, es decir el aumento en su patrimonio proveniente de un daño particular. Por tanto, la multa no debe tener en cuenta este beneficio por la conducta ilícita, este se debe tener en cuenta en el momento de evaluar el daño particular que reclame cualquier tercero afectado con la conducta.

Teniendo en cuenta el carácter procedimental del proyecto de ley, el artículo 5° contraría el artículo 40 de la Ley 153 de 1887<sup>1</sup>, ya que las autoridades que en la actualidad conozcan de investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia deberían terminar la etapa procesal en la que se encuentren y enviar el expediente a la Superintendencia de Industria y Comercio.

### Propuestas

Una vez mencionados nuestros comentarios sobre el proyecto de ley en trámite, indicaremos los temas que a nuestro criterio si requieren de una reforma o reglamentación urgente. Nuestra propuesta es la siguiente:

<sup>1</sup> Artículo 40, Ley 153 de 1887. "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.



**Integraciones verticales:** al no tener una regulación clara y precisa sobre las mismas, para la SIC la mayoría de ellas en nuestro ordenamiento jurídico están prohibidas. La tendencia mundial respecto de integraciones verticales es autorizarlas por las eficiencias que generan para la economía. El criterio para prohibirlas debería limitarse a aquellos casos en los que uno de los sujetos que realiza la operación ostenta posición de dominio o que como producto o consecuencia de la operación esta surja. La falta de regulación en esta materia mantiene a los empresarios colombianos en desventaja competitiva frente a empresarios extranjeros que en sus legislaciones no tienen estas restricciones.

**Integraciones horizontales:** es necesario el establecimiento de una guía sobre integraciones horizontales. Este tema, que quizá es el de más auge hoy en día dentro del derecho de la competencia, necesita de parámetros claros y definidos en su evaluación y trámite. Es necesario para las empresas tener claros los parámetros para la medición de su mercado relevante y la forma como este se estructura. Así mismo, determinar las causales de objeción y condicionamiento de una operación de integración o los parámetros para las mismas. Adicionalmente, hay que dirimir la controversia entre nulidad absoluta y nulidad relativa de las operaciones de integración no avisadas y por tanto si las mismas son subsanables o no.

**Abuso de la posición dominante:** el abuso de la posición dominante requiere definir las causales para su sanción, así como si las mismas son de carácter taxativo o enunciativo.

De esta forma, consideramos oportuno realizar cambios importantes en derecho de la competencia pero una dirección diferente a la del proyecto de ley comentado, y en cambio dirigidos a temas de mayor relevancia.

El congreso debe oír a la academia, a las empresas y a los profesionales.

---

**El próximo boletín volverá a su formato original.**