

**Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de
competencia.**

**Jorge Iván Castillo Rodríguez
C. C. 1.098.672.383 de Bucaramanga.**

**Trabajo de grado para optar al título de:
Abogado**

**Directora:
Mg. Angélica María Reyes Sánchez**

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
FACULTAD DE DERECHO
Bucaramanga
2016**

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

Es de gran felicidad y satisfacción hoy finalizar una etapa más de mi vida, cumplir un sueño y ver el fruto de un gran esfuerzo, y por ello quiero agradecer primeramente a mis padres Ivan Castillo Ariza y Lelis Rodriguez Valencia y hermanos Cristian Alejandro Castillo Rodriguez y David Leonardo Castillo Rodriguez que sin su incondicional apoyo no hubiera llegado al lugar en el que estoy en estos momentos y a los cuales les debo todo en la vida, también quiero dar las gracias a la Universidad Pontificia Bolivariana por darme la oportunidad de crecer tanto a nivel profesional como a nivel personal y por creer en mí y darme las herramientas necesarias para afrontar la vida y agradecer a todos quienes a través de todo este tiempo he conocido, quienes con su apoyo y comprensión fueron de gran ayuda, así, felicitar a mis compañeros de estudio por una meta más alcanzada, y de igual manera en especial a la mujer que me ha acompañado y ha sido un apoyo incondicional en la realización el presente trabajo ya que me motivo a terminar y a hacer de este trayecto por la universidad algo maravilloso Yeny Paola Franco Jerez.

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

Tabla de Contenido

Contenido

Capítulo 1.	7
Antecedentes del Derecho de la competencia en el ordenamiento jurídico colombiano.	7
Capítulo 2.	13
Libre Competencia en el Derecho Colombiano.....	13
Capítulo 3.	19
Introducción a la política de competencia.....	19
Capítulo. 4.	22
Derecho Público Económico.....	22
Capítulo 5.	26
El Derecho de la Competencia en Colombia.....	26
Las autoridades encargadas de la libre competencia en Colombia y sus principales funciones..	28
La SIC está integrada de la siguiente forma:	28
Capítulo 6.	33
Fundamentos normativos del acuerdo de fijación de precios.....	33
Capítulo 7.	37
Prohibición de Acuerdo de fijación de precios ACUERDOS (ANTI) COMPETITIVOS.....	37
Posición de dominio	41
Capítulo 8.	47
Reglas en torno a los acuerdos de fijación de precios como práctica restrictiva del Derecho de la Competencia a partir de la jurisprudencia.....	47
ACOTACIONES PREVIAS	49
Capítulo 9.	51
ACUERDOS DE FIJACIÓN DE PRECIOS.....	51
10. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.....	52
Bibliografía	55

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

RESUMEN GENERAL DE TRABAJO DE GRADO

TITULO:	ACUERDOS DE FIJACIÓN DE PRECIOS COMO RESTRICCIÓN AL DERECHO DE COMPETENCIA
AUTOR(ES):	Jorge Ivan Castillo Rodríguez
FACULTAD:	Facultad de Derecho
DIRECTOR(A):	Angélica María Reyes Sánchez

RESUMEN

Este trabajo ha permitido generar un estudio pormenorizado en el derecho comercial y la libre competencia en la fijación de precios por la legislación Colombiana desde el inicio de su vida Republicana con la Constitución Nacional de 1886. Y aunque en esta constitución no existiere tal apreciación como fundamento de Estado, si fue un proceso que se fue gestando en el desarrollo de la misma y en la reforma de 1936 se incluye como elemento esencial del gobierno para la protección de los ciudadanos, que a partir del artículo 1º de la Ley 155 de 1959, modificado por el Decreto 3307 de 1963, se establecen las reglas condicionantes para las prácticas comerciales. Pero es a partir de la Constitución de 1991, que se integra como principios de una política de liberalización económica, la adopción de una nueva constitución que establecía la libre competencia como un derecho constitucional y con la promulgación del decreto 2153 de 1992, se ampliaron los tipos de conducta sujetos a la ley de competencia y perfeccionaron las normas legales que se aplican a esa conducta. En este sentido Colombia se ha ido ajustando a las firmas de los convenios internacionales y reorganizando para el cumplimiento con los tratados de libre comercio, aunque falte un buen camino por recorrer, ya se han estado realizando todas las intervenciones necesarias para que se aprueben las leyes respecto a la protección de los desmanes de las empresas productoras y comercializadoras en las que se pueden ver manipulaciones de precios, monopolios y falsas publicaciones. En este sentido se ha venido estudiando las diferentes manifestaciones de los criterios de competencia en donde se tiene en cuenta la materia, territorio, cuantía, grado, conexión entre los procesos todo esto para castigar los actos anticompetitivos.

PALABRAS CLAVES:

Libre competencia, Fijación de precios, competencia desleal, Derecho económico, regulación económica

Vº Bº DIRECTOR DE TRABAJO DE GRADO

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

GENERAL SUMMARY OF WORK OF GRADE

TITLE: PRICING AGREEMENTS AS A RESTRICTION ON COMPETITION LAW

AUTHOR(S): Jorge Ivan Castillo Rodríguez

FACULTY: Facultad de Derecho

DIRECTOR: Angélica María Reyes Sánchez

ABSTRACT

This proposed as research process in compliance with the requirements for the degree of law, work has generated a detailed study on commercial law and free competition in the pricing Colombian law since the beginning of its republican life with the constitution of 1886. And although in this constitution there be no such an assessment as the basis of state, if it was a process that was brewing in the development of it and the reform of 1936 is included as an essential element of the government to protect the citizens, who from accordance with Article 1 of Law 155 of 1959, as amended by Decree 3307 of 1963, the rules for commercial practices are established. But it is from the 1991 constitution, which is integrated as principles of a policy of economic liberalization, the adoption of a new constitution that established free competition as a constitutional right and the promulgation of Decree 2153, which expanded the types of conduct subject to competition law and perfected the legal rules that apply to that conduct. In this connection Colombia has been adjusted to firms of international conventions and reorganizing to comply with free trade agreements, although missing a good way to go, either been performing all necessary interventions to ensure that laws are approved respect the protection of the excesses of producing and trading companies in which you can see price manipulation, monopolies and false publications. In this sense it is been studying the different manifestations of the competency criteria where one considers the matter, territory, quantity, grade, connection between processes all this to punish anti-competitive acts.

KEYWORDS:

Free competition, pricing, unfair competition, economic law, economic regulation

V° B° DIRECTOR OF GRADUATE WORK

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

INTRODUCCION

En el presente trabajo hablaremos sobre la prohibición descrita en la legislación colombiana consistente en la oposición de los acuerdos que entre dos o más personas que desarrollan una misma actividad comercial y que tengan como propósito la comercialización exclusiva y discriminatoria ocasionando grandes desigualdades entre el mismo gremio y generando políticas que desvirtúan el verdadero derecho a la competencia y así grandes conductas violatorias a los derechos de los consumidores, por lo que en este trabajo se realizara un análisis conceptual y jurisprudencial tendiente a indicar casos de acuerdos de fijación de precios donde se puedan reconocer pautas, reglas y precedentes sobre el tema en específico ubicándonos desde el punto de vista del ordenamiento jurídico colombiano y el efecto que puede tener en la economía del país y las políticas de apertura económica ya que el desarrollo del país como tal no es ajeno a dichas políticas, por tanto es indispensable entender las relaciones jurídico-económicas propias de nuestro entorno el cual abarca diversas actividades comerciales que van en protección siempre del interés público.

Por tanto el análisis que se realizara en el presente trabajo es fundamental para conocer y explorar las restricciones que en materia de competencia se presentan en nuestro ordenamiento jurídico día a día por lo que el tipo de investigación jurídica lógico-deductiva que se empleara en el siguiente trabajo nos ira ir de lo general a lo particular y así poder analizar cada tema en específico y así dar claridad y contexto a los temas a desarrollar.

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

Capítulo 1.

Antecedentes del Derecho de la competencia en el ordenamiento jurídico colombiano.

El Estado Colombiano, es uno de los estados que demoro en insertar por medio de una ley el derecho de competencia, dejando vacíos normativos sin establecer reglas de juego claras para el comercio y la protección del consumidor, en donde se aplicaban casos de conducta (acuerdos y abuso de posición dominante) y un sistema de revisión previa de fusiones y adquisiciones.

Que bajo los principios de la Constitución de 1886 fue aprobada la primera ley por el congreso de la república en 1959, siendo que en la Constitución no consagraba el derecho a la libre competencia económica, “tal consagración se produjo en la mayoría de los países latinoamericanos, con posterioridad al Consenso de Washington” (Garmendia, 2012),

En este Consenso de Washington se establecieron los controles de precios; este hecho dio pie a que en los demás países se insertaran las legislaciones correspondientes para el control de precios, ampliando las medidas necesarias para el derecho económico de competencia, mas sin embargo en Colombia se menciona que falto mayor control o eficacia en la aplicación de la ley.

El Estado Colombiano ha venido propiciando un gran proceso de mejoría en el ordenamiento jurídico creando una reglamentación acorde a las nuevas exigencias constitucionales y de mercado, con la intención de la protección del consumidor a partir de la Constitución de 1991, busco estar a la vanguardia en la modernización y acatamiento de las exigencias en los acuerdos internacionales, para brindar instrumentos concretos tanto en garantías como en el procedimiento judicial.

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

Este hecho de inducir a la creación de la normativa para los controles comerciales y en la que el estado tiene toda la potestad de intervenir con el ordenamiento jurídico colombiano al encontrar que la jurisdicción se considera como el poder genérico de administrar justicia, dentro de los poderes y atribuciones de la soberanía del Estado; al generar los espacios judiciales de competencia en la Rama Judicial, para el ámbito nacional lo busca tener claro en materia, cuantía, grado, turno, territorio imponiéndose por tanto una capacidad de respuesta a las necesidades que se presenten con eficiencia, eficacia y transparencia.

Revisado el ordenamiento jurídico anterior a la Constitución colombiana de 1991, se puede encontrar con la siguiente ley en la que se estipula claramente ciertas reglas anti monopolio, dice “ley 27 de 1888, por medio de la cual se prohibía la fundación de sociedades que tendieran a la creación de monopolio de las subsistencias o de algún ramo de la industria” (Concejo Nacional Legislativo, 1888).

Generando una segura autoridad para evitar malos procedimientos técnicos comerciales en los que se hincan los grandes fabricantes, y comerciantes, quienes buscan hacerse a una mejor oportunidad en el mercado, esto dio origen a una tímida y cautelosa reglamentación en el Estado Colombiano.

El proceso para la época no fue tan trascendente como si se inicia en la Constitución de 1991 en la que existieron diferentes circunstancias y exigencias de los nuevos procesos económicos con la apertura de las fronteras a los mercados internacionales, principalmente con los EEUU, quienes impusieron al Gobierno Nacional requerimientos claros en el ámbito de la justicia y su estructura legal, para que se generaran garantías plenas a las partes al momento de resultar los pleitos judiciales, por tanto el gobierno se vio obligado a actuar en el mejoramiento del aparato judicial, e implementar la reglamentación legal.

Ante estos antecedentes que después fueron criticados, pues aducían que la Constitución de 1991, fue incoada por la apertura económica y que el

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

compromiso del gobierno nacional genero los espacios para que se diera el desarrollo constitucional del país, en donde se insertaron una serie de principios económicos para que surgieran la nueva reglamentación en lo relacionado con los nuevos tratados de libre mercado, ya que de acuerdo al Artículo 88. De la Constitución Nacional. Reconoce la libre competencia como un derecho colectivo (Constitucion Política de Colombia, 1991).

Este principio instaurado en la Constitución Política de Colombia de 1991, en donde el Constituyente dio la libre competencia como un derecho colectivo esto da un privilegio para que los nacionales y extranjeros que deseen montar un negocio lo puedan hacer con las garantías legales y puedan competir con igualdad de condiciones en el mercado.

Por consiguiente se encuentra en la Carta magna, la oportunidad de que la instauración de precios debe ser concertada y regulada por el mercado pero en la medida que se encuentren fallos por abuso o dominio esta será intervenida en procura del beneficio de los consumidores.

De ahí que, en el Artículo 333 “La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades” “El Estado...evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.” (Constitucion Política de Colombia, 1991)

Ahora dándose toda esta actividad constituyente en medio del paso de la transición de una economía cerrada a la apertura del país a los mercados transnacionales acogándose al “neoliberalismo” en el que se adecua el país para que los productos de los países firmantes de los tratados de libre comercio tengan plenas garantías para competir con las empresas nacionales, (aunque resultan más favorecidas para las extranjeras), y a lo que dio el surgimiento al decreto 2153 de 1992. En el que reza en el Capítulo I. naturaleza y funciones. Retomando el artículo segundo párrafo primero en donde dice:

Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades; atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquellas que se han significativas, para alcanzar, en particular, las siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios (Congreso de la Republica, 1992).

Por consiguiente el Gobierno Nacional ha ido dando orden legislativa dando acatamiento a las exigencias impuestas en los compromisos de los tratados de libre comercio, buscando modernizar en la parte Administrativa como legal para estar a la altura de las exigencias que demanda el nuevo orden comercial; lo que ha dado oportunidad limitadamente a que la Rama Judicial tenga reformas estructurales, administrativas y procedimentales, aunque no se den las herramientas necesarias en adición de recursos financieros, humanos y logísticos, todo esto debe estar acompañado también de las reformas del ejecutivo, ya que debe instaurarse toda una organización de entidades de control como la Superintendencia de Industria y Comercio etc.

Todo esto ha estado acompañado Conforme a lo dispuesto en el Artículo 1 del Convenio firmado en París el 14 de diciembre de 1960, que entró en vigor el 30 de septiembre de 1961, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) deberá promover políticas destinadas a:

- alcanzar un crecimiento sostenible de la economía y del empleo, así como una progresión del nivel de vida en los países Miembros, manteniendo paralelamente la estabilidad financiera, con el fin de contribuir al desarrollo de la economía mundial;
- asistir en el trabajo de expansión de una economía sana, tanto en los países Miembros como en los demás países en proceso de desarrollo económico, y
- contribuir al crecimiento del comercio mundial sobre una base multilateral y no discriminatoria, de acuerdo con las obligaciones internacionales (OCDE, 2009).

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

En consecuencia la misión de la OCDE y el Banco Interamericano de Desarrollo, (BID), han venido asesorando a los países miembros a organizar la Rama Judicial, mecanismo necesario para lograr adecuación de la Legislación, en la Rama Judicial, se puede decir que se han dado las exigencias para que exista un sistema judicial claro, expedito y especializado, en donde existan los jueces, que solo atiendan lo penal, lo civil, lo laboral y lo administrativo etc. ya que esto brindara más eficiencia, eficacia y oportunidad ante las necesidades demandadas por la sociedad (OCDE, 2009).

Por tanto se han estado dando los pasos para el establecimiento de la aplicación de controles que garanticen el derecho de la competencia en el Estado Colombiano, en donde deben proceder a su vigilancia y prevenir actos que afecten el ejercicio comercial, que vulnere los derechos de los consumidores donde se sancionen lo pactos y actos desleales y las actuaciones ilegales.

En esta medida se han venido organizando las reglas jurídicas que den al derecho de la libre competencia las garantías de funcionamiento, aunque estos reglamentos, apenas están en proceso de construcción y adecuamiento para el Estado Colombiano, conociendo que estos pasos del derecho a la libre competencia ya venían dándose, desde el derecho Romano que tratara de estos temas de monopolio, aunque estos inicios no conducían a generar toda una jurisprudencia ni el hilo conductor si es tener los primeros pasos, en los que el derecho se va fundamentando; en Colombia se a dado tímidamente la reglamentación para el manejo comercial en donde se controle o prohíba las malas actuaciones industriales o comerciales, siendo en Estado Unidos donde toma fuerza, dando respuesta a los reclamos sociales, ya que se juntaban empresas para realizar convenios monopólicos, estableciendo los mercados y los precios perjudicando a los consumidores.

Son estas cadenas de pasos y el desarrollo comercial e industrial que se van estableciendo inicialmente en cada país, dando origen a las reglamentaciones legales para el control de los precios y evitar los monopolios de los mercados, en principio porque es el estado que debe garantizar la libre

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

competencia, pero mejor aún proteger del abuzo de los precios a los ciudadanos quienes se ven afectados por el poder industrial sobre los productos.

En este sentido y después de insertado los principios del derecho de la competencia en la constitución, y aun llevando lentamente la instauración en la adecuación de la Rama Judicial en el orden Nacional, Regional y Local, ha permitido notar que han existido avances notorios y hoy se cuenta con un área especializada para tener un control que garantice la competitividad junto a la regulación de precios, aunque faltan profundizar en la especificidad de las áreas judiciales para garantizar plenas garantías en Colombia.

En este aspecto aún falta profundizar mucho, ya que se han generado discusiones profundas en como clasificar el derecho de la competencia, si este puede estar inmerso en el derecho público o hace parte del derecho privado, pues el derecho comercial nace del derecho público, surgiendo de igual forma el derecho económico.

Los Gobiernos Colombianos ha venido impulsando la reglamentación de derecho de la competencia auspiciados por la OCDE y el BID, también en cumplimiento de los tratados de libre comercio, esto con el fin de tener toda la estructura administrativa y legal necesaria para cuando se presenten en este caso demandas que puedan ser atendidas y resueltas en el corto plazo, por lo que se debe tener a nivel nacional y regional, listo toda la infraestructura judicial.

También en este aspecto debe estarse adecuando la parte teórica del derecho de la competencia en donde inciden las universidades junto con las altas corte para tener claridad en la forma de procesos y procedimientos, para la actuación de los mismos órganos de control.

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

Capítulo 2.

Libre Competencia en el Derecho Colombiano...

El derecho de la libre competencia ha venido evolucionando en la medida que se desarrolla el sistema económico, realizando el mayor auge en los UUEE, en donde surge con mayor fuerza, y paulatinamente se desprendió a los demás países de América Latina donde se fue implementando bajo el Consenso de Washington.

En Colombia se inicia claramente la implementación en la constitución política de 1991, donde se generan los principios sobre los derechos de la libre competencia y la actuación del estado de intervenir en la evaluación de los precios, recogiendo los postulados de la intervención del Estado en la economía de la constitución anterior y sus leyes.

Los tratadistas neoliberales argüían que se debía dar los elementos necesarios, para que existiera una economía libre, en la que esta se regulaba solamente con el mercado, en donde existía una mano invisible, y esta intercedía entre la oferta y la demanda lo que generaría la regulación de los precios, pues los consumidores no comprarían si estos se encontraran en topes muy altos.

Lo que los tratadistas no concebían es que en el mercado de bienes hay unos vacíos comerciales donde el estado debe entrar a corregir, más aun cuando estos están obligados a pagar impuestos y generar contribuciones siendo intervenidos por el estado lo que se aduce que no son totalmente libres.

El concepto de economía de mercado tiene uno de sus fundamentos principales en la libre competencia, que resulta de la concurrencia libre en el mercado de ofertantes que producen bienes o servicios similares y, a su vez, consumidores que toman decisiones libres sobre sus compras en el mercado con información suficiente sobre las características de precio y calidad de los productos, sin que en estas decisiones intervengan fuerzas distintas a las del mercado mismo (Sanches, 2016). El concepto de libre competencia se aplica

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

normalmente en un país, y toma en cuenta a bienes nacionales como extranjeros. Por ello, las políticas de libre competencia y de libre comercio están estrechamente ligadas.

En este respecto y bajos los principios constitucionales se puede ver que la Constitución política de Colombia establece el principio de libre competencia como un derecho radicado en cabeza de todos los ciudadanos que supone responsabilidades y sometimiento a los límites que establezca la ley (Constitucion de Colombia, 1991).

En la que se puede interpretar tres razones como elementos de libertad íntimamente ligadas con la libre competencia los cuales son:

- Libertad para escoger actividad,
- Libertad para la entrada y salida de los mercados, y
- Libertad de realizar las operaciones de la manera en que considere que mejor satisface a clientes.

Punto de Vista de la Oferta: Todas las personas tienen derecho constitucional a concurrir a los mercados y ofrecer bienes y servicios en condiciones de libertad e igualdad (Londoño, 2013).

Punto de Vista de la Demanda: Todos los consumidores tienen un derecho constitucional a recibir bienes y servicios en condiciones de libre competencia. Esto se ha llamado libre escogencia (Londoño, 2013).

Ante esta libertad económica surge el derecho de competencia como elemento jurídico del estado para garantizar a los ciudadanos reglas de juego en el mercado y por las cuales todos se deben guiar sin generar daño del uno al otro.

En consecuencia el Estado Colombiano, ha venido incoando los principios constitucionales en la reglamentación jurídica aprobada por el Congreso de la Republica, lo que ha hecho que se tenga las reglas claras e insertadas en el contexto nacional y se estén llenando esos vacíos jurídicos que existían para garantizar la libre competencia.

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

Por tanto hoy ya se cuenta con la reglamentación jurídica necesaria en donde se establecieron las entidades de control y que la Rama Judicial pueda funcionar de la mejor manera, castigando a las empresas y comerciantes que generen acuerdos productivos, monopolios, perjudiciales para los consumidores finales, lo que indica que el gobierno ha ido cumpliendo con las exigencias impuestas para el control de la libre competencia.

En este sentido se cuenta con la siguiente reglamentación del régimen general de competencia, el cual marca unos directrices o parámetros en los cuales se sustentan las leyes que rigen el ámbito jurídico de la competencia como son:

- Ley 155 de 1959
- Decreto 1302 de 1964
- Decreto 2153 de 1992
- Ley 590 de 2000; artículo 16
- Ley 1340 de 2009 artículo 6°

Junto a esta legislación El Derecho de Competencia se ocupa de la protección de los intereses de los consumidores y de la protección de la libre competencia en los mercados. Éstos se protegen mediante la prohibición de actos que se considera impiden la competencia y mediante la promoción y abogacía por un entorno competitivo.

En este sentido también se empieza a tener la intervención de las altas cortes en especial la Corte Constitucional, quien va construyendo la jurisprudencia pertinente a los procesos del derecho de la libre competencia que regirá para el estado Colombiano ampliando y aclarando la legislación que está hecha para este caso especial.

Por tanto se tiene el pronunciamiento de la Corte Constitucional Colombiana en la que se reconoce dentro de la gama de libertades económicas, dos tipos específicos, complementarios pero distintos en su naturaleza jurídica: la libertad de empresa y la libre competencia. La primera es

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

“la facultad de las personas de afectar o destinar bienes de cualquier tipo para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporánea con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia” (Corte Constitucional, 2012).

En esto La Corte Constitucional genera una división, en primera medida resalta la capacidad de la persona para tener la libre empresa, en la cual dice quien puede producir y vender todo en el espacio económico y la ley protege por tanto lo que puede hacer siempre y cuando no perjudique al otro.

De igual manera la libre competencia, es donde las empresas pueden producir e ir tras de cualquier mercado para competir y exponer sus productos, esto quiere decir que no hay espacios vedados para los productos en cualquier empresa.

Por su parte, la libre competencia se concibe como

“...la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones... esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: i) la posibilidad de concurrir al mercado, ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario.” (Corte Constitucional, 2012).

En este aspecto la ley permite sin restricción ninguna la posibilidad para que los empresarios comercialicen en el territorio nacional sin sentirse cohibidos para con el producto lo que se propone la ley es garantizar igual oportunidad, derechos y deberes de los comerciantes, quienes podrá con libertad exponer sus negocios, conservando los dos elementos primordiales.

Ya que si se observan estas dos libertades podemos ver que la primera está prevista como una garantía a la iniciativa privada mientras que la segunda está encaminada a determinar unos presupuestos y prerrogativas, dentro de las que se encuentran principalmente lineamientos y políticas de Estado de acceso

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

al mercado, que buscan en últimas garantizar a los empresarios y consumidores un precio justo y mercado igualitario (Corte Constitucional, 2012).

En este aspecto lo que hace la corte Constitucional es resaltar la ley en sus diferentes expresiones contrastándola con la teoría que va surgiendo sobre el derecho de la libre competencia, por tanto lo que se presenta a continuación es el estudio sobre los conceptos legales aplicables en el Estado Colombiano, aclarado bajo las decisiones de la corte constitucional.

Esta concepción de libre competencia se deriva de toda esa gama de libertades y derechos que fueron enarbolados en las revoluciones de Francia, Inglaterra y Estados Unidos en los siglos XVII y XVIII, y es parte esencial de lo que conocemos hoy como Estado; es en últimas uno de los presupuestos de los Estados modernos, junto con la igualdad, la solidaridad, entre otros (HOBBSAWM, 1999).

Esto lo que permite ver es que los principios de la libertad de competencia tiene los precedentes en la revolución francesa y de los EEUU, en donde se trabajó todo lo relacionado con los derechos de las personas y por ende los derechos comerciales y empresariales, permitiendo ser aplicados en cada cultura y ambiente humano bajo los parámetros sociales y acorde a las necesidades.

La libre competencia se puede observar desde varios puntos de vista y bajo diversas acepciones. De su naturaleza jurídica podemos observar que:

- Está consagrado como Derecho individual de las personas (naturales y jurídicas) con las limitantes que la ley y el bien común deban imponer, artículo 33 Constitución Nacional (Constitucion de Colombia, 1991);
- también es un interés colectivo que busca la defensa de los consumidores y los empresarios, así como la defensa dela competencia económica *per sé* (Congreso de la Republica, 1998);
- igualmente es una pauta de conducta traducida en garantías legales y constitucionales previstas para sujetos inmersos en las relaciones comerciales y mercantiles. Artículo 88 ley 472. (Congreso de la Republica, 1998);

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

- por último, es además un dador de pautas y mecanismos para mantener la estabilidad y justicia en el mercado, configurándose como un principio rector de la economía (Muñoz, La libre competencia, 1997). Así, la libre competencia es a la vez una herramienta de protección de los intereses de los consumidores y también una forma de establecer reglas en la competencia en materia mercantil y comercial.

Por ende, sin este principio/derecho no se podrían ver surgir derechos tales como la libertad económica y el derecho de la competencia, que se configuran en materia comercial fundamentales para velar por los intereses de las personas y la buena actividad dentro de un ordenamiento jurídico.

En esta parte lo que permite resaltar es que el estado Colombiano ha aplicado claramente los principios universales para el funcionamiento de su estructura jurídica y administrativa, en el que la Rama Ejecutiva debe desarrollar toda una serie de actividades y controles para el ejercicio de derecho de competencia.

El derecho de competencia Colombiano se ha estado nutriendo de otros derechos especialmente del derecho Anglosajón y del continente Europeo en donde han venido trabajando desde tiempo atrás, esto ha permitido tener prueba error, para que en estos casos como en Colombia ya sus propuestas están estudiadas y realizadas en proyectos de ley en otros países.

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

Capítulo 3.

Introducción a la política de competencia

El Estado después de la reforma 1936 de la Constitución Política de 1886 fundamenta el inicio la política económica en la ley 155 de 1959, en la que se instaure las prácticas comerciales restrictivas que al día de hoy cumple 57 años de existencia de la ley y aún sigue vigente, bajo la presidencia de Alberto Lleras Camargo, y siendo aprobada por el respectivo Congreso de la República.

Hay que tener en cuenta que en la Constitución de 1886 no mencionaba la libre competencia, como elemento fundamental de la actividad comercial y en la que el estado debía intervenir, mas sin embargo al surgir la Ley 155/59, con base en el “artículo 32 de la Constitución Política de 1886” (Organización de Cooperación, 2009), con arreglo al cual correspondía al Estado la dirección general de la economía y lo facultaba a intervenir en determinadas circunstancias.

.En este sentido se establece en el artículo 1° de la Ley 155/59 sobre prácticas comerciales restrictivas, establece como principio general la prohibición de “acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas con tendencia a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios no equitativos” (Diario Oficial 30138, 1960).

De igual manera la Ley 155/597 establece un régimen de control previo de fusiones y adquisiciones (que en Colombia se denominan “integraciones económicas”), obligando a las empresas que se dedican a la misma actividad económica a “informar al Gobierno Nacional de las operaciones que proyecten llevar a cabo con el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, cualquiera que sea la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración” y establece que las empresas “podrán proceder a realizar” la operación si el

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

Gobierno no la ha objetado en el plazo de 30 días luego de presentada la documentación completa de notificación. El artículo 10 de la Ley 1340/09 modificó el procedimiento segmentando en el trámite de información en tres etapas. La primera, comprendida por la solicitud de pre- evaluación que debe ir acompañada por un informe sucinto y que culmina al tercer día de la presentación del informe. La segunda que comprende todos los trámites que deben surtirse a partir de la etapa anterior y dentro de los 30 días siguientes a la presentación de la información por parte de los interesados, y la tercera, que contiene los trámites que deben surtirse durante los 3 meses siguientes desde el momento en que los interesados han allegado la totalidad de la información. Sin perjuicio de lo anterior, y dentro de los tres meses siguientes al recibo de la información completa, si la autoridad no se hubiere pronunciado, se entenderá que la operación ha sido autorizada (Diario Oficial No. 47.420, 2009).

Pero ya antes la Ley 155/59 había sido modificada por el Decreto 3307 de 1963 y reglamentada en 1964 mediante el Decreto 1302, pero esa reglamentación fue insuficiente para dar paso a una implementación efectiva y rara vez fue aplicada con el objetivo de preservar la competencia (OCDE, 2009). Pero solo fue implementada en la parte de manejarla como base legal en la aplicación de controles de precios.

Para 1974 surge el decreto 627 de abril 10 en el que se instaura el Consejo Nacional de Política Económica y Social, esta disposición fue modificada por el Decreto 2500 de 2005, quedando en el artículo 1º. El Consejo Nacional de Política Económica y social es el organismo asesor principal del Gobierno Nacional en todos aquellos aspectos que se relacionan con el desarrollo económico y social del país (Departamento Administrativo de Planeacion, 1974).

Todo este proceso tiene una consolidación de modernización del estado en la década de 1990, coincidiendo con la puesta en marcha de la política de la neoliberalización económica. La nueva Constitución Política (1991) otorgó al derecho de competencia rango constitucional, estipulando que: a) la “libre competencia económica” es un derecho o interés colectivo artículo 338 y 88; b)

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

la “actividad económica y la iniciativa privada son libres” artículo 333 y c) el “Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado” artículo 44 y 52 (Constitución de Colombia, 1991).

En este camino de modernización de la nueva Constitución Política le siguió, la promulgación del decreto 2153 de 1992, estableciendo la nueva política de competencia en el país. El decreto introdujo tres elementos que generaban unas directivas relacionadas con la ley de competencia y mejoró las normas legales que se aplicaban a dicha conducta. También reformó la SIC, dándole más herramientas y procedimientos, que eran necesarios para aplicar la ley y proteger a los consumidores (Congreso de la Republica, 1992). Así, la nueva Constitución y el decreto de 1992

.reestructuraron y modernizaron el sistema para proteger la competencia, corrigiendo varios problemas que habrían impedido su aplicación. El decreto detallaba una lista de hechos punibles, que incluía la fijación de precios, las restricciones de producción y la repartición geográfica de mercados; otorgaba a la Superintendencia importantes poderes para investigar conductas anticompetitivas, para propiciar iniciativa o a petición de terceros, para imponer multas y obligar a las empresas a notificar operaciones de fusión y adquisición (OCDE, 2009).

El objetivo de esa legislación es “actualizar la regulación en materia de protección de la competencia para adecuarla a las condiciones actuales de los mercados, facilitar a los usuarios su adecuado seguimiento y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional”. La nueva ley 1340 de 2009 se describe con más detalle en la sección 8, aunque uno de sus principales efectos es otorgar a la SIC la autoridad exclusiva para la aplicación de normas de competencia en todos los sectores de la economía (Diario Oficial No. 47.420, 2009).

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

Capítulo. 4.

Derecho Público Económico.

Es una materia inter disciplinar abarca o está comprendida por un buen número de ramas del ordenamiento jurídico que se extiende tanto o dentro de lo que se conoce como Derecho público como del derecho privado. Implica centrarse en la interacción de dos áreas trascendentales del derecho y del desarrollo propio del modelo de Estado que se erige de acuerdo con la Constitución Política. En el derecho económico se encuentran tanto normas que pertenecen al derecho público como al derecho privado y abarcan normas de derecho administrativo, constitucional, etc., y así como de derecho civil o mercantil (Corona, 1985). Con este modelo es claro que frente a aquellas potestades y asignaturas propias de una u otra rama del derecho, se debe tener en cuenta que cada día es mayor el grado de interacción de un área del derecho en la complementariedad de la otra, o simplemente para entender el funcionamiento e intervención en toda disciplina jurídica. Hay que partir del supuesto de que la distinción entre lo que tradicionalmente se conoce como derecho público y su “antítesis” el derecho privado, como la “médula de toda sistemática teórico-jurídica, es sencillamente imposible determinar con cierta fijeza lo que quiere decirse en concreto cuando se distingue entre el derecho público y el privado” (Kelsen, 1979).

Es por ello que más que realizar el análisis hacia las materias tradicionalmente encuadradas dentro del derecho público, lo que se debe hacer es revisar de acuerdo a el modelo de Estado –artículo 1° de la Constitución Política- Colombia es un Estado Social de Derecho, lo cual implica, por un lado que, al declararse como un Estado Social, debe asumir una serie de acciones encaminadas a cumplir con su fin de asistencia social, garantía de derechos y libertades y el aseguramiento de las condiciones mínimas vitales para la subsistencia de sus ciudadanos. Por otro lado, el hecho que Colombia sea un Estado de Derecho, lleva implícito el principio de legalidad, con un respeto y

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

sometimiento a la Constitución y la ley en todas sus actuaciones en pro del bien común y del cumplimiento de los fines del Estado.

Así cuando se hace referencia al derecho público económico se está dirigiendo la mirada a aspectos que trascienden en el desarrollo económico de un país, entendido como “el derecho de la ordenación económica, intervencionista o liberalizadora” (Fernández, 1980). Por lo tanto, “corresponde a una disciplina que se encarga de analizar cuestiones propias de regulación sectorial, derecho de la competencia y del consumo, mercado de valores entre otras” (Ortega, 2010).

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

Por tanto, se debe de acuerdo con el primer enunciado fundamental de la economía del bienestar, los mercados llegan a ser, en algunas ocasiones, eficientes en el sentido de Pareto, sin embargo, hay eventos en los cuales los mercados no alcanzan dicho grado de eficiencia Paretiana y por ende justifica la intervención del Estado (Stiglitz, 2000), ello es así cuando es detectada una falla de mercado, es decir, cuando el mercado es ineficiente, lo cual se puede dar por las siguientes razones:

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

Sobre este punto en particular, señalan lo siguiente:

Según Samuelson y Nordhaus acota al respecto: Cuando una empresa tiene poder de mercado (por ejemplo, tiene un monopolio debido a un

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

medicamento patentado o una licencia para el suministro local de electricidad) puede elevar el precio de su producto con respecto a su coste marginal. Los consumidores compran una cantidad menor de estos bienes que en condiciones de competencia perfecta, por lo que disminuye su satisfacción. Este tipo de reducción de la satisfacción de los consumidores es característico de la ineficiencia que crea la competencia imperfecta (Paul A. Samuelson, 2005).

- **Efectos externos de la actividad económica:**

Daño o Beneficio no compensado para un tercero no involucrado, que va a generar un determinado costo social.

Existe una externalidad cuando una actividad de consumo o de producción produce un efecto indirecto en otra actividad de consumo o de producción que no se refleja directamente en los precios de mercado. (...) La palabra externalidad se utiliza porque el efecto producido en otros (ya sea beneficios o costes) es externo al mercado (Robert S. Pindyck, 2009).

- **Bienes públicos** → Bienes de consumo no rivales

y no excluyentes.

Los bienes públicos son aquellos cuyos beneficios se extienden de manera indivisible a toda la comunidad, independientemente de que los individuos deseen o no comprarlos (Paul A. Samuelson, 2005). Piénsese, para los casos de bienes públicos, en un ejemplo muy ilustrativo como es el caso de la defensa nacional, así, la defensa nacional, en tratándose de un bien económico se diferencia claramente de un bien privado, dado que una vez es suministrado beneficia a todas las personas, independientemente de si contribuye o no a su financiación, el nivel socioeconómico o cultural, etc. (Paul A. Samuelson, 2005).

- **Asimetría de información:** Agentes que toman

decisiones con la información disponible la cual sería distinta a la que tomarían si la información fuese completa

Es un fallo de mercado cuando la información produce una falta de compensación sobre la decisión tomada y el mercado no es capaz de compensar

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

este problema. La información imperfecta es por condiciones del mercado o situaciones futuras. El fallo de mercado se dará siempre y cuando se produzca una diferencia con la decisión que tomaría si tuviera la información perfecta, el mercado debe afectar la eficiencia.

Por lo anterior y teniendo en cuenta que es improbable que se cumplan las condiciones necesarias para lograr la eficiencia, algunos autores consideran la necesidad de centrar la atención en la forma como se deben resolver los fallos del mercado, (Robert S. Pindyck, 2009), con lo cual se debe centra la atención a la regulación de la economía, como uno de los elementos indispensables para solucionar las ineficiencias halladas en los mercados y que, en la mayoría de las veces, contribuye al normal avance de los productos y propicia la libre competencia como finalidad esencial en su aplicación.

Es en esta medida que el estado debe proceder en la intervención de la economía, como autoridad normativa, en el que la sociedad necesita sea cobijada, para otorgar reglas que controlen sus actividades comerciales en el que se presentan las fallas, las cuales no pueden ser subsanadas por el mismo mercado, sin que se tenga que intervenir el mercado, lo que debe propender es encontrar el equilibrio donde todos confluyen en la negociación libre y espontánea.

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

Capítulo 5.

El Derecho de la Competencia en Colombia

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

La legislación colombiana le dio rango constitucional al derecho de la competencia, se encuentra consagrado en el artículo n° 333 de la Constitución Política Colombiana, que señala lo siguiente:

“Art. 333 - La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.” (Constitucion de Colombia, 1991).

Esta consagración busca que los consumidores puedan acceder libremente a los productos y servicios del mercado contando con mayor variedad, calidad y precios adecuados.

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

La Constitución determina que el Estado es el encargado de regular mediante ley los casos que puedan generar limitación de la competencia y el abuso de la posición dominante.

Los límites a la actividad económica y a la iniciativa privada que la Carta Política consagra son: la ley y el bien común. No se permite que el gobierno interfiera en el funcionamiento de la economía sin autorización legal.

Regulación de monopolios.

La Constitución colombiana ha pretendido regular los monopolios de la manera más libre posible, toda vez que, no son considerados ilegales, por lo que tan solo se regula su formación y funcionamiento. Lo más importante, es que todo monopolio debe ir de acuerdo con el interés Público y lo que establezca la ley, señalando el artículo n° 336 de la Constitución Política de Colombia lo siguiente:

“Art. 336 - Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley. La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita. La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental. Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud. Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación. La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley. El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley. En cualquier caso se respetarán los derechos adquiridos por los trabajadores.”

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

Este aspecto muestra que la regulación y reglamentación a través de la ley, sienta un precedente importantísimo en el ordenamiento constitucional colombiano más sin embargo, no es suficiente ya que existe aprovechamiento de ciertos sectores de la economía que generan conflictos

Las autoridades encargadas de la libre competencia en Colombia y sus principales funciones.

Superintendencia de Industria y Comercio (SIC).

El Decreto n° 2153 de 1992 determina que la SIC es la encargada de vigilar el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, a menos que exista norma que faculte a otra autoridad. “La SIC es un organismo de carácter técnico, cuya actividad está orientada a fortalecer los procesos de desarrollo empresarial y los niveles de satisfacción del consumidor colombiano” Para tal fin, cuenta con la facultad de adelantar investigaciones e imponer las sanciones que correspondan por el incumplimiento de las normas. Se encuentra adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico y goza de autonomía administrativa, financiera y presupuestal. Sus funciones consisten en: vigilar el cumplimiento de la ley; investigar las infracciones a la normatividad; servir como órgano asesor al Gobierno para la formulación de políticas sobre el tema; y autorizar las concentraciones.

La SIC está integrada de la siguiente forma:

a. El Superintendente de Industria y Comercio: es el encargado de decidir sobre la investigación e impone las sanciones.

b. El Superintendente delegado para la Promoción de la Competencia: tiene la función de velar por el cumplimiento de las normas que garantizan la libertad de competencia en los mercados. Es quien lleva a cabo la investigación preliminar y decide sobre ésta. También se encarga de llevar el registro de las investigaciones adelantadas, de las sanciones impuestas y de las garantías aceptadas en los procesos de prácticas restrictivas.

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

c. El Superintendente delegado para la Propiedad Industrial: es el encomendado para conceder los derechos de uso de los signos distintivos, las nuevas creaciones y promover la transferencia de información tecnológica.

d. EL Superintendente delegado para la Protección del Consumidor: se encarga de vigilar el cumplimiento de las normas de defensa de los consumidores, fomenta el mejoramiento de la calidad de bienes y servicios.

e. El Consejo Asesor para la Promoción de la Competencia: solo es convocado en los casos que se practiquen sanciones y medidas cautelares. El Superintendente de Industria y Comercio, así como sus delegados y los integrantes del Consejo Asesor para la Promoción de la Competencia son nombrados por el Presidente de la República. Dichos cargos son de libre nombramiento y remoción. Las decisiones que toma la Superintendencia de Industria y Comercio en los procesos de prácticas restrictivas de la competencia son de carácter administrativas.

Órganos judiciales existe la posibilidad de acudir a los órganos judiciales, tanto a la jurisdicción contenciosa administrativa como la ordinaria. Algunas de las acciones deducibles en materia de libre competencia son las siguientes con sus respectivas autoridades:

a. **Consejo de Estado:** conoce en única instancia de las acciones de nulidad de los actos administrativos de orden nacional expedidos por la SIC y de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía;

b. **Tribunales Contenciosos Administrativos:** es competente para conocer de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de actos administrativos que contengan cuantía. El acto administrativo expedido por la SIC, contendrá cuantía e impone multa; y

c. **Jurisdicción Civil:** Ante la jurisdicción ordinaria se reclama la indemnización de perjuicios. También es competente para declarar la nulidad de los actos jurídicos contrarios a la libre competencia, sin entrar analizar el carácter

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

anticompetitivo del mismo. La declaración del acto como contrario a la libre competencia le corresponde a la SIC.

Las sanciones aplicables por infracciones a la normativa de libre competencia Colombiana. En cuanto a los actos, conductas de carácter abusivo y contrario a la libre competencia la Ley n° 155 de 1959 permite sancionar mediante la nulidad absoluta dichas prácticas. De acuerdo con el Decreto n° 2.153 de 1992, dentro de las funciones de la SIC se encuentra la facultad de imponer sanciones por violación de las normas sobre Derecho de la Competencia y por el incumplimiento de las instrucciones dictados por la SIC. La función de interponer sanciones se encuentra en cabeza del Superintendente de Industria y Comercio. El Superintendente puede interponer multas "... hasta el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos legales vigentes (...)" Es decisión del Superintendente el monto de la multa que impone, de acuerdo a las circunstancias de hecho y consecuencias propias que concurren en cada caso.

Confirmando lo establecido en la Ley n° 155, el Decreto n° 2.153 determina que toda conducta contraria el Derecho de la Competencia se considera de objeto ilícito.

Algunos aspectos sobre el procedimiento. El procedimiento que lleva a cabo la SIC para investigar las prácticas restrictivas está consagrado en la Ley 155 de 1959, el Decreto reglamentario n° 1.302 de 1964, el Decreto n° 2.153 de 1992, la Ley n° 446 de 1998 y el Código Contencioso Administrativo.

Las principales normas del procedimiento para perseguir conductas contrarias a la libre competencia se encuentran en el Código Contencioso Administrativo para llenar los vacíos que tanto la Ley n° 155 como el Decreto n° 2.153 ofrecen. Dicho lo anterior, la investigación puede ser iniciada de oficio o a solicitud de parte. Cualquier persona con o sin apoderado puede solicitar la iniciación.

La denuncia es recibida por la División de Promoción de la Competencia de la SIC. La División adelanta una averiguación preliminar con el objeto de

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

establecer si existe mérito para una investigación. Si procede la investigación, mediante resolución dictada por el delegado de la División de Promoción de la Competencia se da apertura al proceso y se notifica personalmente al denunciado o a su apoderado para que solicite o aporte pruebas. Desde ese momento, todos los documentos referentes al caso deben ponerse a disposición del investigado. Durante el proceso, es factible emplear medidas cautelares. Ellas buscan evitar que se produzca o que se siga produciendo el daño anticompetitivo. Como medida cautelar está la “suspensión inmediata de conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones”.

El Superintendente de Industria y Comercio mediante resolución motivada toma la decisión final. La resolución puede contener sanciones, prohibición de seguir realizando la conducta, modificación de la conducta o la determinación de inexistencia de la infracción. Contra la resolución que pone fin al procedimiento administrativo adelantado por la SIC, proceden los siguientes recursos: de reposición, la acción de nulidad, y la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Al Superintendente de Industria y Comercio y al Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, les corresponde decidir los recursos de reposición y las solicitudes de revocatoria directa interpuestos contra los actos que ellos mismos expidan.

Al ser un acto administrativo, la resolución que pone fin al proceso es susceptible de los recursos de “nulidad” y “nulidad y restablecimiento del derecho”. Si el proceso carece de cuantía debe interponerse ante el Consejo de Estado. En el evento en que el proceso contenga una determinada cuantía, se inicia el proceso ante el Tribunal Contencioso Administrativo.

El derecho de la competencia así visto, se divide en dos grandes áreas:

i) por un lado tenemos la libre competencia, encargada de velar por el cumplimiento y mantenimiento de los principios ya señalados, prohibiendo conductas tales como el abuso de posición de dominio, acuerdos y actos anticompetitivos y el régimen de integraciones empresariales;

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

ii) por el otro lado tenemos la competencia desleal, la cual se encuentra regulada principalmente en la ley 256 de 1996, donde se incorporó en la legislación lo señalado en el convenio de París, buscando mantener la leal competencia entre todos los agentes que participan en un mercado determinado, como mecanismo de garantía del orden económico y social y la eficiencia en los mercados.

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

Capítulo 6.

Fundamentos normativos del acuerdo de fijación de precios.

El derecho Romano permitió que el precio en la compraventa –y en el arrendamiento– fuese fijado por un tercero; lo que no avaló fue que fuese discrecionalmente fijado por el comprador. Respecto de la primera hipótesis, Justiniano en sus Instituciones III, 23, 1, señaló:

Mas es preciso que se fije un precio, porque no puede haber ninguna compra sin precio. Pero además el precio debe ser cierto. Por otra parte, si entre algunos se hubiere convenido que en cuanto precio hubiere estimado la cosa en tanto sea comprada, se dudaba mucho y con frecuencia por los antiguos si hay o no venta. Pero una decisión nuestra estableció, que siempre que se hubiere concertado una venta en estos términos: 'en cuanto aquella persona hubiere estimado', el contrato existiría bajo esta condición, que si verdaderamente el que fue nombrado hubiere, determinado el precio, se pague de todos modos con arreglo a su estimación el precio, y se entregue la cosa, de suerte que la venta sea llevada a efecto, reclamando el comprador por la acción de compra, y el vendedor por la de venta. Más que si el que fue nombrado o no hubiere querido o no hubiere podido fijar el precio, en este caso la venta es nula, como quiera que no se ha establecido ningún precio. Cuyo derecho, habiéndonos parecido bien en las ventas, no es absurdo aplicarlo también a los arrendamientos (Iglesias, 1982).

En este caso para Colombia el constituyente de 1991 decidió elevar a rango constitucional el derecho a la libre competencia, a la vez que dispuso la obligación para el Estado de fijar las condiciones necesarias que permitan garantizar su desarrollo y efectivo cumplimiento, debiendo impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica y ejerciendo control sobre cualquier tipo de abuso que pretenda ejercerse respecto a la situación de posición de dominio.

De esta forma, se ha estructurado un verdadero sistema de economía de mercado competitivo, en el que el precio y los demás indicadores de productividad y rentabilidad tienden a preservarse libres de distorsiones, creando

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

con ello los incentivos necesarios para que los empresarios orienten sus recursos productivos a aquellos sectores en los que resultan más eficientes y, por consiguiente, menos vulnerables a las condiciones del mercado.

Bajo esta perspectiva, la competencia resulta ser un proceso que redundaría en el bienestar general e individual, al sentar las condiciones para que las empresas se hagan más eficientes y ofrezcan a los consumidores una gama teóricamente infinita de precios y una calidad superior en sus productos, con lo cual, naturalmente, resulta beneficiado el consumidor final.

En este sentido, será el productor en términos generales quien determine el precio con que habrá de ofrecer sus productos o servicios, para lo cual tendrá en cuenta la estructura de costos y los márgenes de utilidad que pretende obtener, en donde los primeros corresponden a los factores de producción que deben asignarse para la elaboración del respectivo bien o prestación del servicio, tales como: insumos, mano de obra, capital humano y tecnológico, etc., en tanto que los segundos, esto es, los márgenes de utilidad están determinados por las políticas internas de cada empresa que a su vez consideran el entorno económico del respectivo mercado y en general del lugar en que estén operando.

Mas sin embargo el Estado Colombiano ha mantenido una característica de dureza en el proceso de los acuerdos de fijación de precios, en el que intervienen movimientos exógenos aunque en variadas ocasiones estos se atiendan tarde, pero también se tienen en cuenta los propios o movimientos endógenos, en donde el banco de la republica emana índices, como también el departamento nacional de estadística DANE, etc. lo que no se ha hecho mucho por emanar unas reglas nuevas para modernizar estos procedimientos como se puede ver en el acuerdo del decreto (D. 2153/92 art. 47). Fijación de precios,

- Determinar condiciones de venta o de comercialización discriminatoria,
- La repartición de los mercados,
- La asignación de cuotas de producción,
- Abstenerse de producir un producto,

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

- Colusión en licitaciones,
- Impedir el acceso a los mercados o canales de comercialización.

También hay que mencionar los actos. (D. 2153/92 art. 48) Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el Decreto 3466/82,

- Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o para que desista de bajarlos,
- La negativa a la venta cuando sea como una retaliación a la política de precios de la empresa.

De igual forma está el decreto 2153 de 1992, que contiene todo el régimen referido a los acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, normativa aún vigente en lo relacionado a estos aspectos salvo la modificación introducida por la ley 1340 de 2009, en cuanto al régimen de integración empresarial de terminando el abuso de posición dominante (D. 2153/92 art. 50).

- Disminuir los precios por debajo de los costos,
- Aplicar de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes,
- Subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales.
- Vender o prestar servicios en una zona, a un precio diferente del ofrecido en otra parte, con el propósito de eliminar competencia,
- Obstruir o impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

Lo que permite clarificar jurídicamente que son los acuerdos de fijación de precios, es un tema específico dentro del ámbito del Derecho de la Competencia. Éste puede definirse como:

El conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre determinado mercado, en aras del interés público... mejorar la calidad de vida de la población, aumentar la eficiencia y garantizar la posibilidad de que las personas que deseen participar en el mercado lo puedan hacer, dentro de los límites de la Constitución y la ley (Miranda, 2014).

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

En este sentido se puede ver que bajo los principios constitucionales y en búsqueda de encontrar equilibrio y protección a terceros se puede decir que el estado tiene la responsabilidad de generar el derecho de la Competencia, que esta estatuido bajo las normas dentro de un ordenamiento jurídico, tendientes a regular el mercado, proponiendo una serie de prohibiciones y restricciones que buscan generar unas pautas de conducta para empresas y personas dentro de la actividad mercantil. Este llamado “Derecho de la competencia” entonces se tiene, no como derecho en su acepción subjetiva, sino en la versión objetiva del Derecho, a saber, como el cúmulo sistemático de prerrogativas legales que forman un conjunto más o menos coherente alrededor de un tema; en este caso, la competencia y el mercado.

Entonces se encuentra que este sistema legal tiene una finalidad, como pudo observarse en la descripción hecha por Miranda Londoño (Alfonso, 2011), y es la de controlar y regular las empresas sobre un “*determinado mercado*”. Esto se hace, entre otros, mediante la restricción al abuso de la posición dominante, la regulación de monopolios, la protección del consumidor y la limitación de los acuerdos competitivos.

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

Capítulo 7.

Prohibición de Acuerdo de fijación de precios ACUERDOS (ANTI) COMPETITIVOS

En lo referente a los acuerdos anticompetitivos que forman parte del objeto del presente documento podemos decir que el estado colombiano se ha pronunciado y ha dictaminado una serie de prácticas que distorsionan la competencia ya que conductas como prevenir, restringir o distorsionar la competencia se consideran anticompetitivas por lo que establecer posiciones dominantes en el mercado establecen en cierta medida prevención y abstención por parte de los consumidores generando un bajón considerable en el crecimiento económico.

Ahora entre los acuerdos verticales y horizontales que celebran las empresas con el fin de fijar precios y pretender un posicionamiento exclusivo en el mercado ya que limitan la capacidad de competencia a nivel individual causan exclusión y lesión a los intereses de los consumidores por lo que prohibir la creación de acuerdos es de vital importancia no solo por el mercado geográfico que pueda obtener beneficios, si no que el crecimiento económico y la credibilidad que pueda generar el país a nivel internacional depende en un porcentaje considerable del buen manejo de la competencia entre un mercado ya sea bien, servicio o producto. Ya que el análisis con el cual las grandes empresas y corporaciones deciden invertir en determinado mercado es fruto de la buena política económica que se proyecte en el momento y que depende de la posibilidad de expansión, libertad económica y buena competencia que ese mercado geográfico pueda tener.

Una vez escrito esto enunciare tácitamente las conductas consideradas anticompetitivas por distorsionar la competencia estas comprenden:

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

Todo acuerdo entre dos o más empresas que prevenga, restrinja, o distorsione la competencia;

Toda conducta abusiva por parte de agentes económicos que tengan una posición dominante en el mercado; y

Ciertos actos unilaterales realizados por empresas.

También están prohibidas las integraciones económicas que contraigan sustancialmente la competencia y que no compensen con eficiencias. Además de las anteriores, el Régimen de Competencia contempla los actos de Competencia Desleal establecidos en la Ley 256 de 1996 que afecten o tengan impacto en el mercado.

Acuerdo Anticompetitivo

Para tener una noción más amplia y poder hacer un análisis adecuado sobre los acuerdos anticompetitivos debemos tener en cuenta que un acuerdo anticompetitivo es todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas, que prevenga, restrinja, o distorsione la competencia o tenga la potencialidad de surtir uno de estos efectos.

Por tanto las prácticas anticompetitivas pueden presentarse en todos los planos local, nacional, internacional haciendo que estas prácticas vulneren en todos los sentidos el bienestar de los consumidores y de las empresas, el excesivo poder con el que se realizan estas prácticas no ajustadas al derecho afectan el éxito comercial de las empresas y de los consumidores como tal ya que el porcentaje que se negocia en estos acuerdos afecta directamente a los pequeños empresarios que no pueden competir de manera sana e igualitaria.

Ahora para determinar si son anticompetitivos ciertos acuerdos debemos tener claro las clases de acuerdos que según la ley pueden ser horizontales o verticales.

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

De tal manera los primeros los horizontales, aquellos pactos entre empresas que proveen bienes o servicios similares o sustitutos en un único eslabón de la cadena de producción o de distribución y los segundos los acuerdos verticales, aquellos convenios entre agentes económicos que se encuentran en diferentes niveles de la cadena de producción y de distribución.

Los acuerdos tanto horizontales como verticales son muy positivos siempre y cuando se ajusten a lo que diga el mercado en otras palabras a lo que determine la ley de la oferta y la demanda y no a lo que dictaminen las voluntades de las empresas.

Los acuerdos contrarios a la competencia pueden ser anticompetitivos por sí mismos o por sus efectos, los acuerdos anticompetitivos se pueden presentar en diferentes lugares de la cadena de producción.

Por otro lado la normatividad vigente considera que un acuerdo puede ser anticompetitivo por su objeto o por su efecto. Son anticompetitivos por su objeto aquellos acuerdos cuyo fin, sin importar que hayan sido efectivamente ejecutados en el mercado, los califica como tal. Un acuerdo es anticompetitivo por su efecto cuando el resultado del mismo, sin importar el fin de la partes, tiene efectos anticompetitivos en el mercado.

Ahora las empresas que firman contratos anticompetitivos y que participan en un mercado con el fin de pactar precios, definir cuotas de producción o repartirse mercados son los denominados carteles. Así las cosas, se forman carteles con el fin de eliminar la presión ejercida por las empresas de la competencia toda vez que, de no existir el cartel, las empresas se ven forzadas a mantener precios bajos e innovar en sus productos y métodos, y/o a mejorar la calidad de éstos. El cartel permite mantener precios más altos, precios fijos, menor variedad y menor calidad de bienes y servicios, lo cual repercute en los consumidores con lo cual limitan la producción en un mercado como tal con miras

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

a extraer beneficios adicionales cuyas repercusiones no solo afectan a consumidores o a empresas si no que plantean problemas a nivel del crecimiento del país ya que va en contra del desarrollo y reducen el bienestar de los consumidores.

Ahora para tener claridad de los acuerdos que la ley considera anticompetitivos el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, considera contrarios a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan por objeto o como efecto:

Fijar directa o indirecta los precios de bienes y servicios.

Determinar las condiciones de venta o condiciones de comercialización que se han discriminatorias para con terceros.

Repartir mercados entre productores o entre distribuidores.

Asignar cuotas de producción o cuotas de suministro.

Asignar, repartir o limitar fuentes de abastecimiento de insumos productivos.

Limitar desarrollos técnicos.

Subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que no constituían el objeto del negocio, o los acuerdos para lograr ventas atadas.

Abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.

Coludir en licitaciones o concursos públicos o lograr la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

Impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

Posición de dominio

En el mercado una empresa por estar en la capacidad de actuar de manera independiente a sus competidores por tener un alto poder en el mercado que maneja, se podría decir que tiene una posición privilegiada sobre sus competidores ejerciendo un dominio, lo cual le permite tomar decisiones como aumentar precios o vender productos de menor calidad, etc. Genera cierto nivel de preocupación debido a las razones anteriormente expuestas ya que podríamos estar hablando de un monopolio ya que genera una curva de demanda con pendiente positiva razón con la cual podría como ya menciono afectar directamente el precio de los productos en el mercado pero la posición de dominio no es necesariamente anticompetitiva, de hecho, el resultado de la competencia vigorosa puede resultar en la adquisición de una posición dominante en el mercado. Ahora bien, si una empresa usa su posición de dominio para excluir o explotar a sus competidores o consumidores, se dice que abusa de ella.

Siendo así de acuerdo con el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

La disminución de precios por debajo de los costos, también llamados precios predatorios.

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

La subordinación del suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio.

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

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

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

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

Una vez dicho esto es importante mencionar que una vez se avista que hay la posibilidad de que una empresa está realizando un abuso de posición dominante por los motivos anteriormente descritos En primer lugar, se debe probar que la empresa cuenta con posición de dominio como resultado de las características propias del mercado y su posición en él, teniendo en cuenta elementos como su cuota de participación en éste, la capacidad financiera de la empresa, las barreras a la entrada, los efectos de red o la legislación que la cobija.

En segundo lugar, es necesario revelar los efectos que la conducta tuvo en el mercado, teniendo en cuenta que no necesariamente el competidor ha de haber sido expulsado de éste.

Ha de tenerse en cuenta que las empresas con posición de dominio deben tener un cuidado especial en cuanto a su comportamiento en el mercado y, por lo tanto, basta con que el objeto de su conducta implique una pérdida o un daño en el bienestar social para que se configure una conducta abusiva aunque en la realidad esto es muy poco ejecutado aunque las sanciones que pueden ser económicas y administrativas aun no son lo suficientemente fuertes como para evitar que manejen a su antojo la curva de la oferta y la demanda y esto lleva efectos negativos como la falta de competencia o el aumento de la calidad que influyen directamente en la economía del país.

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

Ahora bien hay que tener en cuenta el mercado relevante también denominado mercado de referencia concepto fundamental en el derecho de competencia. La descripción del mercado relevante permite establecer los bienes y servicios respecto de los cuales recae una restricción de la competencia, también lo podemos identificar como los productos y servicios que son sustituibles entre si haciendo que se intercambien en un espacio geográfico determinado donde las condiciones de competencia son homogéneas pero distinguibles de otros espacios geográficos.

Básicamente el mercado relevante es la pieza más importante en la forma en la que una empresa decide posicionarse en el mercado dado que este mercado delimita cual es el sector geográfico en el cual va a participar y así mismo fija los límites en los cuales desarrollara su actividad en otras palabras delimita los productos y el espacio en el que competirá, por tanto este estudio es de vital importancia para determinar si una empresa está abusando o no de su posición.

En el mercado relevante se podrán identificar tanto el mercado de producto como el mercado geográfico, el primero lo podemos definir como la forma en la que se determinan las características de un producto (particularidades, cualidades, etc) que permiten diferenciarlo de otros similares o semejantes. El segundo es el área en la cual las empresas están involucradas en la oferta y la demanda de productos y servicios en las cuales las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas que puedan distinguirse de otras áreas geográficas.

Concretamente el mercado relevante presenta un marco de referencia para cuantificar las cuotas de mercado de las empresas objeto de investigación y de sus competidores que en ciertos casos son utilizados como base para establecer fuertes presunciones sobre la existencia de dominio. De esta forma, cuanto más restrictiva sea la definición del mercado relevante mayor será la cuota de la empresa y así

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

mayor la presunción de dominio. En cuanto es un instrumento utilizado para comprender el contexto en el que se desarrolla la competencia entre las mismas y así mismo realizar una primera aproximación sobre el posible dominio de empresas que se encuentren en investigación.

¿Qué actos se consideran contrarios a la libre competencia?

De acuerdo con el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, también se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos:

Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.

Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios.

Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.

Este proceder en el que una de las partes o dos competidores se une para generar una actitud de dominio frente a otro u otros en detrimento del consumidor está regido por medio del cual se reglamenta el artículo 14 de la Ley 1340 del 2009 (normas en materia de la protección de la competencia) y se modifica el Decreto 1074 del 2015 en lo referente a los beneficios de las personas naturales y jurídicas que colaboren en la detección y re presión de acuerdo restrictivo de la libre competencia.

Los acuerdos de colaboración entre los agentes de producción son parte normal del desarrollo económico y comercial de un mercado determinado. Estos surgen bajo la necesidad de alcanzar un fin comercial coincidente, por lo cual hace que la unión de dos o más sujetos se han imperativos para su existencia y rentabilidad. No obstante, no todos estos acuerdos son legales y/o legítimos; muchos buscan un beneficio que excede por mucho los réditos que puede traer al consumidor, muchas veces contrariando los derechos de este último, además de vulnerar los derechos de los demás competidores.

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

Entonces podemos decir que un Acuerdo Anticompetitivo es aquel cuyo objeto y/o efecto es la limitación, restricción, distorsión, de la libre competencia en el mercado. La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) ha dado unas pautas para establecer si un acuerdo es o no anticompetitivo.

“En general, se entiende que un acuerdo de colaboración entre competidores no genera restricciones en la competencia cuando en él concurren los siguientes elementos:

i) Los competidores que son parte en el acuerdo de colaboración reúnen menos del 15% del mercado relevante: En aquellos casos en que los competidores reúnen menos del 15% del mercado relevante, es altamente improbable que el acuerdo pueda restringir la competencia, en la medida en que los competidores restantes podrán establecer una presión competitiva suficiente.

ii) El acuerdo produce mejoras en eficiencia: El acuerdo debe producir mejoras en eficiencia, bien sea en la producción, adquisición, distribución o comercialización de los productos de que se trate.

iii) Carácter indispensable: Las restricciones a la libre competencia que se generan como resultado del acuerdo de colaboración entre competidores deben ser indispensables para alcanzar los objetivos de mejoras en eficiencias que se pretenden lograr con el acuerdo.

iv) Beneficios para los consumidores: Debe reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante. De esta forma, las mejoras de eficiencia logradas mediante las restricciones deben procurar un beneficio suficiente a los consumidores, de tal modo que al menos compensen los efectos restrictivos del acuerdo; por lo tanto, no basta con que las eficiencias sólo beneficien a las partes del acuerdo. El concepto de “consumidores” abarca los clientes, potenciales y/o reales, de las partes del acuerdo.

v) No eliminación de la competencia: El acuerdo no debe posibilitar a las empresas la eliminación de la competencia, respecto de una parte sustancial de los productos y servicios.” (Superintendencia de industria y Comercio, 2013).

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

Entonces, aunque se nombren genéricamente como acuerdos competitivos, la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992 busca regular aquellos acuerdos competitivos que sobrepasan las prerrogativas referidas anteriormente y de este modo restringen el ejercicio de la competencia y la libertad de mercado. Entre ellas podemos encontrar toda una gama de situaciones anti-competitivas que buscan o tienen como objeto o efecto:

- Fijar directa o indirecta los precios de bienes y servicios.
- Determinar las condiciones de venta o condiciones de comercialización que se han discriminatorias para con terceros.
- Repartir mercados entre productores o entre distribuidores.
- Asignar cuotas de producción o cuotas de suministro.
- Asignar, repartir o limitar fuentes de abastecimiento de insumos productivos.
- Limitar desarrollos técnicos.
- Subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que no constituían el objeto del negocio, o los acuerdos para lograr ventas atadas.
- Abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.
- Coludir en licitaciones o concursos públicos o lograr la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.
- Impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización. (Presidencia de la Republica, 1992)

El estudio que se realiza en el presente trabajo se refiere sólo al primero de estos puntos: el acuerdo de fijación de precios de bienes y servicios.

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

Capítulo 8.

Reglas en torno a los acuerdos de fijación de precios como práctica restrictiva del Derecho de la Competencia a partir de la jurisprudencia.

En el desarrollo de este capítulo analizaremos una serie de jurisprudencias que se han venido pronunciando por las altas cortes y que nos ayudaran a desarrollar el objeto del presente trabajo de grado ahora en la sentencia C-535 de 1997 la Corte Constitucional desarrolla los temas de Regulación y limitación de un derecho constitucional así como el Derecho a la libertad de empresa en lo referente a los límites, La libre competencia y por último la Organización del mercado en la cual la Corte Constitucional aduce que la finalidad de la ley 256 de 1996 es la de promover la libre competencia en el mercado de bienes y, por ende, se ajusta a la Constitución; la economía de mercado es un elemento constitutivo de la Constitución económica de cuyo funcionamiento adecuado depende la eficiencia del sistema productivo y el bienestar de los consumidores; la competitividad y la soberanía de los consumidores, son elementos que sin una activa y transformadora acción estatal de tipo corrector, fácilmente decaen y pierden toda incidencia, pudiendo fácilmente ser sustituidos por la unilateralidad de las fuerzas predominantes en el mercado y por el alienante y desenfrenado consumismo de las masas.

La importancia de mercados libres, competitivos y transparentes, justifica la permanente acción estatal dirigida a que estas características se mantengan o se impongan, en la medida en que ello sea posible, con el fin de preservar la libertad de opción de los individuos y la existencia de un proceso económico abierto y eficiente. El veto legal a los pactos de exclusividad, si ellos tienen por objeto o generan una pérdida parcial o total de competitividad en el mercado, sin duda alguna contribuye a promover la libre competencia.

Aunque la protección de la libre competencia económica tiene también como objeto la competencia en sí misma como lo expone la sentencia C-815 del 2001 en la cual la competencia económica debe ir mas halla de amparar una

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

relación entre competidores y mejor impulsar la existencia de pluralidad de proponentes y así darle a los consumidores el derecho a la elección de diferentes oferentes y así evitar la conformación de monopolios que entrarían a manipular el mercado a su antojo y por lo que la economía del país y en si de los consumidores se vería seriamente comprometida por lo que no habría un verdadero control por parte del estado al no poder controlar la ley de la oferta y la demanda dado que los productos bienes y servicios que ofrecerían serian propuestos y abarcados por ellos mismos.

La necesidad que tienen los consumidores de adquirir un producto, bien o servicio con el fin de generar comodidades crea en si un mercado en alza que a su vez de una manera u otra se generan simultáneamente empresas que entran en la puja por satisfacer esas necesidades en lo cual la competencia económica como una forma libre de expresión económica con el objetivo de generar una ganancia o beneficio de esa explotación económica, pero ahí es donde el estado debe intervenir y procurar por que las condiciones en las cuales se compite por ese mercado se realice dentro de los contextos de honestidad, transparencia e igualdad de condiciones donde la posición dominante no juegue en la figura de monopolio ni mucho menos bajo condiciones de competencia desleales que resulten en el detrimento de otros oferentes

En realidad, el legislador ha querido reservar la licitud de este tipo de pactos a los eventos en que no produzcan detrimento alguno a la competencia libre en los mercados. Por ello si bien la prohibición no es absoluta, de todas formas si lo es cuando se proyecta en una disminución así sea mínima de la competencia. Desde un ángulo teórico, la medida sirve al propósito pretendido por la ley (Muñoz, Sentencia C-535, 1997).

el derecho a la libre competencia que ha sido consagrado en la Constitución política en la cual dicho derecho lo instruye en cabeza de todos los

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

ciudadanos según los límites que establece la ley en la cual faculta a cualquier persona a realizar actividades económicas y que con el paso del tiempo a raíz de la jurisprudencia dicho derecho se a vinculado intrínsecamente al derecho a la libertad de empresa pero dichos derechos no son absolutos se han limitados bajo el principio de la prevalencia del interés general sobre el particular lo que nos lleva a que cuando dos o más empresas se ponen de acuerdo en fijar precios con el fin de controlar el mercado y no siguiendo la normatividad vigente estamos frente a actos anticompetitivos y autoridades como la Superintendencia de Industria y Comercio, la Corte Constitucional, Consejo de Estado, etc. Deben velar por que la ley se cumpla así como lo hizo el Consejo de Estado en la Sentencia 2002-00936 del 2014 en la cual sanciona de manera pecuniaria a empresas del sector de la refinería como lo es Terpel y Texaco por realizar acuerdos de fijación de precios en la gasolina extra para incrementarlos sincronizadamente creando un mercado con curva dependiente, por tanto aunque es cierto que el derecho a la libertad económica es de todos no quiere decir que se puede abusar de ciertas posiciones o que se pueden realizar acuerdos con la finalidad de controlar el mercado por lo que conductas como confundir, engañar o imitar serán sancionadas por las autoridades competentes.

ACOTACIONES PREVIAS

Asimismo y previo al estudio puntual del concepto de acuerdos de fijación de precios, es necesario determinar algunos términos tendientes a la delimitación conceptual de los acuerdos de fijación de precios.

- Acuerdos horizontales y verticales

Antes de entrar al estudio de casos propiamente dicho, es preciso diferenciar los acuerdos horizontales y verticales. Los primeros son aquellos pactos entre empresas que proveen bienes o servicios similares o sustitutos en un único eslabón de la cadena de producción (por ejemplo, entre productores, o

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

entre distribuidores); los segundos son los acuerdos entre agentes económicos que se encuentran en diferentes niveles de la cadena de producción (por ejemplo entre productor y distribuidor) (Lasso, 2010).

- Acuerdos neutrales o pro-competitivos

Igualmente, es necesario aclarar que un acuerdo competitivo puede tener la calidad de acuerdo neutral o pro-competitivo (en oposición a los anticompetitivos aquí estudiados). Un acuerdo puede ser neutral o pro-competitivo cuando se genera una eficiencia y pueda “dar lugar a beneficios económicos sustanciales” que no se han mayores a las restricciones y los efectos anticompetitivos generados por la actividad pactada (Superintendencia de Industria y comercio, 2013). Así, la doctrina ha nombrado, como ejemplo, algunos acuerdos que de hecho son neutrales o pro-competitivos, entre ellos: los acuerdos de investigación y desarrollo; los acuerdos de producción (Lasso, 2010); los acuerdos de compras conjuntas (siempre que la compra conjunta sea realizada materialmente y que no excedan los efectos negativos a los positivos hacia el mercado); los acuerdos de comercialización entre sujetos que, entre ambos, su cuota conjunta en el mercado no exceda el 20%, entre otros

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

Capítulo 9.

ACUERDOS DE FIJACIÓN DE PRECIOS.

Dentro del espectro de prohibiciones que trae el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, tenemos como primera restricción el acuerdo para la fijación de precios de bienes y servicios. Bien se ha dicho por parte de la doctrina que

“la fijación de precios iguales o idénticos para un mismo producto, en un mismo tiempo y valor, y con incrementos o variaciones en los mismos periodos y en igual proporción, por parte de dos o más empresas diferentes, son coincidencias que constituyen prueba suficiente de que hubo un acuerdo restrictivo de la libre competencia” (Lasso, 2010)

Ello nos lleva a analizar los elementos esenciales que se necesitan para determinar si un acto se encuadra o no en el entendido del numeral 1º del artículo 47 ibídem. Estos son, básicamente, tres:

i) La existencia de un acuerdo, entendido este como todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre o más personas.

ii) La concurrencia de dos o más sujetos, ya que este tipo jurídico sólo puede darse en el marco de un pacto de dos o más empresas.

iii) La existencia del objetivo o efecto de la fijación de precios, elemento este que le otorga el verdadero carácter anticompetitivo al acuerdo, siendo que de aquí se desprende la situación de menoscabo en que pone tripartitamente al consumidor, al competidor excluido del acuerdo (si lo hay) y al mercado como tal.

Estos elementos nos hacen pensar en un régimen de responsabilidad objetiva para el tratamiento de los acuerdos de fijación de precios; y aunque, no obstante la reticencia para reconocerlo de esta forma por parte del Consejo de Estado, sí es cierto que no interesa en últimas las intenciones de los sujetos parte del acuerdo: si se observan estos presupuestos aplicados materialmente entre competidores en un determinado mercado, nos encontramos ante un caso de

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

acuerdo de fijación de precios consagrado como restringido en nuestro ordenamiento jurídico.

10. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.

De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 155 de 1959, modificado por el Decreto 3307 de 1963, en nuestro país están prohibidas las practicas convencionales o acuerdos

“que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.”

Es claro entonces que esta norma (como principal fundamento jurídico dentro del tema de la protección al derecho de la Competencia como se observará como mayor detenimiento más adelante), busca la preservación del mercado y la competencia dentro de él, viendo a tales acuerdos como factores que restringen de manera negativa el curso normal de las prácticas comerciales y mercantiles. Dentro de estas prácticas restringidas se encuentra el objeto de nuestra investigación, cual es el acuerdo de fijación de precios.

Entonces, esquemáticamente se hace necesario observar ciertos presupuestos para comprender el marco conceptual y doctrinal en el que se desenvuelve el tema a estudiar.

11. Conclusiones.

El derecho de competencia y de fijación de precios en Colombia, es un proceso que esta apenas en implementación y organización en donde sea insertado como principio constitucional, para desarrollarse legislativamente en su reglamentación y acatamiento por parte del comercio, quienes deben aprender a entender sus postulados en procura de su atención.

Este proceso de implementación y reglamentación debe estar inserto en una política pública que refleje la intencionalidad gubernativa en el interés de la protección de los ciudadanos, plasmando los deseos constitucionales en la misión estatal como responsable de los controles al comercio y la fijación de los precios evitando los desmanes de los costos del mercado.

Ahora a lo largo de la realización del presente se puede concluir que aunque no hay una normatividad severa en cuanto a los acuerdos que fijan grandes empresas más que cualquier cosa es la falta de conocimiento en cuanto a las normas que rigen este problema que se ha venido presentando y que al paso de los días y los años se va volviendo más y más repetitivo es claro decir que los acuerdo de fijación de precios son una grave violación al derecho de competencia y no solo eso le hace un grave daño a la economía del país generando desconfianza en los pequeños productores y una grave violación a los derechos del consumidor todo esto basado en los análisis jurisprudenciales y según las leyes expuestas a lo largo del trabajo puedo concluir que en la economía que se basa en la ley de la oferta y la demanda la creación de empresas que buscan satisfacer las necesidades de los consumidores como productos o servicios actúan en la medida de controlar el mercado para recibir ganancias o beneficios que afectan la economía actual haciendo al pobre más pobre y al rico más rico ya que las políticas que se tienen no son rígidas si no muy permisivas, es cierto que existen autoridades pero se desconocen no son utilizadas de la manera adecuada y esto hace que la desigualdad se mantenga y no halla un correcto crecimiento de la economía.

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

De ahí que los acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de la competencia tienen su naturaleza jurídica como se expuso en el trascurso del presente documento en el querer de manera ilegal pactar precios con el fin de obtener beneficios en el detrimento del derecho a la competencia afectando directamente al crecimiento de la economía, conducta que se encuentra descrita en la ley (decreto 2153 de 1992) todo esto complementado dentro el marco del art 333 de la Constitución Política de Colombia y la aplicación de la ley 256 de 1996 sobre los actos de competencia desleal como también de acuerdo a las aperturas de política económica que se han venido desarrollando en el país en lo concordante a derecho de la competencia como factor fundamental del mercado propuestos como tal dentro de un Estado Social de Derecho.

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

Bibliografía

- Alfonso, M. L. (2011). *Origen y Evolucion del Derecho de la Competencia en Colombia*. Bogotá. D. C.: Revista de Derecho de la competencia.
- Concejo Nacional Legislativo. (-- de -- de 1888). *Javeriana. edu.co*. Recuperado el 1 de agosto de 2016, de Javeriana. edu.co:
<http://www.javeriana.edu.co/personales/hbermude/leycontable/contadores/1888-ley-27.pdf>
- Congreso de la Republica. (1992). *Decreto 2153*. Bogota. D. C. : Ministerio de Desarrollo Económico.
- Congreso de la Republica. (1998). *Ley 472*. Bogota. D. C.: Imprenta Nacional.
- Constitucion de Colombia. (1991). *Constitucion Politica de Colombia*. Bogota. D. C.: Legis S. A.
- Corona, E
 . G. (1985). *Mercado y Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Corte Constitucional. (2012). *Sentencia C- 197* . Bogota. D. C.: Coste Constitucional.
- Departamento Administrativo de Planeacion. (1974). *DECRETO 627*. Bogota. D. C.: Presidencia de la Republica.
- Diario Oficial 30138. (1960). *LEY 155 DE 1959*. Bogota. D. C.: Diario Oficial.
- Diario Oficial No. 47.420. (2009). *LEY 1340*. Bogota. D. C,; Diario oficial.
- Fernández, Á. J. (1980). *El Derecho Económico como Categoría Sistemática*. España: Revista de Legislacion y Jurisprudencia.
- Garmendia, R. M. (15 de 03 de 2012). *scielo.org.mx/pdf*. Recuperado el 12 de Junio de 2016, de scielo.org.mx/pdf:
<http://www.scielo.org.mx/pdf/polcul/n37/n37a3.pdf>
- HOBBSAWM, E. (1999). *HISTORIA DEL SIGLO*. Buenos Aires: Ayres S. A. I. y C.
- Iglesias, J. (1982). *Instituciones de derecho Romano*. Madrid: Ariel.
- Kelsen, H. (1979). *Teoria General del estado*. Mexico. D. F.: Nacional S. A.

Acuerdos de fijación de precios como restricción al derecho de competencia

- Lasso, D. M. (2010). *Sentencia regulacion de tarifas*. Bogota. D. C.: Concejo de Estado.
- Londoño, A. M. (2013). *Origen y evolucion del derecho de la competencia en colombia*. Bogota. D. C.: CEDEC.
- Miranda, L. A. (2014). *Origen y evolucion del derecho de la competencia en Colombia*. Bogota. D. C.: Centrocedec.
- Muñoz, D. E. (1997). *La libre competencia*. Bogota. D. C.: Corte Constitucional.
- Muñoz, D. E. (1997). *Sentencia C-535*. Bogota. D. C.: Corteconstitucional.
- OCDE. (2009). *El Foro Latinoamericano de Competencia*. Francia: OCDE.
- Organización de Cooperación. (2009). *Derecho y politica de la competencia en Colombia*. Bogota. D. C.: OCDE.
- Ortega, R. R. (2010). *Paradojas de la Intervención Administrativa Económica*. Madrid: INAP.
- Paul A. Samuelson, W. D. (2005). *Economía*. Mexico: McGraw-Hill Interamericana.
- Perloff, J. M. (2004). *Microeconomía*. Madry: Pearson Addison Wesley.
- Presidencia de la Republica. (1992). *Decreto 2153*. Bogota. D. C.: Imprenta Nacional.
- Robert S. Pindyck, D. L. (2009). *Microeconomía*. Madrid: PEARSON EDUCACIÓN, S.A.
- Sanches, P. F. (2016). *Economia de Mercado*. *expansion.com*, 1.
- Sperintendencia de industria y Comercio. (2013). *Resolucion 4851*. Bogota. D. C.: Superintendencia.
- Stiglitz, J. E. (2000). *La Economía del Sector Público*. Barcelona: Antoni Bosch.
- Superintendencia de Industria y comercio. (2013). *Resolucion 4851*. Bogota. D. C.: Super Intendencia de Industria y Comercio.
- Wikipedia.com. (2016). *Consenso de Washington*. Internet: Wikipedia.com.