



MONOGRAFÍA DE GRADO

APRECIACIÓN CRÍTICA DE LA APLICACIÓN DE LA REGLA PER SE

EN COLOMBIA: CAMINO A LA MIRADA RÁPIDA

PRESENTADA POR:

DIEGO ALEJANDRO TORRES MARTÍNEZ

ALEJANDRO ESTEBAN DÍAZ BETTER

DIRIGIDA POR:

DANIEL BELTRÁN CASTIBLANCO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

BOGOTÁ

2017



MONOGRAFÍA DE GRADO

APRECIACIÓN CRÍTICA DE LA APLICACIÓN DE LA REGLA PER SE

EN COLOMBIA: CAMINO A LA MIRADA RÁPIDA

PRESENTADA POR:

DIEGO ALEJANDRO TORRES MARTÍNEZ

ALEJANDRO ESTEBAN DÍAZ BETTER

DIRIGIDA POR:

DANIEL BELTRÁN CASTIBLANCO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

BOGOTÁ

2017

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

TABLA DE CONTENIDO

1. PREFACIO.....	- 1 -
2. INTRODUCCIÓN.....	- 6 -
2.1. Consagración constitucional.....	- 7 -
2.1.1. Antes de la constitución de 1991	- 7 -
2.1.2. Constitución de 1991	- 7 -
2.2. Subcategorías del régimen del derecho de la competencia	- 8 -
2.3. Prácticas restrictivas de la competencia	- 9 -
2.3.1. Marco normativo	- 9 -
2.3.2. Aplicación en Colombia	- 10 -
3. LA REGLA PER SE Y LA REGLA DE LA RAZÓN COMO SISTEMAS DE ANÁLISIS	- 12 -
3.1. Regla de la Razón.....	- 14 -
3.2. Regla Per Se	- 18 -
3.3. Comentarios sobre la “mirada rápida” (<i>Quick look</i>).....	- 21 -
4. APLICACIÓN DE LA REGLA PER SE POR PARTE DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO	- 24 -
4.1. Aplicación de la regla per se por parte de la SIC:	- 26 -
4.2. Posición de la Superintendencia de Industria y Comercio en el Caso ANDEVIP (referencia expresa de la existencia de responsabilidad objetiva en la aplicación de la regla <i>per se</i>).....	- 32 -
4.3. Existencia de responsabilidad objetiva en la aplicación de la regla per se:.....	- 36 -
4.4. Posición de la SIC frente a los acuerdos de colaboración entre competidores.....	- 38 -
5. MIRADA CONSTITUCIONAL DE LOS REGÍMENES SANCIONATORIOS EN COLOMBIA	- 41 -
5.1. Régimen cambiario.....	- 42 -
5.2. Régimen tributario.....	- 44 -
5.3. Régimen de tránsito.....	- 47 -
5.4. Régimen ambiental.....	- 49 -
5.5. Conclusiones de la constitucionalidad en la aplicación de la regla <i>per se</i>	- 50 -
6. LOS SISTEMAS DE ANÁLISIS EN OTRAS JURISDICCIONES	- 52 -
6.1. En los Estados Unidos de América.....	- 52 -
6.1.1. Acuerdos verticales de fijación de precios mínimos para reventa.....	- 53 -
6.1.2. Acuerdos verticales de fijación de precios máximos para reventa	- 55 -
6.2. En la Unión Europea	- 58 -
6.2.1. Fuentes positivas	- 59 -

6.2.2. Jurisprudencia.....	- 62 -
7. POSICIÓN RESPECTO DE LA PROBLEMÁTICA Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN.....	- 67 -
7.1. Motivos de orden constitucional.....	- 67 -
7.2. Motivos de orden legal	- 71 -
7.3. Propuesta	- 72 -
7.3.1. Argumentos a favor de la aplicación de la regla per se	- 73 -
7.3.2. Síntesis.....	- 75 -
BIBLIOGRAFÍA.....	i

1. PREFACIO

El derecho de la competencia en Colombia ha tenido un desarrollo notable en las últimas décadas.¹ En efecto, contrario a lo sucedido previo a la expedición de la Constitución Política de 1991, el derecho colectivo de la libre ha sido considerado uno de los principales mecanismos de intervención del Estado en la economía por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.² En particular, en materia de prácticas restrictivas de la competencia, es innegable que, si bien el sistema colombiano es único y responde en general a sus propios principios y reglas, también es cierto el gran aporte que ha significado el derecho sustantivo de la competencia de los Estados Unidos, principalmente a través de las decisiones de su Corte Suprema de Justicia. Y es que lo anterior es claro si se tiene en cuenta que la preocupación por la protección a la libre competencia económica tuvo sus inicios en la jurisdicción estadounidense. Esta influencia se ha visto evidenciada en distintos elementos jurídicos, tanto normativos como interpretativos y, en concreto, es el caso de las formas en las que se han aplicado históricamente las normas de competencia. Estos métodos se han consolidado en las reglas de análisis conocidas por la jurisprudencia estadounidense y la doctrina como la regla per se y la regla de la razón. En primer lugar, la regla de la razón es ese sistema de análisis en virtud del cual, a la autoridad le corresponde una carga de realizar un examen detallado de la comisión de una conducta y de todas las particularidades de la misma, dentro de las cuales, se hace especial énfasis en los efectos anticompetitivos que cada conducta pudo haber causado. Lo anterior, como es natural, conlleva la posibilidad de defensa y argumentación en el mismo sentido para el investigado. En segundo lugar, la regla per se es aquel sistema de análisis en el que la carga para la autoridad, junto con la posibilidad de defensa de los investigados, se limita a la demostración de la comisión de la conducta prohibida, bastando ello para la procedencia de una reacción sancionatoria, sin necesidad de detener el estudio en ningún elemento relevante para la regla de la razón.

¹ Miranda Londoño, A. (enero-diciembre de 2011). Origen y evolución del derecho de la competencia en Colombia: la Ley 155 de 1959 y su legado. *Derecho Competencia*, 7(7), pág. 148.

² *Ibidem*.

Particularmente, resulta irrelevante la voluntad del agente o los efectos que la conducta tuviere en los mercados o en la libre competencia. No obstante lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia comparada no se han detenido en el carácter absoluto de las dos reglas de análisis recién mencionadas. Así pues, en decisiones más recientes,³ la Corte Suprema de Estados Unidos ha considerado conductas como anticompetitivas por el sólo hecho de haberse producido, pero ha permitido a los investigados demostrar los efectos pro-competitivos de las mismas, trasladando de esta forma la carga de la prueba a la parte investigada. Esta técnica ha sido denominada como la “mirada rápida” (Quick Look),⁴ que complementa las reglas de análisis tradicionales.⁵

En el presente escrito se buscará determinar lo apropiada que resulta la aplicación de la regla per se en el sistema jurídico colombiano. Para lo anterior, será necesario referirse a la aplicación de las reglas de análisis por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Es importante tener en cuenta que la aplicación de la regla per se y de la regla de la razón se ha llevado a cabo sin denominar expresamente ninguna de ellas, por lo que le ha correspondido a la doctrina establecer en cuáles escenarios se han puesto en práctica reglas que, por sus características concretas, se han parecido a una u otra regla de análisis. En este sentido, ha concluido parte de la doctrina colombiana que en los casos en los que se investigan y sancionan conductas expresamente consagradas en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, se ha aplicado una regla asimilable a la regla per se,⁶ puesto que, como se explicará oportunamente, una vez demostrada la comisión de la conducta procede la sanción sin realizar un análisis de la voluntad de los agentes en la comisión de ésta, ni los efectos anticompetitivos que la

³ Los casos más relevantes serán objeto de estudio detallado en los capítulos posteriores de la presente monografía.

⁴ Traducción libre.

⁵ Se realizará expresa mención de los casos de mayor relevancia para la aplicación de Quick look en los capítulos posteriores.

⁶ En palabras de Alfonso Miranda: “*En Colombia no existe una norma que disponga de manera expresa la aplicación de la “regla per se”. Sin embargo, resulta claro que el tipo de análisis descrito es el que se aplica a los casos de acuerdos, actos o conductas de abuso de la posición dominante específicamente tipificados en la legislación. En estos casos la autoridad de la competencia solamente debe demostrar que la conducta se realizó y no necesita entrar a probar si tal conducta es o no anticompetitiva, ya que su carácter anticompetitivo e ilegal está expresamente señalado por la ley*” (negritas fuera del texto). Miranda Londoño, A. (enero-diciembre de 2011). Origen y evolución del derecho de la competencia en Colombia: la Ley 155 de 1959 y su legado. Derecho Competencia, 7(7), pág. 91.

misma pudo haber causado o causó. Asimismo, sostiene el mismo sector de la doctrina, en aquellos casos donde se investigan conductas consagradas en la prohibición general del artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y del artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, se ha aplicado un análisis similar al de la regla de la razón.⁷ En línea con lo sostenido por la doctrina, se hace relevante el estudio de las reglas de análisis desarrolladas en la jurisdicción estadounidense. En el mismo sentido, resulta pertinente y útil el cuestionamiento a la aplicación de las reglas de análisis en Colombia.

Como quedará planteado en la presente monografía, la aplicación de la regla per se puede conllevar la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, debido a que no existe ningún análisis del elemento volitivo del agente al cometer la conducta prohibida ni los posibles efectos que con la misma se alcanzaron.⁸ Sobre este punto, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido en reiteradas oportunidades,⁹ que la responsabilidad objetiva en materia de derecho administrativo sancionador está permitida de forma excepcional si se cumple con los siguientes requisitos: i) que carezcan de la naturaleza de sanciones 'rescisorias' ii) que tengan un carácter meramente monetario; iii) que sean de menor entidad en términos absolutos o relativos; iv) que no se justifique en la evasión de las funciones y responsabilidades de las autoridades ; y v) que esa forma de responsabilidad se encuentre consagrada de forma expresa por el legislador. Como quedará acreditado mediante la presente monografía, estos requerimientos no se cumplen con la aplicación de la regla per se.

⁷ Por ejemplo, la SIC investigó el intercambio de información entre agentes de la industria cementera entre 1997 y 1999 aun cuando esa conducta no está prohibida expresamente. En palabras del mismo tratadista: *“En Colombia la regla de la razón se debe aplicar a aquellas conductas que no se encuentran expresamente definidas en la legislación, como acuerdos, actos anticompetitivos o formas de abuso de la posición dominante en el mercado. Estas conductas caen entonces bajo las prohibiciones generales contenidas en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y en el artículo 46 del decreto 2153 de 1992 que se transcribieron más arriba”*. *Ibidem*. pág. 86.

⁸ Es importante tener presente en todo momento que la regla per se **no es igual** a la responsabilidad objetiva. En efecto, se trata de dos instituciones jurídicas de orígenes (una anglosajona y la otra del derecho civil europeo) y naturaleza diferentes. Aun siendo cierto lo anterior, también es correcto afirmar que algunos elementos de las dos instituciones resultan análogos, por lo que, para fines académicos, su estudio conjunto es adecuado.

⁹ Al respecto, en el desarrollo de la monografía se estudiarán las Sentencias C-599 de 1992, C-616 de 2002, C-089 de 2011, C-530 de 2003 y C-595 de 2010.

Por otro lado, para ilustrar el estudio será importante referirse también al desarrollo que han tenido los sistemas de análisis en otras jurisdicciones. Así, se examinarán los mecanismos que existen en otros sistemas para apartarse de las prohibiciones absolutas y estudiar plenamente los casos concretos. Asimismo, se expondrán algunos momentos en los cuales, para determinadas conductas manejadas tradicionalmente bajo la regla per se, las cortes han variado tal interpretación, llegando a la utilización de análisis más amplios, justificando dicho cambio en que, la regla per se, no observa situaciones propias singulares de cada caso que posteriormente pueden llegar a ser beneficiosas para la comunidad.

Finalmente, se concluirá que bajo el ordenamiento jurídico colombiano no resulta apropiada la aplicación de la regla per se. Lo anterior es así, primero, puesto que, desde el punto de vista constitucional, la responsabilidad objetiva en materia administrativo-sancionatoria se encuentra condicionada al cumplimiento de unos estrictos requisitos, los cuales no se evidencian con la aplicación de esta regla de análisis. También, desde el punto de vista legal, el artículo 3° de la Ley 340 de 2009 dispone que las autoridades en materia de competencia guiarán sus actuaciones bajo tres propósitos, a saber (i) la libre participación de las empresas en el mercado, (ii) el bienestar de los consumidores y (iii) la eficiencia económica. Por los anteriores motivos, se considera que la regla per se no está amparada ni legal, ni constitucionalmente, por lo que su aplicación no debería ser de recibo en nuestro país.

Como conclusión, se propone un esquema de presunciones legales o de hecho¹⁰ (similar a la mirada rápida o *quick look*), que implicaría que, si una conducta está prevista expresamente como prohibida en la ley (por ejemplo en el Decreto 2153 de 1992), se debe presumir de hecho por parte de la autoridad la voluntad y los efectos anticompetitivos causados, lo que trasladaría al investigado la carga de demostrar

¹⁰ Se transcribe a continuación el artículo 66 del Código Civil Colombiano, que define las presunciones de hecho: “**Artículo 66.** *Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias*”.

que la mencionada conducta no afectó en forma alguna el mercado, el bienestar de los consumidores, ni la libre participación de las empresas en este. De esta forma se lograrían armonizar los beneficios de la regla per se, sin vulnerar las garantías constitucionales y legales de los particulares.

2. INTRODUCCIÓN

De conformidad con la Constitución Política, Colombia es un país organizado bajo un modelo de economía social de mercado,¹¹ respetuoso de la propiedad privada,¹² caracterizado por promover, entre otras, el fortalecimiento y el desarrollo empresarial.¹³ En este sentido, la intervención del Estado en la economía está justificada y regulada tanto constitucional como legalmente; muestra de ello, son las normas de protección a la libre y leal competencia y al bienestar y protección del consumidor. Si bien, constitucionalmente se protege la libertad económica, también en este rango se consagra la intervención del estado en la economía a través de la protección de la competencia, de la posibilidad de concurrencia de las personas a los mercados¹⁴ y del bienestar del consumidor.¹⁵ A continuación, se describe brevemente el desarrollo y conformación que este derecho ha tenido en Colombia.

¹¹ En el estudio de los artículos 9, 11, 12, 13, 22 y 25 parcial de la Ley 1340 de 2009, reafirmó el modelo económico acogido por la Constitución Política de 1991. Al respecto la Corte Constitucional dijo textualmente: “*la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general*”. Sentencia C-228 de 2010, Exp. D-7865 (Corte Constitucional de Colombia 24 de marzo de 2010).

¹² No como un derecho absoluto, sino los límites propios de un Estado Social Derecho. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional. Por ejemplo en sentencia C 410 de 2015 manifestó: “*esta Corporación ha establecido que se trata de un derecho subjetivo que se tiene sobre una cosa corporal o incorporal, que faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando se respeten sus inherentes funciones sociales y ecológicas, encaminadas al cumplimiento de deberes constitucionales estrechamente vinculados con la noción de Estado Social de Derecho, como son la protección al medio ambiente, la salvaguarda de los derechos ajenos, la promoción de la justicia y la equidad y el interés general prevalente*” Sentencia C-410 de 2015, D-10494 (Corte Constitucional de Colombia 1 de julio de 2015).

¹³ Al respecto la Constitución Política de Colombia en su artículo 333, inciso tercero, establece de forma textual lo siguiente: “*La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial*”.

¹⁴ Artículo 333 de la Constitución Política de Colombia de 1991 lo consagra así: “*La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. (...) 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*”.

¹⁵ Indicó la Corte Constitucional: “*la Constitución ordena la existencia de un campo de protección en favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimétrica real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas*”. Sentencia C-1141 de 2000, D-2830 (Corte Constitucional de Colombia 30 de agosto de 2000).

2.1. Consagración constitucional

2.1.1. Antes de la constitución de 1991

Si bien en la Constitución Política de 1886, no se consagraba expresamente el derecho a la libertad económica o a la libre competencia, sí existían leyes que regulaban esta materia. Las normas de protección a la competencia se expedían bajo el amparo del artículo 32 de aquella carta constitucional, el cual disponía la posibilidad de intervención en la economía por parte del Estado. Bajo la adopción de esta norma constitucional surgió la Ley 155 de 1959, que posteriormente fue modificada por el Decreto 3307 de 1963 y reglamentada por el Decreto 1302 de 1964.¹⁶ Lo cierto era que, a pesar de la existencia de leyes, como lo fue el caso de la Ley 155 de 1959 y decretos que regulaban el tema, esta normativa no fue aplicada por parte de las autoridades competentes.¹⁷

2.1.2. Constitución de 1991

La Constitución Política de 1991 consagra en su artículo 333 el derecho a la libertad económica de la siguiente forma:

“ARTICULO 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.

¹⁶ Miranda Londoño, A. (1997). El régimen general de la libre competencia - Características principales. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial (págs. 2-25). Bogotá: CEDEC.

¹⁷ Textualmente Alfonso Miranda Londoño se refiere a la falta de aplicación de la Ley 155 de 1959 por parte de las autoridades competentes como a continuación se cita: “A pesar de que en general se ha reconocido que la Ley 155 de 1959 responde a criterios técnicos que eventualmente hubieran permitido su aplicación con el objeto de controlar las prácticas restrictivas de la competencia y los abusos en que han incurrido los monopolistas, los monopolistas, lo cierto es que las autoridades competentes no la aplicaron ni generaron jamás la conciencia de su existencia entre los comerciantes”. *Ibidem*. págs. 5-6.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones.

(...)

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. (...)” (negritas fuera del texto original).

De esta forma, nace una consagración de rango constitucional que justifica la limitación, por parte del legislador, a la libertad económica. Además de la norma constitucional citada previamente, los siguientes artículos de la Constitución Política tienen relación directa con el régimen de la libre competencia: El artículo 1° el cual define la organización del estado como un Estado Social de Derecho; el artículo 2° que establece como uno de los fines del estado facilitar la participación de las personas en la vida económica de la nación; el artículo 26 que establece el derecho a la libertad de las personas a escoger su profesión u oficio; el artículo 38 que consagra el derecho a la libre asociación; el artículo 58 que consagra el derecho a la propiedad privada; y el artículo 334 que determina que la dirección general de la economía está a cargo del estado, razón por la cual se le faculta para intervenir en esta a través de mandato legal.

2.2. Subcategorías del régimen del derecho de la competencia

En Colombia no se prohíbe cualquier restricción a la libre competencia, sino únicamente aquellas conductas que limiten ilegalmente el ejercicio de esta. Para determinar la ilegalidad en las distintas prácticas comerciales y económicas, existen diferentes subcategorías de protección, con variedad de procedimientos y objetivos como lo son: i) las prácticas restrictivas de la competencia, campo en el cual se protege al mercado de la comisión de actos, acuerdos o conductas que abusen de la posición de dominio en un mercado determinado, que restrinjan de forma grave la competencia y los derechos que

deriven de ella; ii) La competencia desleal, el cual a diferencia de las prácticas restrictivas, busca el desarrollo de la competencia, por parte de los participantes en ella, de forma transparente y honesta¹⁸ – regulada por la Ley 256 de 1996-; iii) por último, se encuentran las normas de protección al consumidor, las cuales pretenden brindar a estos, seguridad en cuanto a sus intereses económicos y al libre ejercicio de sus derechos.¹⁹ Con fines de brindar una precisa ubicación dentro del régimen general de la competencia, el presente escrito se desarrollará, únicamente, bajo el marco de las prácticas restrictivas de la competencia.

2.3. Prácticas restrictivas de la competencia

2.3.1. Marco normativo

A continuación, se enuncian brevemente las normas de mayor importancia en el régimen de prácticas restrictivas de la competencia.

- Ley 155 de 1959: Esta norma consagra en su artículo primero la prohibición general de ejecución de conductas que tengan como fin restringir el comercio. Aunado a lo anterior, en el párrafo primero de la misma, se establece la denominada ‘excepción de bloque’ mediante la cual los agentes pueden llegar a celebrar acuerdos que restrinjan la competencia siempre que estos tengan como fin proteger la estabilidad de un sector básico de la economía.
- Decreto 2153 de 1992: Esta norma en su artículo 46 refuerza la prohibición general contenida en el artículo primero de la Ley 155 de 1959, en cuanto a la comisión conductas que restrinjan ilegalmente la competencia. Así mismo, consagra un catálogo de acuerdos (artículo 47) y actos

¹⁸ En lo referido a la principal diferencia entre prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal afirma Jorge Jaeckel: “La principal diferencia radica en que mientras la competencia desleal protege la transparencia con que se desarrolle la competencia, las normas que sancionan las prácticas restrictivas buscan proteger la libertad en el acceso y permanencia en el mercado”. Jaeckel Kovacs, J. (1999). *Apuntes sobre Competencia Desleal*. Obtenido de Centro CEDEC: <https://centrocedec.org/articulos/>, pág.12.

¹⁹ Ver Ley 1480 de 2011

(artículo 48) que restringen la libre competencia, y de conductas consideradas como abuso de posición de dominio (artículo 50).

- Ley 1340 de 2009: Consagra las sanciones imponibles a quienes actúen en contra de la normatividad en materia de libre competencia. Asimismo, designa a la SIC como autoridad única en materia de competencia²⁰ y, por último, establece los propósitos que deben perseguir en sus actuaciones las autoridades administrativas (la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica).²¹

2.3.2. Aplicación en Colombia

Lo primero que debe resaltarse es que las prácticas restrictivas de la competencia en Colombia, se desarrollan dentro del campo correspondiente al derecho administrativo sancionatorio. La SIC es la autoridad única en materia de competencia y, por consiguiente, es a quien se le ha asignado las funciones de investigar y sancionar pecuniariamente a quienes incurran en conductas que afecten la libre competencia a los mercados, el bienestar del consumidor o la eficiencia económica.²² La protección a la libertad de acceso y permanencia en el mercado, mediante la prohibición de las llamadas prácticas restrictivas de la competencia, se dan en el marco de un proceso administrativo que lleva a cabo la autoridad mencionada, y que finaliza con una resolución bien en sentido sancionatorio o absolutorio.

²⁰ “Artículo 30. Facúltase al Gobierno Nacional para que dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia de esta ley, adecue la estructura administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio a las nuevas responsabilidades como autoridad única de competencia, así como su régimen presupuestal a las disposiciones que sobre derechos de seguimiento y multas se encuentran contenidas en esta ley”.

²¹ “Artículo 3°. Propósitos de las Actuaciones Administrativas. Modifícase el número 1 del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992 que en adelante será del siguiente tenor: Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: **la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.**

Parágrafo. La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los propósitos de que trata el presente artículo al momento de resolver sobre la significatividad de la práctica e iniciar o no una investigación, sin que por este solo hecho se afecte el juicio de ilicitud de la conducta” (negritas fuera de texto).

²² Ley 1340 de 2009. Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. Título I, Capítulo III, Arts. 3° y siguientes. Julio 24 de 2009. D.O. N° 47.420.

Quien considere que sus derechos fueron vulnerados por parte de la SIC, puede dirigirse a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y formular una pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho.

Ahora bien, el presente escrito pretende centrarse específicamente en determinar la constitucionalidad - bajo las normas de debido proceso en el derecho administrativo sancionatorio- y la subsecuente legalidad, en la forma de aplicación de una de las reglas de análisis de origen norteamericano que ha sido utilizada por la SIC.²³

²³ La aplicación de estas reglas no ha sido a través de la denominación de las mismas en los casos concretos. Ello no obsta, sin embargo, para que los criterios de análisis de las conductas responda a una lógica similar a la regla per se y a la regla de la razón. La aplicación de estas reglas se demostrará a lo largo del presente texto.

3. LA REGLA PER SE Y LA REGLA DE LA RAZÓN COMO SISTEMAS DE ANÁLISIS

Una vez esbozado el sistema jurídico de protección de la libre competencia en general, vale la pena referirse particularmente a los sistemas de análisis y aplicación de las normas que lo componen. Para ello, será necesario retomar brevemente los fundamentos constitucionales del derecho de la competencia y la estructura de las normas existentes, para así entender la pertinencia del tema planteado. Posteriormente, se explicará cada sistema de análisis, exponiendo los orígenes y desarrollo de los mismos. Con el fin de explicar en forma suficiente la regla per se y la regla de la razón, debe recurrirse a la historia de las mismas en su jurisdicción de origen. Por lo anterior, teniendo en cuenta que el desarrollo de estas reglas ha seguido un patrón de *common law* (esto es, con base en precedentes judiciales), será necesario referirse a decisiones hito sobre la materia, proferidas por la Corte Suprema de los Estados Unidos. En el mismo sentido, vale la pena mencionar que el ordenamiento relativo a la libre competencia en Colombia fue trasplantado de los Estados Unidos, jurisdicción donde surgió esta rama del derecho. Esta es la razón por la cual se debe analizar este ordenamiento jurídico.²⁴ Así las cosas, cuando se trasplantan instituciones jurídicas a través de normas positivas, resulta apenas natural trasplantar también los criterios de análisis e interpretación, como en efecto –y quedará acreditado– lo ha hecho la SIC. Lo que resulta trascendental en este sentido, es cerciorarse de que estos trasplantes no violen el ordenamiento interno colombiano, siendo éste precisamente el objeto de la presente monografía. Ahora bien, como quedó planteado en el aparte anterior, la protección al régimen de competencia parte del derecho constitucional colectivo denominado por la Carta como libre competencia económica,²⁵ el cual, junto con otras disposiciones constitucionales sirve como fundamento para la intervención del Estado en la economía con el fin de salvaguardar la libre participación de las empresas

²⁴ En efecto, la cláusula general de prohibición de la Ley 155 de 1959 sigue el mismo patrón de la sección 1 de la Ley Sherman.

²⁵ **Constitución Política de Colombia. Artículo 333.** La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades (...)."

en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.²⁶ Por lo anterior se han expedido distintas regulaciones tendientes a la materialización y efectividad de este derecho colectivo y sus distintas facetas reveladas en los tres propósitos recién mencionados.

Uno de los mecanismos de protección que ha utilizado el legislador para estos efectos, ha sido la descripción de conductas que, consultando a la experiencia y aplicación internacionales, se han considerado lesivas o potencialmente lesivas de la libre competencia. Tal es el caso, en primer lugar, de la denominada cláusula general de prohibición contenida en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.²⁷ A pesar de que a primera vista este artículo menciona únicamente los “acuerdos o convenios”, el mismo extiende la prohibición a “toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas”.²⁸ Aunado a lo anterior, a esta disposición se le reconoció un alcance adicional mediante el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, en virtud del cual “están prohibidas *las conductas* que afecten la libre competencia en los mercados” (cursiva fuera del texto). Por ello, es posible afirmar que, en concordancia con las facultades sancionatorias de la SIC,²⁹ se consideran prohibidas y castigables todas las conductas que tengan por objeto o como efecto la restricción de la libre competencia en Colombia.

Además de la cláusula general de prohibición, el legislador consagró tres listas enunciativas de conductas particulares, calificadas como contravenciones de carácter administrativo que se dividen en acuerdos, actos y abusos de posición dominante en el mercado.³⁰

²⁶ Ley 1340 de 2009. Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. Art. 3°. Julio 24 de 2009. D.O. N° 47.420.

²⁷ **Ley 155 de 1959. Artículo 1°.** Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”.

²⁸ La constitucionalidad de este aparte fue estudiada por la Corte Constitucional, corporación que declaró su exequibilidad mediante Sentencia C-032/17, con ponencia del Magistrado Alberto Rojas Ríos.

²⁹ Ley 1340 de 2009. Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. Título I, Capítulo III, Arts. 6° y siguientes. Julio 24 de 2009. D.O. N° 47.420.

³⁰ Estas categorías corresponden a los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992.

Pero ¿cómo se ha articulado este contenido normativo? ¿Qué alcance se le ha dado a las prohibiciones generales y particulares? Para introducir de forma apropiada estos planteamientos, se hace necesario referirse a los sistemas de análisis de la **regla de la razón** y de la **regla per se**.

3.1. Regla de la Razón

Como se puede inferir de lo expuesto hasta este punto, la forma de aplicación de las normas protectoras de la libre competencia no ha sido un tema de interpretación uniforme o armónica por parte de distintos sectores involucrados. Como se explicará más adelante, este régimen sancionatorio no ha sido la excepción al generalizado cuestionamiento de las facultades sancionatorias de la administración, lo que ha generado que se retomen debates en cuanto al rol del Estado en la economía, la seguridad jurídica que debe estar presente en las actuaciones de las autoridades y la peligrosidad efectiva como presupuesto necesario para la censura de las conductas de los particulares, entre otros similares.

En este sentido, el alcance de las prohibiciones es uno de los temas que, por su importancia, ha generado diversos pronunciamientos jurisprudenciales y extensas tendencias doctrinales alrededor del mundo. Tanto es así, que las discusiones sobre este punto se dieron inicialmente en el seno de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos desde tiempos tan remotos como finales del siglo XIX y principios del siglo XX, dando origen a la denominada regla de la razón. En realidad, las opiniones de los magistrados de esta corporación eran disímiles respecto del alcance de la sección primera de la Ley Sherman, pues por una parte se consideraba que el texto era suficientemente claro al prohibir *cualquier* restricción al comercio y a los negocios entre los estados o con naciones foráneas³¹ y, por tal motivo, no era dable a la Corte interpretar cuáles acciones ajustadas a esa proscripción debían ser sancionadas y cuáles

³¹ *Sherman Antitrust Act (1890). Section 1: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal (...)”* (negritas fuera del texto original).

ignoradas.³² Por otra parte, estaba la consideración que terminó prevaleciendo, en virtud de la cual solo debían ser sancionadas las conductas que, además de ajustarse a lo previsto, restringieran el comercio o los negocios de forma irrazonable, dejando sin cesura las restricciones razonables.³³ Se dio así origen a la institución de la regla de la razón desarrollada a partir de entonces.

Más adelante, la Corte Suprema hizo diferentes pronunciamientos sobre la regla de la razón, entre los que se resaltan *United States v. American Tobacco Co.*,³⁴ en el que se discutía la integración de American Tobacco Company con varias compañías fabricantes de distintos productos derivados del tabaco, llegando a una situación monopolística, con pleno control sobre los precios de venta de prácticamente la totalidad de estos productos y *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*³⁵ en el que la Standard Oil Company aprovechaba su posición en el mercado de la refinería para ganar terreno en otros escalones de la cadena productiva, como la exploración petrolera hacia escalones superiores, la venta al por menor de productos refinados y la operación de estaciones de servicio, hacia escalones inferiores. Para lograrlo, supuestamente se deshacía de sus competidores mediante precios predatorios y amenazas a proveedores y distribuidores que negociaran con estos. Al respecto, se consideró que la enumeración genérica del estatuto no contenía una definición de restricción del comercio o de los negocios, lo que forzó la conclusión de que el mismo fue diseñado para limitar de forma excesiva o indebida las actuaciones de las personas, fijando un estándar para los efectos pertinentes, esto es, definiendo los límites que no pueden ser transgredidos de forma impune. Esta valoración debía

³² La decisión de *United States v. Trans-Missouri Freight Association* fue la primera en recoger las posiciones encontradas sobre el alcance de la Ley Sherman, en los términos esbozados.

³³ Argumento extraído del caso *Trans-Missouri Freight Ass'n*. En palabras de la Corte, refiriéndose al lenguaje de la sección primera: “*sólo significa declarar ilegal cualquier contrato de este tipo que sea una restricción irrazonable del comercio, dejando a todos los demás sin ser afectados por las disposiciones de la Ley Sherman; que el sentido común de la expresión «contrato que restringe el comercio» sólo incluye aquellos contratos que sean una restricción irrazonable del comercio*”. *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, No. 67 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 22 de marzo de 1897). Traducción propia.

³⁴ *United States v. American Tobacco Company*, Nos. 118, 119 (Corte Suprema de los Estados Unidos 29 de mayo de 1911).

³⁵ *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, No. 221 U.S. 1 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 15 de mayo de 1911).

realizarse, en palabras de la Corte, a la luz de la razón, guiándose por los principios del derecho y el deber de aplicar y hacer cumplir la política consagrada en la Ley Sherman.³⁶

El alcance de la regla de la razón fue explicado de forma más esmerada en 1918, asumido el conocimiento del caso *Chicago Board of Trade v. United States*.³⁷ La situación fáctica de aquel caso puede resumirse como sigue: Chicago Board of Trade (CBOT) era un mercado de *commodities*, en el que se negociaban mercancías depositadas y listas para su entrega, mercancías en ruta a Chicago durante el tiempo del transporte y mercancías futuras. CBOT introdujo una modalidad de *call rule*, en virtud de la cual al momento de cierre de cada jornada se prohibían las compraventas de mercancías en ruta a un precio diferente al que estuviera fijado para ese momento, razón por la cual se les acusó de fijación de precios. Al respecto, la Corte consideró que la regla de la razón no se limitaba a un análisis rudimentario de las conductas que se acusen como ilegales, sino que comprende todas las circunstancias relevantes del caso concreto. Consideró la Corte, que para poder determinar las restricciones que resultan censurables a la luz de la Ley Sherman, las autoridades deben tener en cuenta (i) los hechos peculiares de la conducta o del negocio investigado; (ii) la condición de los mismos antes y después de la supuesta restricción; (iii) la naturaleza misma de esa restricción; (iv) los efectos potenciales o consumados causados por ella; (v) la historia de ese género de conductas; (vi) el daño que se ha creído que se acarrea, (vii) las razones que se han acogido para optar por las sanciones impuestas en casos análogos; e incluso (viii) el propósito o fin que buscado por los realizadores.³⁸ Este último aspecto (la relevancia del propósito o fin buscado por los realizadores) sugiere, necesariamente, que la responsabilidad derivada de

³⁶ En palabras de la Corte: "*La enumeración meramente genérica que hace el estatuto de los actos a los que se refiere y la ausencia de una definición de restricción del comercio utilizada en el estatuto, deja lugar a una sola conclusión, que es que éste estaba expresamente diseñado para no limitar indebidamente la aplicación del acto mediante una definición precisa, sino fijando claramente un estándar, es decir, definiendo los límites ulteriores que no pueden ser transgredidos con impunidad, dejando su determinación a la luz de la razón, guiándose por los principios del derecho y el deber de aplicar y hacer cumplir la política pública consagrada en el estatuto, en cada caso determinado si algún acto o contrato en particular estaba contemplado dentro del estatuto*" (negrillas fuera del texto). *Ibidem*. Traducción propia.

³⁷ *Chicago Board of Trade v. United States*, No. 98 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 4 de marzo de 1918).

³⁸ *Ibidem*, pág. 246 U.S. 238. Paráfraseo propio de los argumentos expuestos.

la transgresión de las normas de competencia bajo el análisis de la regla de la razón es de carácter subjetivo.

La doctrina recién descrita sobre la naturaleza e implicaciones de la regla de la razón fue aplicada reiteradamente en las décadas siguientes por las Cortes norteamericanas. Fue hasta 1977, en *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.*,³⁹ que la Corte Suprema de ese país introdujo una faceta complementaria de la regla de la razón, que consiste en un análisis en términos de eficiencia económica de la conducta y sus efectos, en línea con el auge del análisis económico del derecho, introducido por los exponentes de la escuela neoclásica de pensamiento económico de aquella época.⁴⁰ Para una mayor ilustración sobre este punto, que se considera de suma importancia, se pasa a exponer la situación fáctica de aquel caso.

La demandada GTE Sylvania (Sylvania) era fabricante y vendedora de televisores que concurría en ese mercado con un 2% de participación. En 1962 adoptó un plan de distribución con agentes pequeños, en lugar de los intermediarios más grandes con los que venía trabajando, con el fin de limitar el número de vendedores en una misma zona geográfica. Para lo anterior, Sylvania acordaba con los distintos distribuidores, no vender sino en los espacios geográficos designados para cada uno de ellos. Esta estrategia resultó ser muy efectiva, pues para 1965 su participación aumentó al 5% del mercado relevante.

Así las cosas, Sylvania autorizó a Young Brothers como distribuidor adicional en la ciudad de San Francisco que era un espacio asignado y explotado por el demandante Continental T.V. (Continental), quien ante tal situación y a pesar de las instrucciones en contrario, se dispuso a abrir un nuevo punto de venta en Sacramento, por fuera de su zona asignada. Por lo anterior, Sylvania redujo la línea de crédito a Continental y finalmente la franquicia fue terminada. Éste demandó a aquella bajo el argumento según el

³⁹ *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, No. 76-15 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 28 de febrero de 1977).

⁴⁰ Para profundizar sobre el análisis económico del derecho y sobre la Escuela de Chicago, se recomienda consultar la obra de Ronald Coase, Milton Friedman, Guido Calabresi y/o Richard Posner

cual las cláusulas territoriales estaban prohibidas por restringir la libre competencia, lo que dio pie a un pronunciamiento novedoso de la Corte Suprema de Justicia. Consideró ésta, que efectivamente la restricción geográfica del mercado generaba efectos anticompetitivos en el escenario *intramarca* (en el que concurrían distribuidores de televisores de marca Sylvania contra otros distribuidores de televisores de la misma marca), donde Continental había sufrido la terminación de su concesión por incumplir con la repartición establecida. No obstante lo anterior, demostró que los televisores Sylvania se fortalecían en el escenario *intermarcas* (donde concurría Sylvania contra televisores de otras marcas), lo que fue acreditado por el incremento en el porcentaje de participación en el mercado, en el que se pasó de un 2% a un 5%. En últimas, se considera que el beneficio percibido por los consumidores como consecuencia de la repartición de los mercados resulta más valioso para la sociedad que los efectos pro-competitivos que se ganarían al interior de la red de distribución de Sylvania si se evitara la repartición de los mercados.⁴¹

Así las cosas, del desarrollo de las decisiones judiciales recién expuestas se puede extraer, primero el carácter subjetivo de la regla de la razón (véase Chicago Board of Trade) y, la eficiencia económica (véase Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.) como factores que se deben tener en cuenta para el análisis de la ilegalidad de una conducta a la luz de la regla de la razón.

3.2. Regla Per Se

Después de establecida y relativamente desarrollada la regla de la razón por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, y en tanto distintas situaciones fácticas se volvieron reiterativas, se comenzaron a identificar ciertos patrones de conducta que una y otra vez resultaban ser restrictivos de la libre competencia. En particular, en el caso *United States v. Trenton Potteries Company*⁴² de 1927, sobre

⁴¹ *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, No. 76-15 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 28 de febrero de 1977).

⁴² *United States v. Trenton Potteries Company*, No. 27 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 30 de noviembre de 1927).

fijación de precios entre competidores, dio pie a que la Corte considerara esta conducta era ilegal per se. En este caso se acusaba la restricción del comercio mediante dos cargos diferentes: el primero consistía en una combinación para fijar y mantener precios uniformes para la venta de cerámica sanitaria en perjuicio del comercio interestatal, mientras que el segundo radicaba en una limitación a las ventas de cerámica a un grupo especial conocido por los como "legítimos trabajadores". Así, reflexionó la Corte que ese tipo de acuerdos entre competidores eran en sí mismos restricciones irrazonables e ilegales, sin la necesidad de un análisis casuístico minucioso sobre la razonabilidad del precio fijado. Como efecto de lo anterior, se liberó a las autoridades de la carga de la prueba sobre la irrazonabilidad en cada caso concreto,⁴³ dando origen a la institución jurisprudencial de la regla per se.

Con el fin de ilustrar el planteamiento de la regla per se, es necesario referirse al caso *Northern Pacific Railway Co. v. United States*.⁴⁴ En el año de 1949 la Northern Pacific Railway Company (NPRC) había vendido casi 40 millones de acres. La mayoría de estos contratos incluían cláusulas que requerían que los compradores de los predios utilizaran los servicios de transporte ofrecidos por NPRC para transportar los bienes producidos en los mismos terrenos, siempre y cuando las tarifas de envío fueran iguales o inferiores a las tarifas de los competidores. Los acuerdos de NPRC tuvieron como efecto reducir la competencia en el mercado de servicios de transportistas en el noroeste de los Estados Unidos, por lo que se les acusó de limitar la competencia de forma irrazonable. En particular, la Corte Suprema consideró que:

“existen ciertos acuerdos o prácticas que, por su efecto pernicioso en la competencia y falta de cualquier virtud que los redima, se presume que son irrazonables de forma concluyente,

⁴³ En palabras de la Corte: *“Los acuerdos que crean tal poder potencial pueden considerarse en sí mismos, restricciones irrazonables o ilegales sin la necesidad de una investigación minuciosa de si un precio particular es razonable o irrazonable tal y como fue fijado y sin colocar en el gobierno la carga de averiguar día a día si se ha vuelto irrazonable a través de la mera variación de las condiciones económicas”*. *Ibidem*. Traducción propia.

⁴⁴ *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, No. 59 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 10 de marzo de 1958).

*y por ello ilegales, sin necesidad de un cuestionamiento elaborado sobre el daño específico que han causado o el pretexto económico para su uso. Este principio de irrazonabilidad **per se** no solo hace más certeras las restricciones prohibidas por la Ley Sherman para todos los interesados, sino que además evita la necesidad de una investigación económica increíblemente complicada y prolongada sobre la historia íntegra de la industria involucrada, así como de aquellas relacionadas, intentando determinar si cada restricción específica ha sido irrazonable” (negritas fuera del texto).⁴⁵*

A pesar de lo cuestionado que ha sido este sistema de análisis, –incluso los magistrados de la Corte Suprema de los Estados Unidos han admitido que su aplicación siempre conlleva cierto grado de arbitrariedad–,⁴⁶ el mismo ha sido utilizado en diversas oportunidades y exportado a diferentes jurisdicciones. En este sentido, se considera que la aplicación de la regla *per se* está justificada cuando el daño potencial a la competencia, sumado a los costos administrativos derivados de demostrar en qué situaciones particulares las conductas pueden ser dañinas, sean mucho más valiosos que los beneficios económicos que puedan resultar de las conductas.⁴⁷ Si ello es así, se considera que simplemente no vale la pena estudiar cada caso concreto en la forma en que se haría a la luz de regla de la razón.

En este punto, y para esquematizar lo expuesto, es posible afirmar que tanto la regla *per se*, como la regla de la razón se utilizan para formar un juicio sobre la significatividad competitiva de cada restricción.⁴⁸ Sin embargo, ciertamente son metodologías diferentes entre sí pues, primero, la regla de la razón es la metodología de análisis que consiste en un examen de cada caso concreto acerca de todos los factores atinentes a la conducta (entre los cuales se destacan la eficiencia económica y la intención de las

⁴⁵ Northern Pacific Railway Co. v. United States, No. 59, pág. 356 U. S. 5 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 10 de marzo de 1958). Traducción propia.

⁴⁶ United States, Appellant v. Container Corporation of America, No. 27, pág. 393 U.S. 340 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 14 de enero de 1969). El magistrado Thurgood Marshall manifestó: “*Per se* rules always contain a degree of arbitrariness”.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*. pág. 435 U.S. 692.

partes); mientras que la regla per se es la metodología de análisis que parte del hecho que una determinada conducta o categoría de conductas es tan abiertamente ilegal y anticompetitiva, que no es necesario ni procedente hacer un análisis concreto de los factores atinentes a ésta, por lo que basta con verificar su ocurrencia para que la sanción sea procedente.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la regla per se excluye de su alcance todos los elementos que sí se estudian en la regla de la razón, es forzoso sostener que ni la eficiencia económica ni la intención de las partes pueden ser alegadas como defensa. Así, la responsabilidad derivada de la violación de las normas de competencia a la luz de la regla per se es de carácter objetivo.

3.3. Comentarios sobre la “mirada rápida” (*Quick look*)

Finalmente, teniendo claridad sobre los orígenes e implicaciones de la regla de la razón y de la regla per se, es necesario referirse brevemente a la “mirada rápida” como complemento. Esta regla abreviada se plasmó por primera vez en el caso *NCAA v. Board of Regents*.⁴⁹ Desde el punto de vista fáctico, es necesario tener en cuenta que la NCAA es una asociación de atletismo universitario privada sin ánimo de lucro que se encargaba, en lo relevante, de regular las transmisiones televisivas de los partidos de fútbol americano de las instituciones miembros. En 1953, ante la baja asistencia del público a los partidos que no eran televisados, la NCAA determinó que solo habría una transmisión televisiva cada sábado y que ningún equipo tendría más de una transmisión por temporada. Adicionalmente, se determinó que las ganancias serían compartidas entre los equipos cuyos partidos se transmitían y la NCAA. A raíz de lo anterior se formó la College Football Association que comenzó a negociar derechos televisivos con otras cadenas. En vista de lo anterior NCAA emitió una interpretación oficial mediante la

⁴⁹ National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents, No. 83-271 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 2 de junio de 1984).

cual se atribuía el control de todas las formas de transmisión por televisión de las instituciones miembros y dispuso que aquellas que no se sometieron a ello, serían sancionadas.

En esa oportunidad la Corte Suprema presumió los efectos perjudiciales de las conductas, dejando la posibilidad de probar en contrario a los investigados. Con lo anterior, no resulta necesario para la autoridad hacer un análisis elaborado sobre la industria pertinente para demostrar el carácter anticompetitivo de la conducta, como lo sugeriría la regla de la razón.⁵⁰

En complemento de lo anterior, en otra oportunidad la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que el análisis bajo la *mirada rápida* es procedente en los casos en que “un observador con una comprensión rudimentaria de la economía podría llegar a la conclusión de que los acuerdos en cuestión tendrían un efecto anticompetitivo en los clientes y en los mercados”.⁵¹

En síntesis, a pesar de la similitud del planteamiento de la mirada rápida con los sistemas de análisis tradicionales, no debe considerarse aquella como equivalente a uno u otro. Ello es así, puesto que, distinto de la regla de la razón, en el escenario de la mirada rápida puede presumirse, con base en la experiencia económica y la naturaleza del mercado, que una restricción es ilegal. Sin embargo, en contraste con la regla per se, el investigado podrá “evitar la represión de la conducta y la posterior sanción, [debiendo para ello] identificar las razones por las cuales es improbable que la restricción afecte a los consumidores o identificar algún beneficio para la competencia que plausiblemente contrarreste el daño esperado”.⁵² En últimas, la mirada rápida resulta ser una inversión de la carga de la prueba que se traslada de las autoridades a los investigados, dejando a salvo la posibilidad de defensa de estos últimos y el carácter subjetivo de la responsabilidad.

⁵⁰ *Ibidem.* pág. 468 U.S. 86.

⁵¹ California Dental Association V. Federal Trade Commission, No. 97-1625 (Corte Suprema de los Estados Unidos 24 de mayo de 1999).

⁵² Serrano Pinilla, F. (2017). *¿Es viable la aplicación de la regla de la razón y la regla per se en el régimen de competencia colombiano?* En conferencia “¿Regla per se y regla de la razón?: Interpretación de las normas de competencia” (págs. 24-43). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

4. APLICACIÓN DE LA REGLA PER SE POR PARTE DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Habiendo expuesto los orígenes y definiciones de los sistemas de análisis tradicionales, se procede a estudiar la aplicación de estos en Colombia -específicamente de la regla per se-. La SIC es la autoridad única en materia de competencia. Esta entidad tiene como función, entre otras, sancionar administrativamente a los agentes económicos que incurran en alguna de las practicas que restrinjan la libre competencia de acuerdo con los artículos 1 de la Ley 155 de 1959 y los artículos 46, 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, razón por la cual resulta esta, ser la autoridad llamada a desarrollar los sistemas de análisis estudiados en la primera parte de este escrito. Debe tenerse en cuenta desde un inicio que, si bien la SIC no ha hecho referencia expresa a la aplicación de la regla per se o de la razón en sus resoluciones, no por ello debe negarse necesariamente la existencia su aplicación en Colombia. En consecuencia y como la doctrina calificada lo ha desarrollado, a pesar de no existir denominaciones expresas de estas reglas de análisis en las decisiones de la SIC, se puede decir que, por la forma de desarrollo de los casos por parte de esta entidad, hay un uso, aunque innominado, de estas. Así, para las conductas prohibidas expresamente en los artículos 47,48 y 50 del Decreto 2153 de 1992 solo con la existencia del acto o acuerdo, bastará para sancionar a los agentes investigados sin lugar a probar intención de las partes o efectos de las actuaciones en el mercado, lo cual, según se expresó previamente, corresponde a la aplicación de una regla de análisis con las mismas características de la regla per se de origen estadounidense. En este sentido, el doctrinante Alfonso Miranda Londoño ha expresado:⁵³

⁵³ Miranda Londoño, A. (enero-diciembre de 2011). Origen y evolución del derecho de la competencia en Colombia: la Ley 155 de 1959 y su legado. *Derecho Competencia*, 7(7), 65-148.

“En Colombia no existe una norma que disponga de manera expresa la aplicación de la “Regla Per Se”. Sin embargo, resulta claro que el tipo de análisis descrito es el que se aplica a los casos de acuerdos, actos o conductas de abuso de la posición dominante específicamente tipificados en la legislación. En estos casos la autoridad de la competencia solamente debe demostrar que la conducta se realizó y no necesita entrar a probar si tal conducta es o no anticompetitiva, ya que su carácter competitivo e ilegal está expresamente señalado por la ley” (negrillas fuera de texto).⁵⁴

Como se dijo previamente, en caso de haberse cometido la conducta tipificada en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153, no le es dable al investigado adoptar una posición de defensa tendiente a demostrar la intencionalidad del agente en la comisión de la conducta, ni la demostración de la ausencia de efectos restrictivos de la competencia o la existencia de efectos pro-competitivos, lo que conlleva necesariamente, a una inevitable similitud con la aplicación de responsabilidad objetiva como se desarrollará posteriormente en este capítulo.

En consecuencia, en aras de abordar el presente tema de forma completa, se analizarán los casos en los cuales es evidente la aplicación de la regla per se por parte de la SIC aunque no haya existido una mención expresa de esta, subsiguientemente examinará el caso ANDEVIP –único en el cual la SIC ha hecho referencia expresa a una responsabilidad objetiva derivada de la consagración del artículo 47 del Decreto 2153-, posteriormente se divisarán las razones por las cuales la aplicación de la regla per se por parte de la SIC conlleva necesariamente a la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva y, por último, se finalizará con una muy breve mención a la postura de la SIC con respecto a los acuerdos de colaboración entre competidores.

⁵⁴ *Ibidem.* pág. 24.

4.1. Aplicación de la regla per se por parte de la SIC:

Según lo expuesto previamente, en la gran mayoría de las oportunidades, la SIC no ha reconocido de forma expresa el uso de la regla per se o de un régimen de responsabilidad objetiva,⁵⁵ sin embargo, como ya se mencionó, no por ello puede negarse su aplicación en materia de prácticas restrictivas de la competencia. A continuación, se ilustra la afirmación anterior a través de un breve análisis de cinco de los casos en los cuales la autoridad administrativa sanciona a los investigados por conductas establecidas expresamente en el Decreto 2153 de 1992.

- Caso ACEMI⁵⁶

En este caso, la SIC investiga ACEMI y a 15 Entidades Prestadoras de Salud por i) compartir información privada y ii) por fijación indirecta de precios.

Mediante resolución 46111 de 2011 la SIC sancionó los investigados por fijación de precios conducta consagrada en el artículo 47, numeral 1° del Decreto 2153 de 1993. En esta resolución planteó lo siguiente:

“A diferencia de la normatividad europea, el Decreto 2153 de 1992 define directamente como anticompetitivos por objeto los acuerdos que taxativamente están señalados en los numerales 1 a 10 del artículo 47 ibídem, así como algunas conductas de abuso de la

⁵⁵ No es posible aseverar que en ninguna oportunidad la SIC ha hecho referencia expresa a la regla per se debido a que en un concepto de 1993 esta autoridad expuso: “En lo que respecta a la asignación de cuotas de producción o suministro (artículo 47, numeral 4o.), vale la pena aclarar que un acuerdo de esta naturaleza entre empresarios resulta también contrario a la competencia, pues supone la infracción de la regla Per Se mencionada arriba. Competir, según lo define el Diccionario de la Real Academia Española, implica “Contender dos o más personas entre sí, aspirando unas y otras con empeño a una misma cosa”. Al tenor de la definición comentada, es evidente que cuando dos o más productores o distribuidores se dividen cuotas de mercado, puede ocurrir cualquiera de las siguientes circunstancias, todas ellas cuestionables desde el punto de vista de las normas de promoción de la competencia: o bien están abandonando tales empresarios su condición de competidores o bien, sin ser competidores, se han ocluido en detrimento de otros empresarios o de los consumidores, contrariando así los postulados de la libre competencia enunciados por la Constitución Política de 1991 y desarrollados por la Ley 155 de 1959 y el decreto 2153 de 1992 (...)”. Concepto No. 0136789 de 1993 (Superintendencia de Industria y Comercio 23 de marzo de 1993). – tomado de Toledo, L., & Posada, J. (2011). Un nuevo entendimiento de los sistemas de análisis del derecho de la competencia a la luz de una concepción jurisprudencial del derecho administrativo de policía. *Universitas Studiantes*, 8, 159-193

⁵⁶ Resolución No. 46111 de 2011 (Superintendencia de Industria y Comercio 30 de agosto de 2011).

posición de dominio y los acuerdos referidos a materias primas e insumos establecidos en el artículo 1 de la Ley 55 de 1959

Así las cosas, la normatividad aplicable a casos como el que nos ocupa, determina que las conductas por objeto son en su esencia anticompetitivas sin que exista si quiera necesidad de analizar su potencialidad anticompetitiva, y mucho menos demostrar efectos en el mercado”.⁵⁷

Del aparte citado resaltan las características de la aplicación de la regla per se, esto aun cuando no se haga mención expresa de la misma, puesto que la autoridad administrativa restringe el punto de discusión a la comisión de conductas que son en su esencia competitivas, sin permitir la discusión en el plano volitivo de la misma o de sus efectos en el mercado.

- Reposición del Caso de Intesystem⁵⁸

En igual sentido, la SIC investigó a Intersystem, Alejo Buitrago Camargo y Germán Vega Cruz para determinar si incurrieron en una colusión indebida de contratos.

Mediante la Resolución 0155 de 2009, la SIC sancionó a los investigados por lo dispuesto en el numeral 9, artículo 47 del Decreto 2153 de 1992⁵⁹ y posteriormente en la resolución del recurso de reposición afirmó:

“Se dice que un acuerdo tiene el objeto de restringir la competencia cuando, por su propia naturaleza y las circunstancias en que se adopta, objetivamente es capaz de producir un efecto restrictivo de la competencia. El carácter objetivo de un acuerdo

⁵⁷ *Ibidem.* pág. 96.

⁵⁸ Resolución No. 69716 de 2009 (Superintendencia de Industria y Comercio 19 de enero de 2009).

⁵⁹ **Decreto 2153 de 1992. Artículo 47.** (...) “9. *Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas*”.

restrictivo, por tanto, es independiente de las motivaciones subjetivas de las partes en el momento de adoptarlo. No obstante, cuando un acuerdo sea restrictivo de la competencia por objeto, es prácticamente imposible que las partes no lo hubieran previsto así, por su naturaleza y el contexto en que se produce” (negritas fuera de texto)⁶⁰

Nuevamente se presenta una aplicación de la regla per se, y de la presencia de un régimen de responsabilidad objetiva, aunque no se haga referencia expresa de estas, debido a que como se observa, se aleja de cualquier plano subjetivo el análisis realizado, dando de esta forma por sentado que la comisión de la conducta, por su naturaleza, produce un efecto restrictivo de la competencia.

- Reposición en caso del Azúcar⁶¹

Recientemente, la SIC investigó y sancionó a algunos ingenios azucareros colombianos por violación a la prohibición general, y por impedir el acceso a los mercados a los mercados a ingenios extranjeros. Posteriormente en la resolución del recurso de reposición presentado por las sancionadas, en el mismo sentido a la decisión recurrida, la SIC expuso:

*“Para resolver este argumento es oportuno indicar que la conducta anticompetitiva sancionada, tuvo que ver con la obstrucción a las importaciones de azúcar a Colombia. Dicha conducta fue sancionada por objeto con base en el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (...)”*⁶²

Continúa más adelante:

⁶⁰ Véase de esta resolución la marcada aplicación de responsabilidad objetiva por parte de la superintendencia, considera únicamente el análisis del objeto de la conducta y no el elemento subjetivo de la misma. Resolución No. 69716 de 2009 (Superintendencia de Industria y Comercio 19 de enero de 2009). Pág. 5

⁶¹ Resolución No. 103652 de 2015 (Superintendencia de Industria y Comercio 30 de diciembre de 2015).

⁶² *Ibidem*. Pág. 73

*“Como ya se indicó, se investiga y se sanciona un acuerdo anticompetitivo por su objeto, no se requiere demostrar el efecto, **toda vez que basta con el solo convenio para lograr su represión**”⁶³ (negritas fuera de texto).*

En la misma línea, para la SIC es suficiente la existencia del convenio para poder sancionar la conducta sin mayor posibilidad de defensa a favor del investigado.

- Caso de Estaciones de Servicios de Popayán⁶⁴

Mediante resolución 26726 de 2016, se sancionó a 15 propietarios de establecimientos de comercio (estaciones de servicio de gasolina en Popayán) por un acuerdo de precios (Numeral 1, artículo 47 del Decreto 2153 de 1992) en modalidad de paralelismo consciente. En esta oportunidad la SIC reveló de forma clara la existencia de responsabilidad objetiva en esta materia, así como una omisión a los efectos que se causaren o posiblemente se causaren a la libre competencia, como a continuación se cita:

*“En relación con el planteamiento de COOMOTORISTAS y RÁPIDO TAMBO según el cual al ser cooperativas no se beneficiarían de un acuerdo de precios, se advierte que, independientemente del posible beneficio, la conducta de estas dos sociedades configuró un paralelismo consciente”.*⁶⁵

En verdad, queda clara la omisión de la parte volitiva en la conducta mencionada, y el efecto que en este caso por las actuaciones de Coomotoristas y Rápido Tambo, no se iba a conseguir. Decide la autoridad administrativa que la demostración del paralelismo consciente es suficiente aun cuando la intención o los efectos no representen beneficio alguno para el investigado.

⁶³ *Ibidem.* Pág. 74

⁶⁴ Resolución No. 26726 de 2016 (Superintendencia de Industria y Comercio 10 de mayo de 2016).

⁶⁵ *Ibidem.* Pág. 34

- Caso de Molinos ROA y Molinos Florhuila⁶⁶

Mediante resolución 16562 de 2015, la SIC sancionó a MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA por la supuesta violación de lo dispuesto en el numeral 2, artículo 48 del Decreto 2153 (influenciación de precios) en cuanto a la comisión de actos restrictivos de la competencia. En esta resolución la autoridad administrativa, a pesar de no realizar expresa referencia a la utilización de una regla per se, sí dejó ver la aplicación de la misma debido a bastó la realización de la conducta sin análisis posterior de efectos realmente restrictivos que causara la conducta ni la intención de los sancionados en el acto realizado. La SIC expresó:

“Lo que debe comprobarse en este caso es la realización de la conducta por quien ostente un poder de mercado de entidad suficiente para que su acto de influenciación sea idóneo para que el sujeto pasivo reaccione ante ella, independientemente de que se pruebe que la conducta tuvo efectos”.⁶⁷

En la misma línea con lo expuesto anteriormente, la posibilidad de defensa que admite la SIC para no sancionar al agente versa sobre la no comisión del acto, más no los efectos que este pudiera tener o la intención del mismo,

- Caso de E.P.M⁶⁸

En otro caso, en la Resolución 8328 de 2003, se sancionó a Empresas Públicas de Medellín (E.P.M) por violar lo dispuesto en el numeral 3, artículo 50 del Decreto 2153 de 1992,⁶⁹ conocido como ventas

⁶⁶ Resolución No. 16562 de 2015 (Superintendencia de Industria y Comercio 14 de abril de 2015).

⁶⁷ *Ibidem*. pág. 17.

⁶⁸ Resolución No. 08328 de 2003 (Superintendencia de Industria y Comercio 28 de marzo de 2003).

⁶⁹ **Decreto 2153 de 1992. Artículo 50. Abuso de posición dominante.** Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes

atadas (abuso de posición dominante). En esta resolución la SIC si bien parece solicitar la existencia de un resultado anticompetitivo para poder sancionar la conducta, lo que en realidad anuncia es que, con la simple comisión del acto o bien se restringe la libre competencia o bien potencialmente puede llegar a hacerlo lo cual, cualquiera de los dos casos sea el que acaezca –resultado o potencialidad al resultado- va a derivar en una ilegalidad per se de la conducta. Textualmente expresó la SIC:

*En esta perspectiva dinamizadora, se ha conferido a esta Superintendencia un haz de facultades preventivas y represivas, que le permitan en cada caso la materialización efectiva de la pretensión constitucional, siendo así como se proscribe y sanciona, tanto el objeto como el efecto de los comportamientos anticompetitivos, donde el primero lo constituye la **simple potencialidad del acto para causar perjuicios al mercado y el segundo está compuesto por la causación real y verificable del comportamiento, de manera que cada uno y por sí solo, sin requerir de la presencia del otro , se torna en restrictivo.***

*En este sentido cuando alguien ostenta posición de dominio subordina el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales a las de la naturaleza del negocio, está restringiendo la libre competencia y por lo tanto, activa la función preventiva y correctiva que le corresponde a esta Entidad como ente de supervisión, De este modo, si las aspiraciones porque propenden las normas de competencia, como la libre escogencia por parte del consumidor o el libre acceso a los mercados por ejemplo. **Resultan afectadas o simplemente anuladas como consecuencia directa del comportamiento de uno o varios partícipes del mercado, no hay porque escudriñar en la mente de los infractores para***

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

*saber si fue esa la intención que tuvieron, en cuanto el simple resultado anticompetitivo deviene per se en ilegalidad” (negritas fuera del texto original)”.*⁷⁰

Es a todas luces claro el aparte citado en demeritar cualquier posible análisis subjetivo en la conducta realizada. Además de eso, si con la imposición de alguna obligación adicional por la persona que ostenta la posición de dominio, como sucede con el caso de ventas atadas, y la sola potencialidad del acto es suficiente para una eventual sanción, se concluye entonces que lo relevante es simplemente la comprobación de la comisión de la conducta y no el resultado en los mercados en sí mismos. En consecuencia, se cumple nuevamente con los elementos analizados de la regla per se y la clara aplicación de responsabilidad objetiva de la conducta.

Como ha podido establecerse en los casos anteriormente citados, es claro que en Colombia cuando se actúa en contravía de alguna de las disposiciones consagradas en los insistentemente mencionados artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153, existe la aplicación de un análisis asimilable a la regla per se por parte de la autoridad administrativa, así no se emplee ese término de forma expresa en sus decisiones. Por lo tanto, plantear una posición tendiente a negar la existencia de esta regla de análisis sería contraria a la realidad, puesto que, como se demostró, a pesar de que no se manifieste expresamente su utilización, la misma aplicada en Colombia.

4.2. Posición de la Superintendencia de Industria y Comercio en el Caso ANDEVIP (referencia expresa de la existencia de responsabilidad objetiva en la aplicación de la regla *per se*)

Como se mencionó anteriormente, se hará referencia de forma independiente al caso ANDEVIP, debido al desarrollo argumentativo llevado a cabo por la SIC sobre los acuerdos de precios, y sobre la mención expresa del término “responsabilidad objetiva” en esta conducta.

⁷⁰ Resolución No. 08328 de 2003 (Superintendencia de Industria y Comercio 28 de marzo de 2003). Págs. 46-47

Este caso, surge mediante la resolución 29302 del 2000⁷¹ en la cual la SIC sanciona a la Asociación Nacional de Entidades de Seguridad Privada Capítulos Valle, Cauca y Nariño, (ANDEVIP) y a catorce empresas del sector de vigilancia por incurrir en un acuerdo de precios horizontal, prohibido de manera expresa en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.⁷² En la referida resolución la SIC, una vez logra la comprobación del acuerdo de precios, decide proceder a sancionar a cada uno de los investigados. Señala aquella resolución:

“4.5 Alineación a precios flexibles

Señala el abogado en el escrito de traslado que no existió limitante a la competencia con el acuerdo efectuado sino una alineación de precios flexible.

*Sobre el particular cabe mencionad que la fijación de precios puede provenir de una suma fija o, entre otros de un piso y un techo, entendido como un valor máximo y un valor mínimo. Las gráficas presentadas en el número 2.3.5 de eta resolución, demuestran que el piso acordado fue de \$ 1.720.050 para el servicio por 24 horas, **valor que fue respetado por las infractoras, configurándose el supuesto normativo de acuerdo de precios, creando con ello la obligación del estado de reprimir la conducta**” (negrillas fuera de texto).⁷³*

Posteriormente con la resolución 00670 de 2001⁷⁴ la cual resuelve el recurso de reposición presentado por las sancionadas contra la resolución recién mencionada, esta autoridad confirma la decisión inicial de sancionar, pero recurriendo a argumentos más enérgicos en los que se descarta cualquier análisis al elemento volitivo en las conductas. Textualmente planteó la autoridad:

⁷¹ Resolución No. 29302 de 2000 (Superintendencia de Industria y Comercio 2 de noviembre de 2000).

⁷² **“ARTICULO 47. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA.** *para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos: 1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios”.*

⁷³ *Ibidem.* pág. 26.

⁷⁴ Resolución No. 00670 de 2001 (Superintendencia de Industria y Comercio 29 de enero de 2001).

“4.2 El tipo de fe es irrelevante

(...) De esa manera señaló, en el artículo 47 número 1 del decreto 2153 citado, que los acuerdos de precios se consideran contrarios a la libre competencia.

Nótese que en esa norma no hay condicionamientos, requisitos ni calificativos.

*Así, con prescindencia de lo explicado en el número 4.1 arriba, las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas no tienen como elemento la “mala fe”. Precisamente en la redacción del número 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, se proscriben los acuerdos “que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios”. **Es decir, no se requiere acreditar intencionalidad adicional en la conducta desplegada por los agentes económicos, basta simplemente demostrar un objeto o la realización efectiva de la fijación de precios, efecto, independientemente del aspecto volitivo, que se hubiese podido tener.** (...) debemos señalar que de acuerdo con lo expresado anteriormente resulta irrelevante para el caso en concreto el propósito que precedió al convenio celebrado” (negrillas fuera de texto).⁷⁵*

Del fragmento subrayado en la cita anterior, es indudable que el argumento de la SIC conlleva en sí, una aplicación de la “responsabilidad objetiva”, esto puesto que la administración solo requiere probar el objeto, en este caso la fijación de precios, dejando por fuera cualquier elemento subjetivo volitivo o cualquier efecto posterior de la conducta.

Las entidades sancionadas demandaron las resoluciones antes mencionadas, solicitando la nulidad del contenido y el posterior restablecimiento del derecho. Esta pretensión fue acogida por el Tribunal

⁷⁵ *Ibidem*. Pág 15.

Superior de Cundinamarca.⁷⁶ Posteriormente el Consejo de Estado avoca el conocimiento de la misma en segunda instancia, más exactamente la consejera María Claudia Rojas Lasso,⁷⁷ quién en sentencia de 28 de enero de 2010 resuelve la contención. Inicialmente, esta corporación, expone la contestación realizada por la SIC, en la cual afirma la autoridad administrativa, de forma expresa, la existencia de una responsabilidad objetiva en las conductas reguladas por el Decreto 2153 de 1992:

“Al respecto, recordó que el Decreto 2153 de 1992 establece un tipo de responsabilidad objetiva frente a las conductas que tengan por objeto fijación de precios, repartición de mercados, subordinación del suministro a la aceptación de obligaciones adicionales, de manera que sólo es necesaria la demostración de tales conductas para que proceda la imposición de las sanciones de ley, independientemente del móvil o intereses que la hayan determinado” (negrillas fuera del texto).⁷⁸

Como se observa, para la SIC existe una consagración de responsabilidad objetiva en la aplicación del artículo 47 Decreto 2153 de 1992, aunque la aplicación de esta no concuerde con los parámetros señalados por la Corte Constitucional referente a este tipo de responsabilidad en materia administrativa sancionatoria, tema que se estudiará posteriormente.

La sentencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, por su parte, sin acoger los argumentos presentados por la SIC, termina fallando a favor de los intereses de esta autoridad, puesto

⁷⁶ En la sentencia proferida por el Consejo de Estado se exponen las siguientes consideraciones relevantes del Tribunal para conceder las pretensiones de la demanda: *“A juicio del a quo, la tesis de la Superintendencia según la cual basta demostrar la existencia de un acuerdo de precios para que sea violatorio del principio de libre competencia, no es válido en la medida en que la misma supone la aplicación de una tesis de responsabilidad objetiva y «cada conducta o resultado del mercado debe ser analizado de manera particular, pues se presentan circunstancias que permiten desvirtuar la ilegalidad de los acuerdos». En el mismo sentido, insistió que los acuerdos y actos contrarios a la libre competencia previstos en los artículos 47 y 48 del Decreto 2153 de 1992 no pueden considerarse sancionables mediante la aplicación de una tesis de responsabilidad objetiva, puesto que tales eventos son asimilables «a una presunción de ilegalidad, la cual puede desvirtuarse demostrando que en el mercado existe libertad de entrada, libertad de escogencia, variedad de precios y servicios, así como eficiencia en el aparato productivo»* (negrillas fuera de texto). Asociación Nacional de Entidades de Seguridad Privada - ANDEVIP y otros contra Superintendencia de Industria y Comercio, Exp: 2001-00364 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso 28 de enero de 2010).

⁷⁷ *Ibidem*

⁷⁸ *Ibidem*. pág. 8

que llega a la conclusión de que no existió responsabilidad objetiva –conclusión que se considera equivocada por los argumentos que se exponen en el capítulo 7 de este escrito- y que, por el contrario, la responsabilidad que contiene la norma es subjetiva, puesto que se sancionan los acuerdos que tengan como objeto o como efecto la fijación de precios. En consecuencia, establece el Consejo de Estado, que el componente subjetivo de la norma corresponde a la voluntad dirigida a fijar precios por lo cual, no es este un régimen de responsabilidad objetiva.⁷⁹

4.3. Existencia de responsabilidad objetiva en la aplicación de la regla per se:

La responsabilidad objetiva en materia sancionatoria es aquella mediante la cual se impone una sanción por la comisión de una conducta prohibida, sin tener en consideración los elementos subjetivos de la conducta siendo estos la intencionalidad y la culpabilidad del agente sancionado.⁸⁰ En esa medida, la responsabilidad será objetiva por la imposición de una sanción por la sola comisión de la conducta prohibida sin la posibilidad de demostrar la ausencia de intención o culpabilidad en la comisión de la misma para efectos de exonerarse de la misma.

Por otro lado, tal y como se ha descrito en múltiples oportunidades, la regla per se corresponde a una regla de análisis en la cual la autoridad impone una sanción con la sola demostración de la comisión de una conducta expresamente prohibida en el ordenamiento jurídico sin que le sea dable al agente investigado, defenderse demostrando la falta de intencionalidad, eventualmente de culpabilidad o por la ausencia de efectos negativos para la libre competencia. En otros términos, la regla per se, excluye de su

⁷⁹ Establece el Consejo de Estado “Lo dicho además descarta de plano la teoría del actor según la cual el tipo de responsabilidad en el que la demandada sustentó la imposición de la multa es objetiva, como quiera que se aprecia un claro componente subjetivo en el tenor literal del numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al señalar que son prácticas comerciales restrictivas, aquellas que tengan por «objeto o efecto, la fijación directa o indirecta de precios»” *Ibidem*. Pág. 32

⁸⁰ “La Corte ha declarado la constitucionalidad de ciertas formas de responsabilidad objetiva en ciertos campos del derecho administrativo, como es el régimen de cambios, en donde la Corporación ha considerado que dados los intereses en juego “se admite la no pertinencia de los elementos subjetivos de la conducta tipificada previamente como sancionable, como son la intencionalidad, la culpabilidad e incluso la imputabilidad” Sentencia C-599 de 1992, Exp. D-062 & D-104 (Corte Constitucional de Colombia 10 de diciembre de 1992).

análisis todo aquello que la regla de la razón estudia -esto teniendo en cuenta que son reglas de análisis contrapuestas-. En este sentido la regla de la razón estudia (i) **los hechos peculiares de la conducta o del negocio investigado**; (ii) la condición de los mismos antes y después de la supuesta restricción; (iii) la naturaleza misma de esa restricción; (iv) los efectos potenciales o consumados causados por ella; (v) la historia de ese género de conductas; (vi) el daño que se ha creído que se acarrea, (vii) las razones que se han acogido para optar por las sanciones impuestas en casos análogos; e incluso (viii) **el propósito o fin que buscado por los realizadores**.⁸¹

Asimismo, de las resoluciones de la SIC citadas en el numeral 3.1 de este texto⁸² se puede deducir, que el único presupuesto necesario para la ocurrencia de una sanción administrativa, es la demostración de la comisión de la conducta prohibida -además de la nueva postura de la SIC respecto de la cual se requiere una potencialidad de la conducta para afectar el mercado sin que ello signifique un análisis concreto de los efectos de la conducta-.⁸³ En consecuencia, cualquier análisis o defensa del agente investigado por la comisión de alguna de las conductas establecidas en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153, dirigida a la demostración de ausencia de intención o de culpabilidad –por más difícil que sea- en la causación de detrimentos contra la libre competencia con la conducta realizada, no será tenida en cuenta por la administración y, por consiguiente, no tendrá efecto exonerativo alguno.

⁸¹ Chicago Board of Trade v. United States, No. 98 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 4 de marzo de 1918).

⁸² Véase por ejemplo la resolución de EPM en la cual la SIC estableció: *En este sentido cuando alguien ostenta posición de dominio subordina el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales a las de la naturaleza del negocio, está restringiendo la libre competencia y por lo tanto, activa la función preventiva y correctiva que le corresponde a esta Entidad como ente de supervisión, De este modo, si las aspiraciones porque propenden las normas de competencia, como la libre escogencia por parte del consumidor o el libre acceso a los mercados por ejemplo. Resultan afectadas o simplemente anuladas como consecuencia directa del comportamiento de uno o varios partícipes del mercado, no hay porque escudriñar en la mente de los infractores para saber si fue esa la intención que tuvieron, en cuanto el simple resultado anticompetitivo deviene per se en ilegalidad.*

⁸³ Ver Resolución No. 103652 de 2015 (Superintendencia de Industria y Comercio 30 de diciembre de 2015) (Reposición del azúcar); Resolución No. 86817 de 2016 (Superintendencia de Industria y Comercio 16 de diciembre de 2016) (Reposición caso pañales); Resolución No. 90560 de 2016 (Superintendencia de Industria y Comercio de 29 de diciembre de 2016) (Reposición de los cuadernos).

4.4. Posición de la SIC frente a los acuerdos de colaboración entre competidores.

Para finalizar este capítulo, debe hacerse una breve mención con referencia a lo dispuesto por la SIC para los acuerdos de colaboración entre competidores y la posibilidad de extender sus disposiciones a los acuerdos prohibidos en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, entrando así, a un escenario de aplicación similar al de la “mirada rápida”. En los acuerdos de colaboración entre competidores, existe un traslado de la carga de la prueba a los competidores aliados, pues la parte investigada podrá demostrar i) mejoras en la eficiencia, ii) carácter de indispensable del mismo, y iii) beneficios para el consumidor, para de esta manera eximirse de la responsabilidad aun cuando de su acuerdo, pueda surgir algún efecto anticompetitivo. En este sentido la “*Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de colaboración entre competidores*”⁸⁴ de la SIC dispone:

“En caso de que la Superintendencia de Industria y Comercio encuentre que un acuerdo de colaboración tiene efectos anticompetitivos en el mercado, el siguiente paso es evaluar sus efectos pro-competitivos. (...) Una vez la Superintendencia de Industria y Comercio demuestra que el acuerdo tiende a producir una restricción de la competencia, serán los integrantes del acuerdo quienes deberán demostrar el cumplimiento de los tres elementos aquí establecidos para que la Entidad pueda reconocer que el acuerdo no resulta contario al régimen legal de protección de la competencia” (negrillas fuera de texto).⁸⁵

Se observa de esta forma que, en el escenario de acuerdos de colaboración, priman los efectos pro-competitivos por encima de aquellos anticompetitivos. En otro aparte de la cartilla, la SIC dispone:

⁸⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. (2015). *Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de colaboración entre competidores*. Obtenido de http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/CARTILLA_ACUERDOS%2019-03-2015.pdf

⁸⁵ *Ibidem*. Pág. 6

“El régimen de protección de la competencia prohíbe los acuerdos que tengan por objeto o como efecto, la consecución de distorsiones al juego de la libre competencia en el mercado. Entre los acuerdos prohibidos se encuentran los que tienen por objeto o como efecto, la fijación directa o indirecta de precios (ej. cuando dos competidores acuerdan aumentar el precio de un producto, disminuir su oferta, o establecer descuentos comunes), la repartición geográfica de mercados (ej. cuando los competidores establecen las regiones en que cada uno de ellos va a participar), entre otros. (...) No obstante lo anterior existen acuerdos entre competidores que son susceptibles de generar eficiencias y “(...) pueden dar lugar a beneficios económicos sustanciales, en especial si combinan actividades, conocimientos o activos complementarios,” razón por la cual no deberían ser sancionados por el régimen de competencia. En efecto, “(...) la cooperación horizontal puede ser un medio para compartir el riesgo, ahorrar costes, incrementar las inversiones, agrupar los conocimientos técnicos, aumentar la calidad y variedad del producto y lanzar más rápidamente la innovación” (Negrillas fuera de texto)⁸⁶

Del aparte resaltado se evidencia que la SIC distingue los acuerdos de colaboración entre competidores, de los acuerdos prohibidos por artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por lo cual no es dable aplicarles a estos, las disposiciones de aquellos. Para los acuerdos del artículo 47 del Decreto 2153, entonces, queda claro que aplica la regla per se tal y como quedó detalladamente expuesto en el presente capítulo, sin hacerle extensible a estos, las disposiciones contenidas en la cartilla en el marco de los acuerdos de colaboración entre competidores. No obstante lo anterior, debe aclararse que doctrinantes como Felipe Serrano⁸⁷ han afirmado que existe un cambio en el uso de las reglas de análisis por parte de la SIC,

⁸⁶ *Ibidem*. Págs. 3-4

⁸⁷ El doctrinante lo ha afirmado de la siguiente manera: *El análisis concluye que, antes de 2012, la SIC consideró que cualquier acuerdo horizontal o vertical que tuviese dentro de sí un pacto de precios o de limitación de la oferta era per se ilegal (o legal por objeto) sin considerar sus posibles efectos benéficos o eficiencias. Esto era incluso aplicable a los acuerdos de colaboración entre los competidores*

llegando a una aplicación de la ‘mirada rápida’ en materia de prácticas restrictivas, lo cual no se comparte, pues se considera que, precisamente, la SIC en esta cartilla cierra la puerta, de manera clara, a tal opción.

que generaran beneficios para el consumidor y al establecimiento de precios de reventa. A partir de 2012, la Autoridad considera que antes de calificar estos pactos como ilegales, debe analizarlos utilizando un sistema similar al de la ‘vista rápida’ planteado por la jurisprudencia norteamericana. En otras palabras, que no les es aplicable a este tipo de acuerdos una regla per se sino un sistema al que se analice (así sea preliminarmente) si el pacto produce alguna eficiencia para el mercado. A continuación, se analizará la aplicación de las reglas per se y de la razón a estas dos conductas, una horizontal y otra vertical. Serrano Pinilla, F. (2017). ¿Es viable la aplicación de la regla de la razón y la regla per se en el régimen de competencia colombiano? En conferencia: “¿Regla per se y regla de la razón?: Interpretación de las normas de competencia” (págs. 24 - 43). Bogotá: Universidad Externado de Colombia

5. MIRADA CONSTITUCIONAL DE LOS REGÍMENES SANCIONATORIOS EN COLOMBIA

De lo expuesto precedentemente se puede afirmar, que la regla per se, por su naturaleza, permite a la administración sancionar a los agentes económicos que incurran en alguna de las prácticas expresamente consagradas en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, sin realizar un estudio casuístico profundo que determine las precisas afectaciones causadas a la libre competencia, a la estabilidad del mercado o al bienestar del consumidor.⁸⁸ En consecuencia, el investigado será responsable por la sola comisión de la conducta allí consagrada, sin tener oportunidad de eximirse de dicha responsabilidad, bien argumentando la falta de consciencia en la comisión de la conducta, o bien la no causación de perjuicios a la libre competencia y a la estabilidad de los mercados, siendo entonces el único mecanismo de defensa, demostrar que no se cometió la conducta expresamente tipificada.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta la innegable relación directa de la regla de análisis per se con la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionatorio,⁸⁹ corresponde ahora, evaluar los distintos regímenes administrativos sancionatorios en Colombia desde la perspectiva constitucional. Para tal fin, se abordará el análisis desde distintas decisiones de la Corte Constitucional en lo concerniente, específicamente, a la responsabilidad objetiva en materia sancionatoria y de esta forma se establecerán los requisitos necesarios para la constitucionalidad en su aplicación.

Para un abordaje completo, los campos o sub-regímenes del derecho administrativo sancionador a estudiar son los siguientes: i) cambiario, ii) tributario, iii) de tránsito y iv) ambiental. En aras de una mayor claridad, se comenzará con algunos comentarios iniciales, posteriormente se identificará la providencia objeto de estudio, consecuentemente se mencionará la norma que se censura, y, por último,

⁸⁸ Ley 1340 de 2009. Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. Art. 3°. Julio 24 de 2009. D.O. N° 47.420.

⁸⁹ Establecida por la misma SIC, en distintas decisiones tales como la resolución 29302 de 2000 previamente estudiada (Caso Andevip).

se identificará el análisis acerca de la consagración normativa de la responsabilidad objetiva realizado por la Corte.

5.1. Régimen cambiario

Inicialmente será objeto de estudio el régimen de cambios, debido a que en este escenario se aceptó por primera vez la responsabilidad objetiva en un campo sancionatorio en Colombia. Este hito se produjo mediante la Sentencia C-599 de 1992⁹⁰ que permitió la existencia de responsabilidad objetiva, la cual, de forma excepcional, no resultaba violatoria del debido proceso administrativo según la Corte.

En esta sentencia se acusó la inconstitucionalidad de los artículos 7 (parcial), 19 (parcial), 20 (parcial), 26 y 27 del Decreto 1746 de 1991. El último artículo se acusa en la forma como quedó subrogado por el Decreto-Ley 2248 de 1991 en su artículo 1o. A su vez, los ciudadanos solicitan la declaratoria de inexecutable del artículo 26 del Decreto 1746 de 1991.⁹¹ La Corte, en lo referido únicamente a la validez de la consagración de la responsabilidad objetiva, da inicio a su análisis mediante una separación de los ordenamientos penal y cambiario, la cual desarrolla de la siguiente manera:

“Así las cosas, es claro para la Corte Constitucional que no todo el Derecho, uno de cuyos elementos esenciales se funda en su fuerza coactiva y en el respaldo coercitivo de la sanción pública, es de orden punitivo o penal; en consecuencia debe entenderse que no toda sanción fundada en el Derecho es punitiva o de orden penal; pues se encuentran reglas y procedimientos de naturaleza civil, del orden común, de carácter administrativo, sea policivo, correccional, disciplinario o económico, y aún de orden político, de rango

⁹⁰Sentencia C-599 de 1992, Exp. D-062 & D-104 (Corte Constitucional de Colombia 10 de diciembre de 1992).

⁹¹ Las normas acusadas que para nuestro estudio interesan son las siguientes: “**Artículo 19.**- *Las pruebas se valorarán conforme a las reglas de la sana crítica, atendiendo la naturaleza administrativa de la infracción cambiaria, la índole objetiva de la responsabilidad correspondiente y los objetivos perseguidos por el Régimen de Cambios.*

Artículo 21. *La responsabilidad resultante de la violación al régimen de cambios es objetiva”.*

constitucional o legal, que no son comparables o asimilables directamente al ordenamiento penal y que comportan sanciones de diversa categoría, las que, en veces, coinciden sobre los mismos hechos, sin resultar incompatibles o sin ser excluyentes” (negrillas fuera de texto).⁹²

Una vez distinguidos los regímenes, prosigue a establecer el propósito real del artículo 29 de la constitución en torno a las actuaciones administrativas. En palabras de la Corte:

*“En este sentido, debe advertirse que lo que supone el artículo 29 de la Carta, en su primer inciso, no es que las reglas del debido proceso penal se apliquen a todas las actuaciones judiciales o administrativas o de carácter sancionatorio; en verdad, lo que se propone el Constituyente es que en todo caso de actuación administrativa exista un proceso debido, que impida y erradique la arbitrariedad y el autoritarismo, que haga prevalecer los principios de legalidad y de justicia social, así como los demás fines del Estado, y que asegure los derechos constitucionales, los intereses legítimos y los derechos de origen legal y convencional de todas las personas”*⁹³ (negrillas fuera de texto).

Finaliza la Corte afirmando que, si bien existe una responsabilidad objetiva en el régimen de cambios, ello no trae consigo la existencia de arbitrariedad o inconstitucionalidad:

“El establecer por vía de la regulación legal correspondiente, que las infracciones cambiarias no admiten la exclusión de la responsabilidad por ausencia de culpabilidad o de imputabilidad del infractor, o lo que es lo mismo, señalar que la responsabilidad por la comisión de la infracción cambiaria es de índole objetiva, como lo disponen en las partes acusadas los artículos 19 y 21 del Decreto 1746 de 1991, no desconoce ninguna norma

⁹² Sentencia C-599 de 1992, Exp. D-062 & D-104 (Corte Constitucional de Colombia 10 de diciembre de 1992) Pág. 27.

⁹³ *Ibidem.* pág. 28

*constitucional. Claro está que al sujeto de esta acción ha de rodeársele de todas las garantías constitucionales de la libertad y del Derecho de Defensa, como son la preexistencia normativa de la conducta, del procedimiento y de la sanción, las formas propias de cada juicio, la controversia probatoria, la favorabilidad*⁹⁴ (negrillas fuera de texto).

Como puede observarse, en esta providencia se extraña una justificación precisa y clara por la cual no existe una violación al artículo 29 de la constitución y adolece de pautas concretas las cuales permitan identificar los casos en los que se valida la responsabilidad objetiva en el ordenamiento sancionatorio.

5.2. Régimen tributario

Como se observó con la sentencia de C-599 de 1992, en Colombia se permite la aplicación de la responsabilidad objetiva siempre que no se vulneren los derechos de defensa y al debido proceso, pero este pronunciamiento no pone de presente los requisitos específicos que legitiman la aplicación de esta regla de imputación. Es sólo con la sentencia C-616 de 2002,⁹⁵ bajo el escenario de derecho tributario y aduanero, donde se consagran requisitos precisos que determinarán la validez y constitucionalidad en el uso de la responsabilidad objetiva. En esta sentencia se estudió la constitucionalidad del artículo 41 de la Ley 633 de 2000. En cuanto a la responsabilidad objetiva, inicialmente, la Corte realiza una breve mención de la sentencia de C-599 de 1992 estudiada previamente, haciendo énfasis en el carácter excepcional de la responsabilidad objetiva, teniendo en cuenta los matices distintivos en la aplicación de los principios del artículo 29 de la Constitución Política, en los escenarios administrativo y penal, como a continuación se cita:

⁹⁴ *Ibidem*, pag.28

⁹⁵ Sentencia C-616 de 2002, Exp. D-3860 (Corte Constitucional de Colombia 6 de agosto de 2002).

“La jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de sanciones administrativas ha aceptado sólo de manera excepcional, atendiendo a las especificidades de cada caso, la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva. En principio, esta Corporación ha afirmado que "conforme al principio de dignidad humana y de culpabilidad acogidos por la Carta (CP arts. 1º y 29), está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva en materia sancionadora [...] Sin embargo, la posibilidad de la responsabilidad objetiva cuando el Estado ejerce poderes sancionatorios es absolutamente excepcional, pues en reiterada jurisprudencia esta Corporación ha establecido que los principios del derecho penal – como forma paradigmática de control de la potestad punitiva– se aplican, con ciertos matices, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado”⁹⁶ (negritas fuera de texto).

Posteriormente, la Corte establece los requisitos que determinarán en adelante la constitucionalidad en la aplicación de la responsabilidad objetiva en derecho sancionatorio:

“En efecto, las sanciones por responsabilidad objetiva se ajustan a la Carta siempre y cuando (i) carezcan de la naturaleza de sanciones que la doctrina llama 'rescisorias', es decir, de sanciones que comprometen de manera específica el ejercicio de derechos y afectan de manera directa o indirecta a terceros; (ii) tengan un carácter meramente monetario; y (iii) sean de menor entidad en términos absolutos (tal como sucede en el caso de las sanciones de tránsito) o en términos relativos (tal como sucede en el régimen cambiario donde la sanción corresponde a un porcentaje del monto de la infracción o en el caso del decomiso en el que la afectación se limita exclusivamente a la propiedad sobre el

⁹⁶ *Ibidem.* pág. 26

bien cuya permanencia en el territorio es contraria a las normas aduaneras)” (negrillas fuera de texto).

Por último, la Corte realiza una adecuación de la norma acusada en el caso concreto con respecto a los requisitos establecidos por ella, concluyendo que no se cumple con estos y que, por consiguiente, una interpretación de la norma tendiente a considerar la existencia de responsabilidad objetiva sería violatoria al debido proceso y derecho de defensa. En palabras de la Corte:

*“En el caso de la sanción de cierre de establecimiento permitida en la norma acusada no se llenan los requisitos anteriormente mencionados para admitir que el literal c. analizado establece una modalidad de responsabilidad objetiva. **Primero, el cierre de establecimiento compromete de manera específica el ejercicio del derecho al trabajo y de la libertad de empresa no sólo por parte del sancionado sino eventualmente de quienes laboran en el establecimiento o tienen relaciones comerciales legítimas con éste. Segundo, no tiene un carácter meramente monetario, como sucede con las multas. Tercero, la duración del cierre puede llegar a ser suficientemente prolongada como para que la sanción no sea considerada de menor entidad. (...) Como del texto de la norma acusada se podría deducir que la sanción de cierre de establecimiento no solo es una consecuencia automática del decomiso sino que además obedece a un sistema de responsabilidad objetiva, la Corte estima necesario excluir del ordenamiento jurídico dicha interpretación.***

Por lo tanto, la Corte condicionará la exequibilidad de la norma acusada en el entendido de que la sanción de clausura en ella prevista no es una consecuencia automática del decomiso, no se puede imponer a título de responsabilidad objetiva y requiere de una

*decisión autónoma respecto de la que decide el decomiso de materias primas, bienes o activos por violación al régimen aduanero vigente*⁹⁷ (negritas fuera del texto).

Como podrá observarse, la sentencia analizada es de gran importancia para la aplicación de la responsabilidad objetiva, en razón a que establece de forma clara, los tres requisitos necesarios para su constitucionalidad, los cuales serán reproducidos de forma idéntica en los exámenes de constitucionalidad posteriores, cuando el tema de censura sea la existencia de responsabilidad objetiva.

5.3. Régimen de tránsito

El sector de tránsito, por su naturaleza y cantidad de sanciones administrativas pecuniarias de mínima entidad, ha tenido cercana relación con la responsabilidad objetiva. En un comienzo en sentencias como la C-530 de 2003⁹⁸ se negó la posibilidad de la existencia de responsabilidad objetiva. Posteriormente, en sentencias como la C 089 de 2011,⁹⁹ en la cual se estudió la constitucionalidad de los artículos 18 y 24 de la Ley 1383 de 2010, se ha admitido la responsabilidad objetiva de manera excepcional, compilando lo dicho en materia de cambios y en materia tributaria.

En cuanto al análisis de Corte en la referida sentencia C-089 de 2011, en cuando a la aplicación de responsabilidad objetiva, la máxima autoridad constitucional, expuso inicialmente las razones por las cuales en sentencias como la C-530 de 2003 se negó la posibilidad de aceptar la responsabilidad objetiva en la norma acusada, plasmándolo como a continuación se cita:

“En la sentencia C-530 de 2003, la Corte se refirió a este tema a partir del análisis del artículo 129 de la Ley 769 de 2002 (...) En este punto, la Corte concluyó que no era posible

⁹⁷ *Ibidem.* pág. 35

⁹⁸ Sentencia C-530 de 2003, Exp. D-4386 & D-4396 (Corte Constitucional de Colombia 3 de julio de 2010).

⁹⁹ Sentencia C-089 de 2011, Exp. D-8206 (Corte Constitucional de Colombia 16 de febrero de 2011).

*atribuir al dueño del vehículo ningún tipo de **responsabilidad objetiva**, la cual se encuentra excluida por los principios y derechos sentados por la Constitución de 1991, sin que el dueño del vehículo hubiera realizado la actuación infractora o cometido la infracción de manera directa, y que la finalidad de la notificación era precisamente permitirle al dueño del vehículo intervenir dentro del proceso administrativo y ejercer su legítimo derecho de defensa. Adicionalmente, observó la Corte que este tipo de responsabilidad objetiva permitía que las autoridades administrativas evadieran su responsabilidad de identificar y notificar al verdadero infractor” (negritas y subrayas fuera de texto).¹⁰⁰*

Del aparte subrayado debe destacarse el señalamiento de la Corte consistente en negar la responsabilidad objetiva como un alivianamiento de las cargas propias de la administración en materia sancionatoria, que en el sector de tránsito debe ser la identificación y notificación del verdadero infractor. Posteriormente, la Corte reitera, con mayor precisión que en sentencias anteriores, el carácter excepcional y cita nuevamente los requisitos enunciados en la ya mencionada sentencia C-616 de 2002:

*“Es de aclarar, que no obstante que el principio general es la exigencia del debido proceso administrativo y la exclusión de la responsabilidad objetiva en materia sancionatoria administrativa, la Corte ha precisado que estos principios presentan algunas atenuaciones y flexibilizaciones, así como **algunas excepciones muy restringidas y precisas respecto de la exclusión de la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador.***

Esta Corporación ha señalado que la imposición de sanciones por responsabilidad objetiva se ajusta a la Constitución en la medida que “(i) carezcan de la naturaleza de sanciones que la doctrina llama 'rescisorias', es decir, de sanciones que comprometen de manera

¹⁰⁰ Sentencia C-530 de 2003, Exp. D-4386 & D-4396 (Corte Constitucional de Colombia 3 de julio de 2010).

específica el ejercicio de derechos y afectan de manera directa o indirecta a terceros; (ii) tengan un carácter meramente monetario; y (iii) sean de menor entidad en términos absolutos o en términos relativos” (negritas y subrayas fuera del texto).¹⁰¹

Como puede observarse, en materia sancionatoria de tránsito también existe, de forma excepcional, la posibilidad de establecer responsabilidades de forma objetiva siempre que se cumplan con los tres requisitos evidenciados previamente.

5.4. Régimen ambiental

Por último, en el régimen sancionatorio ambiental la Corte señala nuevamente la aceptación de manera excepcional, de la aplicación de la responsabilidad objetiva, y reitera los requisitos expuestos precedentemente, por consiguiente, se analizará brevemente.

En la sentencia C-595 de 2010¹⁰² en la cual el máximo tribunal constitucional estudió la exequibilidad del párrafo del artículo 1º y el párrafo 1º del artículo 5º de la Ley 1333 de 2009,¹⁰³ la Corte Constitucional estudia la procedencia en la aplicación de la responsabilidad objetiva con los requisitos ya enunciados previamente para la aplicación de la responsabilidad objetiva en materia sancionatoria. Posteriormente añade como nuevo requisito para aplicación de la responsabilidad objetiva su consagración expresa en la ley, de la siguiente manera: “Por último, la Corte ha sostenido que la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador debe estar consagrada de manera expresa por el legislador”.¹⁰⁴

¹⁰¹ *Ibidem*. pág. 28

¹⁰² Sentencia C-599 de 1992, Exp. D-062 & D-104 (Corte Constitucional de Colombia 10 de diciembre de 1992).

¹⁰³ **Ley 1333 de 2009. Parágrafo del artículo 1º:** “*En materia ambiental, se presume la culpa o el dolo del infractor, lo cual dará lugar a las medidas preventivas. El infractor será sancionado definitivamente si no desvirtúa la presunción de culpa o dolo para lo cual tendrá la carga de la prueba y podrá utilizar todos los medios probatorios legales*”.

¹⁰⁴ Sentencia C-599 de 1992, Exp. D-062 & D-104 (Corte Constitucional de Colombia 10 de diciembre de 1992). Pág. 66

Finaliza la Corte por declarar la norma exequible debido a que la misma no compone responsabilidad objetiva, sino simplemente una inversión de la carga de la prueba, en la medida que se tienen en cuenta los elementos de culpa y dolo consagrados expresamente por el legislador.

5.5. Conclusiones de la constitucionalidad en la aplicación de la regla *per se*

De lo abordado en el presente título, se desprenden las siguientes conclusiones, traídas al escenario particular estudiado en la presente monografía:

- (i) El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, el cual consagra el debido proceso, ampara a los ciudadanos, sin lugar a duda, de la arbitrariedad en las actuaciones de autoridades administrativas. Sin embargo, los principios del referido artículo, en el proceso administrativo sancionatorio, aplican de forma atenuada con respecto a su rigidez propia del campo penal.
- (ii) La aplicación de la responsabilidad objetiva en Colombia se encuentra erradicada por desarrollo del artículo 29 constitucional. Su empleo en el campo sancionatorio se torna en excepcional siempre que la norma cumpla con los siguientes tres requisitos: i) que carezcan de la naturaleza de sanciones que la doctrina llama 'rescisorias', es decir, de sanciones que comprometen de manera específica el ejercicio de derechos y afectan de manera directa o indirecta a terceros; ii) que tengan un carácter meramente monetario; y iii) que sean de menor entidad en términos absolutos o relativos.
- (iii) La aplicación de la responsabilidad objetiva no puede acarrear consigo, arbitrariedad ni violación al derecho de defensa. Tampoco puede ser empleada la responsabilidad objetiva para alivianar las cargas acusatorias o probatorias propias de la administración en los procedimientos sancionatorios.
- (iv) La responsabilidad objetiva en materia de derecho administrativo sancionador debe estar consagrada expresamente en la norma por el legislador.

(v) La regla per se está íntimamente ligada con la responsabilidad objetiva y así lo ha afirmado expresamente en conceptos y alegaciones la SIC. En el momento de investigar las conductas consagradas el Decreto 2153 de 1992, la autoridad se ocupa de probar únicamente la comisión de la conducta, sin verificar el elemento volitivo de la misma, ni los efectos perjudiciales que produzcan a la libre competencia, al bienestar del consumidor ni a la estabilidad de los mercados. En este sentido, en la constitucionalidad en la aplicación de la regla per se en el ordenamiento colombiano resulta ser al menos cuestionable, debido a que i) la sanción puede llegar hasta los 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada conducta y a cada infractor y hasta un 150% de la utilidad percibida por quien cometiere la misma.¹⁰⁵ En este sentido, carecen del carácter de ‘*mínima entidad*’ las sanciones que puede imponer la SIC cuando existen acuerdos, actos, y abusos de la posición de dominio que contravengan los tenores de los artículos 47, 48 y 50 del mencionado decreto y ii) la responsabilidad objetiva que trae consigo la regla per se no se encuentra expresamente consagrada por el legislador en el Decreto 2153 de 1992, ni en ninguna otra pieza normativa. En consecuencia, la constitucionalidad de la regla per se resulta, cuando menos, cuestionable a la luz de los mandamientos constitucionales.

¹⁰⁵ **Ley 1340 de 2009. Artículo 25.** “*Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, (...) imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor*”.

6. LOS SISTEMAS DE ANÁLISIS EN OTRAS JURISDICCIONES

Ahora bien, una vez estudiada la aplicación local de los sistemas de análisis en Colombia, y de los reparos referidos a la responsabilidad objetiva en el proceso administrativo sancionatorio, es momento de darle paso al estudio de la aplicación de las reglas per se, y de la razón en el derecho comparado. Es claro que la protección de la competencia económica es una tendencia global en los días presentes. Sin embargo, cada Estado cuenta con una idiosincrasia particular, lo que se traduce en sistemas de fuentes del derecho propios y, en general, en distintas formas de concebir y abordar las diversas problemáticas, por lo que tanto el contenido de las normas de protección de la competencia como la forma de aplicarlas, potencialmente pueden manifestarse en un sinnúmero de modalidades. Un estudio completo de derecho comparado, aunque sumamente interesante, requeriría un esfuerzo de proporciones gigantescas, que sobrepasa el alcance de la presente monografía.

La mirada a sistemas foráneos se limitará únicamente a dos jurisdicciones que por su dimensión y tradición son referentes en estos temas. En primer lugar, se retomará el estudio de los sistemas de análisis en la jurisdicción estadounidense, donde se originaron, haciendo énfasis en las circunstancias que han propiciado algunas transiciones de regla per se a regla de la razón, para después introducir lo pertinente del sistema de protección de la libre competencia en la Unión Europea, por ser un sistema de derecho positivo, al que la normativa colombiana se asimila.

6.1. En los Estados Unidos de América

Como quedó planteado en la sección III del presente documento, las instituciones de la regla de la razón y de la regla per se son creaciones jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Tanto es así, que el aparte introductorio de los sistemas de análisis, que figura como el Capítulo 3 del presente documento, prácticamente está compuesto por una reseña histórica de los

pronunciamientos pertinentes de esa Corte. Y es que no puede ser de otra manera, si se tiene en cuenta que la doctrina colombiana, así como la tendencia sancionatoria de la SIC y la jurisprudencia de las altas cortes, encuentran su principal sustento en ese sistema jurídico foráneo.

Por ello, resulta inocuo repetir lo que ya fue explicado sobre las características, implicaciones y particularidades de los sistemas de análisis en los Estados Unidos. En cambio, es pertinente referirse a casos que han ameritado un tránsito doctrinal de la regla per se a la regla de la razón. Para lo anterior, se abordará cada uno de los temas seleccionados presentando la situación fáctica del caso precedente junto con las consideraciones más relevantes de la decisión, para después llevar a cabo el mismo análisis en cuanto al caso que modifica la doctrina.

Vale la pena recordar que mediante el caso *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.* (1977), que ya se estudió con suficiencia, se estableció la regla de la razón para los casos de repartición espacial vertical de mercados, que venían siendo tratados bajo la regla per se, en virtud de la decisión *United States v. Arnold, Schwinn & Co.* (1967).

6.1.1. Acuerdos verticales de fijación de precios mínimos para reventa

El precedente de *Dr. Miles Medical Company v. John D. Park & Sons Company*, se remonta a 1911, en los años tempranos de la Ley Sherman. A pesar de que el término de *ilegalidad per se* aún no había sido acuñado en ese entonces, el análisis realizado obedece a ese sistema.

El demandante Dr. Miles Medical Company (Dr. Miles) se dedicaba a la fabricación y venta de medicamentos patentados, preparados mediante métodos y fórmulas protegidas por el secreto industrial. Su negocio se estructuraba en la venta de sus medicamentos a comerciantes y droguistas mayoristas, que a su vez vendían a las farmacias al por menor para la venta al consumidor. Para cada medicamento, Dr.

Miles había fijado no solo el precio de sus propias ventas a los distribuidores y vendedores al por mayor, sino también los precios a escalones inferiores en la cadena de distribución.¹⁰⁶

En esa oportunidad se consideró que el efecto económico del mantenimiento mínimo de los precios de reventa es equivalente aquél propio de la fijación horizontal de precios por un cartel. Siendo ello así, se estableció que el mantenimiento mínimo del precio de reventa era ilegal per se, aunque no se haya utilizado ese término.

La doctrina de Dr. Miles se mantuvo vigente durante casi un siglo, hasta que en 2007 la Corte Suprema replanteó su posición frente al tema mediante el caso *Leegin Creative Leather Products, Inc. (Leegin) v. PSKS Inc. (PSKS)*. En aquella oportunidad, Leegin canceló el suministro a PSKS, pues éste estaba ofreciendo los productos al público por debajo de los precios sugeridos por aquél.

Para comenzar, la Corte reiteró que solo se debe recurrir a la regla per se en los casos de las restricciones que siempre o casi siempre tienden a restringir la competencia y a disminuir la producción, por lo que el análisis se centró en soportar que tal presupuesto no se cumplía en el caso concreto.¹⁰⁷ Así, la Corte manifestó que la regla establecida por Dr. Miles era incompatible con esos preceptos, ya que tenía poco sentido económico cuando se analiza con otros casos de restricción vertical que habían llegado al conocimiento de ese tribunal. A pesar de que se reconoció la existencia de algunos riesgos que podrían emerger de esta fijación de precios, de entre los cuales se destacan la facilidad de abuso de la posición dominante de un poderoso fabricante o minorista o el potencial surgimiento de carteles entre los mismos agentes, también es cierto que en el mismo escenario puede haber beneficios para la competencia. En realidad, consideró la Corte, que de volverse a aplicar la regla per se en esa oportunidad no se valorarían

¹⁰⁶ *Dr. Miles Medical Company v. John D. Park & Sons Company*, No. 72, pág. 220 U. S. 374 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 3 de abril de 1911).

¹⁰⁷ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS Inc.*, No. 06-480, pág. 5-28 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 26 de marzo de 2007).

bondades potenciales de este tipo de conductas que podrían consistir, por ejemplo, en el estímulo de la competencia intermarca entre los fabricantes que venden diferentes marcas del mismo tipo de producto, lo que facilitaría a su vez la entrada al mercado de nuevos competidores, o la oportunidad para los consumidores de tener más opciones para elegir entre las marcas que ofrezcan distintos estándares de servicio y/o calidad en los productos.¹⁰⁸

El hecho de que se puedan enunciar pros y contras de la conducta censurada confirma que el sistema de análisis más adecuado es la regla de la razón y no la regla per se. Por esto, la decisión se considera afortunada, al margen de que en el caso particular se haya restringido o no el comercio de forma irrazonable, conclusiones a las que puede llegarse tomando ambos caminos.

6.1.2. Acuerdos verticales de fijación de precios máximos para reventa

Este tipo de acuerdos es otro interesante caso en el que se vio un cambio jurisprudencial en 1997. La situación fáctica del precedente *Albrecht v. Herald Co.* (1968) pasa a explicarse.

Lester J. Albrecht, un repartidor de periódicos independiente, celebró un contrato de suministro con intención de reventa con Herald Co. de determinado número de ejemplares del periódico St. Louis Globe-Democrat, acordando además un territorio exclusivo y una causal de terminación en caso de que el vendedor excediera el precio máximo de venta al público que Herald Co. estableciera. Eventualmente, Albrecht superó ese límite, por lo que Herald Co. anunció que él mismo iba a entregar los periódicos al precio máximo, por lo que alrededor del 25% de los suscriptores de Aldebrecht se cambiaron a la entrega directa por parte de Herald Co. Más adelante, Herald Co. traspasó estos clientes, sin

¹⁰⁸ *Ibidem.* pág. 7–19.

contraprestación, a otro vendedor de periódicos, manteniendo la opción a Albrecht de recuperar sus clientes si aceptaba el precio sugerido, por lo que éste decidió demandar.¹⁰⁹

La Corte consideró que semejantes acuerdos limitaban siempre la libertad de los comerciantes de fijar libremente sus precios. Esta corporación opinó también que esta práctica podría canalizar la distribución a través de unos pocos distribuidores grandes y eficientes, impidiendo que distribuidores pequeños ofrecieran esos servicios. En palabras de la Corte:

*“[I]os esquemas para fijar precios máximos que sustituyen las fuerzas del mercado competitivo por el criterio probablemente erróneo de un vendedor, pueden entorpecer seriamente la capacidad de los compradores para competir y sobrevivir en ese mercado. (...) En consecuencia, consideramos que la actuación del demandado en este caso para obligar al peticionario a mantener un precio determinado para la reventa de los periódicos que había comprado al demandado constituía, sin más, una restricción ilegal del comercio con arreglo a la § 1 de la Ley Sherman”.*¹¹⁰

Se concluye entonces que fue per se ilegal que Herald Co. fijara el precio máximo de venta al público de sus periódicos.

Es importante resaltar que el magistrado John Marshall Harlan disintió de la decisión mayoritaria de aplicar la regla per se porque, a su juicio, la cuestión consistía en determinar *en qué casos* la fijación de precios máximos era ilegal y no establecer que ésta *siempre* lo era.¹¹¹

Estos argumentos de disidencia fueron recogidos y redimidos por la misma Corte Suprema en 1997, cuando asumió el conocimiento de *State Oil Co. (State Oil) v. Khan Et Al* (Khan). En aquel caso, las

¹⁰⁹ Albrecht v. Herald Co., No. 43, pág. 390 U.S. 150 (Corte Suprema de los Estados Unidos 4 de marzo de 1968).

¹¹⁰ *Ibidem.* pág. 390 U. S. 152. Traducción propia.

¹¹¹ *Ibidem.* pág. 388 U. S. 367. Traducción propia.

partes celebraron un contrato de arrendamiento y operación de una gasolinera, que además del objeto común para este tipo de contratos, obligaba al arrendatario Khan a (i) comprar gasolina de State Oil a un precio igual al fijado por éstos, menos un margen de beneficio específico; (ii) a transferir cualquier exceso en el precio a State Oil si cobraba a los clientes un monto superior al precio sugerido; y (iii) a ver su margen reducido ante cualquier disminución debida a ventas por debajo del precio sugerido. Cuando eventualmente Khan se atrasó en el pago del canon de arrendamiento, State Oil inició un proceso de desalojo, por lo que se dio inicio a este proceso.¹¹²

Respecto de la decisión de Albrecht, en esta sede se considera que ella se fundamentó en el miedo de que la fijación de precios por parte de los proveedores pudiera interferir con la libertad del repartidor. A lo anterior, la Corte respondió que esa prohibición de las limitaciones máximas de los precios de reventa declaradas en nombre de la "libertad del repartidor" provocó que muchos proveedores se integraran en la distribución, eliminando así al comerciante independiente, lo que resultó en perjuicio de la competencia.¹¹³

Adicionalmente, la Corte hizo algunos comentarios sobre los posibles beneficios que podrían emerger de este tipo de conductas. Se sostiene que los precios bajos benefician a los consumidores, independientemente de cómo se fijen y, si están por encima de los niveles predatorios, no amenazan la competencia.¹¹⁴ En el mismo sentido, condenar las prácticas que resultan en precios más bajos para los consumidores es especialmente complejo, pues la reducción de los precios para aumentar los negocios es la esencia misma de la competencia. Por otro lado, tampoco convalidó la Corte que los precios máximos impuestos verticalmente podrían perjudicar a los consumidores o a la competencia en la medida necesaria para justificar su ilegalidad per se. Finalmente, si bien la fijación vertical máxima de

¹¹² State Oil Co. v. Khan Et Al., No.96-871, pág. 3 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 4 de noviembre de 1997).

¹¹³ *Ibidem.* pág. 16.

¹¹⁴ *Ibidem.* pág. 15.

los precios podría limitar la viabilidad de los distribuidores ineficientes, esa consecuencia no resultaría ser necesariamente perjudicial para la competencia y los consumidores.¹¹⁵ En conclusión, para la Corte Suprema no hay suficientes razones en términos económicos para la invalidación per se de la fijación vertical máxima de los precios.¹¹⁶

Después de estudiadas las particularidades de los casos más significativos de cambios jurisprudenciales de la regla per se hacia la regla de la razón, es posible concluir que las sentencias, al resolver únicamente una situación concreta, no pueden abarcar todas las variables de los casos venideros, por lo que siempre es meritorio hacer un examen detallado de las particularidades del caso. Así, como ha sucedido en las oportunidades mencionadas, es posible que el juzgador se encuentre con factores que sus antecesores no pudieron haber tenido en cuenta y que una solución justa para cada evento implique apartarse del *stare decisis*.

6.2. En la Unión Europea

La integración económica de Europa ha dado como resultado la producción normativa supranacional en diversos aspectos económicos, sociales y jurídicos de los cuales el derecho de la competencia no ha sido la excepción. La dimensión del objeto de regulación, las diversas realidades y sistemas jurídicos de los estados que conforman la Unión Europea y la complejidad de las materias que se regulan, la cual se ve agudizada por el nivel de detalle al que se ha apuntado, hacen prácticamente imposible regular todas las hipótesis en un tratado internacional. Por lo anterior, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha producido importante jurisprudencia en todas las materias de su jurisdicción.

¹¹⁵ *Ibidem*. pág. 17.

¹¹⁶ *Ibidem*. pág. 18.

El estudio en este aparte se dividirá en dos secciones, a saber: primero se estudiará la normativa positiva del nivel continental y, segundo, se estudiarán los pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes sobre los sistemas de análisis de las conductas restrictivas de la competencia.

6.2.1. Fuentes positivas

El artículo 101 (antiguo artículo 81 TCE) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) contiene en su apartado primero una prohibición general de conductas tales como acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas cuando las mismas afecten el comercio y tengan por objeto o efecto la distorsión de la competencia.¹¹⁷ En seguida, la norma determina la prohibición a cinco conductas particulares, de forma enunciativa: fijación de precios, controles de producción, asignación del mercado, aplicación de condiciones desiguales a operaciones similares y ventas atadas.¹¹⁸

De forma preliminar se podría decir que la lectura del 101(1), recién mencionado y del 101(2) que sanciona con nulidad de pleno derecho las conductas realizadas en contravención a las prohibiciones, parecen sugerir el carácter absoluto de las mismas en la Unión Europea. No obstante lo anterior, el numeral tercero del mismo artículo 101, declara que las prohibiciones del 101(1) pueden ser declaradas inaplicables a cualquiera de las conductas que de antemano se consideran restrictivas de la competencia, cuando se den las siguientes condiciones acumulativas: i) contribuir a la producción o distribución de los productos o fomentar el progreso del mercado, ii) reservar participación equitativa a los consumidores en el beneficio que resulte de la conducta, y iii) abstenerse de, primero, imponer a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos y, segundo, ofrecer a

¹¹⁷ Literalmente se refiere a “impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior”.

¹¹⁸ Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Octubre 26 de 2012. D.O.U.E. 26.10.2012. Artículo 101(1).

dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.¹¹⁹

Se tiene así que, si bien hay ciertas prohibiciones tajantes establecidas como mecanismos para proteger la libre competencia, éstas no son absolutas y es la misma norma la que deja a salvo la exención de las sanciones, dadas las condiciones ya mencionadas.¹²⁰

Ahora bien, la norma recién estudiada omitió referirse, para hacerlo en un artículo separado, a otra categoría de suma importancia de conductas restrictivas de la libre competencia, como es aquella consistente en el abuso de posición dominante en el mercado. En verdad, el artículo 102 del TFUE presenta una estructura similar al artículo 101 inmediatamente anterior, pues se prohíbe de forma genérica el abuso de posición dominante para después enunciar algunas conductas proscritas en particular, a saber: imposición de condiciones de transacción inequitativas, limitación de producción, del mercado o desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores, condiciones inequitativas para prestaciones equivalentes y ventas atadas.

Se hace procedente, nuevamente, analizar si las prohibiciones del artículo 102 en comento se analizan bajo un sistema similar a la regla per se o a la regla de la razón. Para lo anterior, se debe tener en cuenta que la literalidad del artículo prevé una calificación para las conductas sancionadas, que consiste en la potencialidad del abuso de posición de dominio para afectar el comercio entre los Estados miembros de la Unión Europea. En otras palabras, una supuesta conducta de abuso de posición de dominio solamente será sancionable si la misma afecta el comercio al interior del continente europeo. De lo anterior se puede concluir que a las autoridades no les bastará con probar los elementos fácticos de la conducta investigada, sino que, además, les será necesario demostrar cómo se ha afectado el comercio.

¹¹⁹ *Ibidem*. Art. 101(3).

¹²⁰ Vesey, C. (2013). *Per se Rules in U.S. and EU Antitrust/Competition Law*.

Por otro lado, el Reglamento 1218/2010 establece en su artículo 4 de las denominadas *hard-core restrictions*, las cuales no se pueden beneficiar de la exención del artículo 2, que implica la inaplicación del 101(1) en el caso de los acuerdos verticales, es decir, suscritos entre agentes que operen en planos diferentes de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios en algunos casos que se determinan en seguida.

Las conductas que se relacionan bajo la categoría de *hard-core restrictions* son, con algunas particularidades: a) la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta bajo ciertas circunstancias; b) la restricción del territorio o de la clientela, con algunas excepciones; c) la restricción de las ventas activas o pasivas a los usuarios finales por parte de los miembros de un sistema de distribución selectiva que operen al nivel de comercio minorista, con algunas condiciones; d) la restricción de los suministros cruzados entre distribuidores dentro de un sistema de distribución selectiva, inclusive entre distribuidores que operen a distintos niveles de actividad comercial; y e) la restricción acordada entre un proveedor de componentes y un comprador que los incorpora a otros productos que limite la capacidad del proveedor de vender esos componentes como piezas sueltas a usuarios finales o a talleres de reparación o proveedores.¹²¹

Aun cuando estas conductas se excluyen de la aplicación de la exención, “ello no significa que las mismas sean per se ilegales”,¹²² aunque es cierto que “es poco probable que cumplan las condiciones de exención en virtud del artículo 101(3), ya que rara vez estimulan la eficiencia económica, benefician a

¹²¹ Reglamento 1218/2010 [Comisión Europea]. Relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. Artículo 4º. Abril 20 de 2010. D.O.U.E. 23.4.2010.

¹²² Italianer, A. (2013). Competitor agreements under EU competition law. 40th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, Fordham Competition Law Institute. pág. 7. Nueva York.

los consumidores o son indispensables”.¹²³ En verdad, en los términos del reglamento no se puede beneficiar a los actores que realizan este tipo de conductas de la exención del artículo 2, pero ello no conlleva de suyo que sea improcedente un análisis de inaplicabilidad general a la luz del 101(3).

En síntesis, se puede afirmar, en primer lugar, que en la Unión Europea no opera un sistema de análisis equivalente a la regla per se cuando se habla de acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas, en tanto siempre asiste a los agentes de mercado la posibilidad de ampararse bajo el 101(3). Esto representa una diferencia importante entre este sistema y el estadounidense donde, ante la ausencia de una norma equivalente, la relevancia del análisis pro-competitivos se deja al arbitrio del juez en cada caso concreto.¹²⁴ Por otro lado, es evidente también que los actos consistentes en abuso de posición de dominio en el mercado en la Unión Europea se debe analizar bajo un sistema más parecido a la regla de la razón, pues como se ha dicho, la sola conducta no bastará para que se configure una infracción si a ella no la acompañan los efectos anticompetitivos.

6.2.2. Jurisprudencia

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) es el ente competente para dirimir los conflictos relativos al derecho de la competencia en el nivel supranacional del continente europeo. Ha sido tarea de este cuerpo colegiado la de interpretar y aplicar los artículos 101 y subsiguientes del TFUE, estudiados en el aparte anterior. Si bien muchos de los estados que componen la Unión Europea (UE) tienen sistemas de derecho civil continental, lo que *a priori* indicaría la rigidez de la aplicación del TFUE, las ya mencionadas complejidad y sofisticación del ámbito de aplicación han requerido de distintos e importantes pronunciamientos jurisdiccionales por parte del TJUE.

¹²³ *Ibidem*. pág. 8.

¹²⁴ Wish, R., & Bailey, D. (2012). *Competition Law*. pág. 121. Londres: Oxford University Press.

En primer lugar, es pertinente referirse al caso *Beef Industry* en el que se investigaron una serie de acuerdos celebrados entre la *Beef Industry Development Society Ltd. (BIDS)* y diversos transformadores de carne, en virtud de los cuales los transformadores que continuaran con su actividad se comprometían a indemnizar a los que la cesaran mediante un fondo manejado por la BIDS. Como contraprestación de recibir esta compensación, los transformadores que cesaran su actividad se comprometían a, primero, inutilizar sus equipos de transformación o a venderlos únicamente a personas residentes fuera de la isla de Irlanda o, en su defecto, a los transformadores que continuaran con su actividad, con la condición de que éstos los utilizaran como material de sustitución o para piezas de recambio; segundo, a no utilizar el terreno en que se situaban las instalaciones desmanteladas para la actividad de transformación de carne de vacuno durante los cinco años siguientes y; finalmente, a no competir, durante los dos años siguientes, en el mercado de transformación de carne de vacuno en Irlanda con los transformadores que continuaran con su actividad.¹²⁵

Los acuerdos estudiados por esa sentencia de 2008 adolecían de objetos tan abiertamente anticompetitivos, aun para los ojos más ignorantes, al punto que con la misma se consolidó una doctrina bajo la cual, si bien no mencionó la regla per se, se considera que “determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia”.¹²⁶

Por otro lado, el caso de T-Mobile¹²⁷ resulta también relevante para el estudio. Aquél se desarrolló en el ámbito de las telecomunicaciones en los Países Bajos que se encontraba concentrado en cinco proveedores y, por regulaciones gubernamentales, la posibilidad de ingresar a este mercado se reducía a

¹²⁵ Competition Authority v. Beef Industry Development Society Ltd. y Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd., Asunto C-209/07, pág. 2, apartado 8 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea 20 de noviembre de 2008).

¹²⁶ *Ibidem.* pág. 4, apartado 17.

¹²⁷ T-Mobile Netherlands BV v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Asunto C 8/08 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Sala Tercera. 4 de junio de 2009).

la contratación con ellos. En particular, se investigó una reunión llevada a cabo en junio de 2001 entre los representantes de los operadores de telecomunicaciones del mercado neerlandés, en la que se intercambió información confidencial y se acordó la reducción de la retribución estándar a los distribuidores por los abonos de postpago a partir de septiembre del mismo año.¹²⁸

La Abogada General¹²⁹ del caso *Juliane Kokott*, refiriéndose a las conductas que, como la investigada, persiguen un objetivo contrario a la libre competencia, fue aún más lejos al acuñar el término de *prohibiciones per se* para ciertas prácticas perjudiciales para la sociedad. Dentro de sus conclusiones, Kokott sugiere que la prohibición per se “crea seguridad jurídica y permite a todos los operadores en el mercado orientar su comportamiento de manera adecuada. Además, han de economizarse razonablemente los recursos de las autoridades nacionales de la competencia y de los tribunales”.¹³⁰

A pesar de la intervención de la Abogada General en el caso *T-Mobile*, el TJUE no acogió la expresión *per se* en la decisión, pero sí reiteró la doctrina del caso *Beef Industry* al manifestar que el criterio de distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» “reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia”.¹³¹ En otras palabras, se considera que las infracciones por objeto contrario a la competencia¹³² son sancionables dada su propia naturaleza.

¹²⁸ *Ibidem.* pág. 3-4, apartados 10-12

¹²⁹ Los Abogados Generales son juristas que aportan su opinión no vinculante, imparcial e independiente a los jueces del TJUE.

¹³⁰ Conclusiones de la Abogada General en el caso *T-Mobile Netherlands BV v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Asunto C-8/08, pág. 7, apartado 23 (Abogada General Juliane Kokott 19 de febrero de 2009).

¹³¹ *Ibidem.* pág. 7, apartado 29.

¹³² La providencia indica sobre una conducta de este tipo que “*para tener un objeto contrario a la competencia, basta con que la práctica concertada pueda producir efectos negativos en la competencia. Dicho de otro modo, sólo tiene que ser concretamente apta, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribe, para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común. La cuestión de si tal efecto se produce realmente y, en su caso, en qué medida, únicamente puede ser relevante para calcular el importe de las multas y los derechos de indemnización por daños y perjuicio*”. *Ibidem.*, pág. 7, apartado 31.

La misma explicación ha sido citada posteriormente por el TJUE, por ejemplo, en el caso de *Expedia Inc. v. Autorité de la Concurrence* (autoridad francesa) y otros, en el que se estudió un *joint venture* entre Expedia y el operador de trenes SNCF,¹³³ así como en el de *Allianz Hungária Biztosító Zrt. y otros v. Gazdasági Versenyhivatal*, en el que se investigó, entre otras, la supuesta fijación de precios en el seno de la relación entre la asociación nacional de concesionarios de marca GÉMOSZ, algunos concesionarios automotrices y determinadas compañías aseguradoras.¹³⁴

En conclusión, las normas positivas europeas sugieren que debe usarse un análisis similar a la regla de la razón en todos los casos, pero la jurisprudencia ha matizado este planteamiento. Si bien el TJUE no ha llegado a acuñar la terminología de la *regla per se*, la doctrina iniciada con el caso *Beef Industry* ha considerado que cuando menos las conductas que tengan como objeto la limitación de la libre competencia, son nocivas para el mercado y los consumidores, por su propia naturaleza. Si se quisiera comparar el análisis de regla per se y regla de la razón (propias del sistema estadounidense) con el de objeto anticompetitivo y efectos anticompetitivos (desarrollados por la Unión Europea), sería viable decir que los mismos tienen en común, por un lado, que tanto en la regla per se como en las conductas con objeto anticompetitivo, la carga de la prueba en cuanto a los efectos beneficiosos o dañinos de la libre competencia es mucho más ligera, si no inexistente y, por otro lado, que la misma carga sí que debe ser satisfecha en escenarios de regla de la razón y conductas con efectos anticompetitivos, en este último caso, en los estrictos y precisos términos previstos en el 101(3).¹³⁵ Sin dejar de lado lo anterior, se debe tener en cuenta que el mismo artículo 101(3) prevé la posibilidad de justificar *la totalidad* de las conductas, a pesar de que la jurisprudencia parezca estar tomando un rumbo diferente. Finalmente, no se

¹³³ *Expedia Inc. v. Autorité de la Concurrence y otros*, Asunto C-226/11, pág. 7, apartado 36 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Sala Segunda. 13 de diciembre de 2012).

¹³⁴ *Allianz Hungária Biztosító Zrt., Generali-Providencia Biztosító Zrt., Gépjármű Márkakereskedők Országos Szövetsége, Magyar Peugeot Márkakereskedők Biztosítási Alkusz Kft y Paragon-Alkusz Zrt. v. Gazdasági Versenyhivatal*, Asunto C-32/11 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Sala Primera marzo de 14 de 2013).

¹³⁵ Italianer, A. (2013). *Competitor agreements under EU competition law*. 40th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, Fordham Competition Law Institute. Nueva York.

puede dejar de lado que, tanto litigantes como individuos en cargos tan importantes como los Abogados Generales del TJUE ya han sugerido el empleo de la ilegalidad per se, lo cual, junto a la jurisprudencia estudiada, puede indicar una tendencia en el sistema jurídico continental de la Unión Europea.

Finalmente, después de estudiar los sistemas de análisis en los sistemas estadounidense y europeo, es importante notar que ambos sistemas cuentan con mecanismos para apartarse de las prohibiciones absolutas. Así, por un lado, en los Estados Unidos impera un sistema de *common law*, por lo que pueden los jueces evaluar las circunstancias particulares de los casos que llegan a su conocimiento y, si lo consideran adecuado, podrían apartarse de los precedentes que en principio los vinculan. Por otro lado, en la Unión Europea, donde prevalece en mayor medida el derecho positivo, la normativa prevé excepciones a las conductas restrictivas de la competencia, que pueden ser aplicados por las autoridades si consideran que el caso concreto lo amerita.

7. POSICIÓN RESPECTO DE LA PROBLEMÁTICA Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN

Una vez realizado el análisis teórico de la aplicación en Colombia de la regla per se y habiendo estudiado las distintas referencias jurisprudenciales tanto locales como foráneas, corresponde en el presente capítulo fijar una posición con respecto de la aplicación de la regla per se en Colombia y proponer una solución a la problemática que se adecúe a lo preceptuado por el ordenamiento jurídico local. Lo que se propone en esta sección se considera lo más adecuado al estado actual de la normativa y de la jurisprudencia constitucional, ambas estudiadas en la presente monografía. Lo anterior no obsta, sin embargo, frente a la necesidad de ajustar el ordenamiento mediante normativa legal y reglamentaria más ajustada a la tradición jurídica colombiana, en comparación con aquella se encuentra vigente.

De lo desarrollado previamente, se considera que en Colombia el sistema de análisis de la regla per se no debería tener aplicación debido a que la misma no se ajusta a los presupuestos constitucionales y legales vigentes. Así, cualquier implantación de normas o reglas foráneas dirigidas a nuestro derecho local, debe ajustarse a este ordenamiento jurídico pues, de lo contrario, su aplicación no debería ser de recibo por las autoridades nacionales. A continuación, se evidencia el sustento de tal afirmación.

7.1. Motivos de orden constitucional

La regla per se comprende dentro de sí una aplicación de responsabilidad objetiva, debido a que una vez se compruebe el componente objetivo de la norma, esto es, incurrir en alguna de las conductas expresamente consagradas en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, no existe la posibilidad para el investigado de examinar el componente volitivo de ésta ni los efectos perjudiciales o beneficiosos para la libre competencia, específicamente relativos a la eficiencia económica, el bienestar del consumidor o la concurrencia a los mercados. Lo anterior es así si se tiene en cuenta que, contrario a la regla de la razón, en el escenario de la regla per se no se tiene en cuenta la finalidad buscada.

Como ha podido observarse, la aplicación de una sistema similar a la regla per se cierra la puerta al análisis subjetivo de la conducta, tal y como fue confirmado por la misma SIC en el caso ANDEVIP – estudiado precedentemente–. En aquella oportunidad esta autoridad afirmó expresamente que en el escenario de investigación y sanción de los acuerdos comprendidos en el artículo 47 del mencionado Decreto 2153 de 1992, la responsabilidad aplicable era de carácter objetivo. Sin embargo, según se expuso en el capítulo 2 del presente escrito, el Consejo de Estado, en una vez asumió el conocimiento del mencionado caso, negó la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho solicitado por las empresas de seguridad sancionadas y enmarcó la responsabilidad derivada de los acuerdos consagrados en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 como subjetiva, debido a que, la parte volitiva de la conducta consistía en realizar un acuerdo con el objeto de fijar precios -en aquel caso-. Dicha justificación es equivocada, en nuestro concepto y, con el mayor respeto al alto tribunal, la argumentación para afirmar el contenido subjetivo de la conducta es engañosa. No puede afirmarse que el elemento subjetivo sea la voluntad de fijar precios, puesto si hay un acuerdo es claro que SIEMPRE hay voluntad de sus participantes, cualquiera que sea el objeto de este y, por consiguiente, la voluntad a analizar por el investigador es la intención última que querían alcanzar los agentes cuando acordaron fijar precios. Así, el elemento objetivo de la conducta es la realización de un acuerdo que fije precios, y el elemento subjetivo son los efectos que **querían** conseguir con la fijación de estos. En consecuencia, cuando hay aplicación de la regla per se, no se examina la voluntad del agente investigado de afectar el comercio o vulnerar los propósitos consagrados en el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, razón por la cual se considera que la responsabilidad aplicable es de carácter objetivo.

Ahora bien, una vez evidenciado el tipo de responsabilidad que rige la aplicación de la regla per se en Colombia, corresponde corroborar su constitucionalidad. Como se analizó en el Capítulo 5 del presente escrito, para la Corte Constitucional la responsabilidad objetiva en Colombia en principio ha sido

erradicada del ordenamiento jurídico por conducto del artículo 29 de la Constitución, relativo al derecho fundamental al debido proceso. Esta Corporación, en materia de derecho sancionatorio administrativo, ha aceptado *de forma excepcional*, la aplicación de responsabilidad objetiva, siempre que se cumplan con los siguientes requisitos: i) que carezcan de la naturaleza de sanciones que la doctrina llama 'rescisorias', es decir, de sanciones que comprometen de manera específica el ejercicio de derechos y afectan de manera directa o indirecta a terceros; ii) que tengan un carácter meramente monetario; iii) que sean de menor entidad en términos absolutos o relativos; iv) que no se justifique en la responsabilidad de las autoridades de evadir su responsabilidad; v) que esa forma de responsabilidad se encuentre consagrada de forma expresa por el legislador. Como a continuación se expone, algunos de los anteriores requisitos no están presentes en la aplicación de la regla per se:

En primer lugar, las sanciones que se imponen en materia de competencia no son de mínima entidad en términos absolutos –como las de tránsito-, ni en términos relativos –como las del régimen de cambios–: En materia de prácticas restrictivas de la competencia, la SIC tiene la facultad legal de imponer multas hasta por 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada conducta y a cada infractor y hasta un 150% de la utilidad percibida por quien cometiere la misma. Por consiguiente, las sanciones no pueden ser catalogadas como sanciones de mínima entidad en términos absolutos aquellas que en la actualidad (es decir, para 2017), pueden llegar hasta la suma de COP\$ 73.771.700.000, ni tampoco en términos relativos debido a que no corresponden a un porcentaje sancionado de la utilidad percibida, sino que la superan, pudiendo llegar al 150% de la misma.

Por otro lado, la legislación en materia de competencia no establece de forma expresa la aplicación de responsabilidad objetiva en investigación de conductas expresamente consagradas en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992. En este sentido, según lo preceptuado por el máximo órgano constitucional, la aplicación de tal responsabilidad no debería ser de recibo en Colombia. Este

argumento, además de tener sustento jurídico, también encuentra bases lógicas, debido a que, si se está aplicando la forma más gravosa de responsabilidad para el ciudadano o el investigado, debe este tener, por seguridad jurídica, la plena convicción de que tal forma de responsabilidad es la que tiene cabida.

Asimismo, la aplicación de este tipo de responsabilidad en temas de competencia se ha justificado en el alivianamiento de cargas para la administración cuando, basándose en las reglas de la experiencia, se ha entendido que la comisión de una conducta trae consigo, en la mayoría de las oportunidades, consecuencias negativas para la libre competencia. En este sentido, y como lo dispuso la Corte Constitucional, no puede ser esta la justificación para la aplicación de este régimen, y menos aún, cuando con formas variadas de responsabilidad subjetiva se puede llegar a la misma finalidad.¹³⁶

Finalmente, no se pueden dejar de lado las implicaciones que la aplicación de la regla per se puede generar en cuanto al derecho de defensa. En realidad, este componente esencial del derecho fundamental al debido proceso debe estar presente en todas las actuaciones sancionatorias, tanto judiciales como administrativas, y no se limita a la posibilidad de ser oído; se extiende a una verdadera contradicción técnica a las acusaciones formuladas, lo que de suyo implicaría la posibilidad de demostrar los efectos pro-competitivos de cualquier conducta. Negar la posibilidad de producir mecanismos de defensa en este sentido, bajo el argumento de que hay algunas conductas que, según la experiencia, han sido siempre anticompetitivas, sería tanto como sancionar a una persona con base en hechos de casos diferentes al propio, los cuales no tuvo oportunidad de contradecir en absoluto. En otras palabras, el derecho constitucional a la defensa técnica implica, primero que las personas sean oídas en los procesos sancionatorios adelantados en su contra y segundo la posibilidad de oponer excepciones y pruebas para

¹³⁶ Véase por ejemplo la responsabilidad subjetiva con presunción de culpabilidad, lo cual en materia de competencia se ha denominado “Quick Look” (mirada rápida).

contradecir plenamente las imputaciones, a los que la autoridad sancionadora deberá valorar de fondo a la hora de emitir un pronunciamiento, sea condenatorio o absolutorio.

7.2. Motivos de orden legal

Independientemente de las razones constitucionales recién explicadas, y aun en el hipotético caso en que se considerara adecuado un régimen objetivo en materia de protección de la competencia, la aplicación de un análisis asimilable a la regla per se presenta ciertas discrepancias con el estado actual de la normativa pertinente de rango legal. En este sentido, es evidente que las normas sancionatorias de protección a la competencia deben ser aplicadas, como en cualquier otro escenario, buscando las finalidades y los objetivos para los cuales se concibieron en un primer momento.

En el caso de las normas de protección de la competencia esa finalidad, necesariamente, es la protección del ya estudiado derecho colectivo a la libre competencia económica, junto con sus propósitos determinados en el numeral 1° del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992 modificado por el artículo 3° de la Ley 1340, a saber: (i) la libre participación de las empresas en el mercado, (ii) el bienestar de los consumidores y (iii) la eficiencia económica. Adicionalmente, no resultan menos importantes las implicaciones derivadas del párrafo de ese mismo numeral, en virtud del cual “[I]a Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los propósitos de que trata el presente artículo al momento de resolver sobre la significatividad de la práctica e iniciar o no una investigación (...)”.

Así, estando claro que la ley misma obliga a la autoridad de competencia a hacer un análisis frente a los propósitos que deben seguir sus actuaciones, aun para iniciar una investigación, indudablemente deben cumplirse con los mismos parámetros de forma incluso más estricta a la hora de imponer una sanción. En términos más concretos, la procedencia de una sanción de una conducta por adecuarse a uno o varios de los actos, acuerdos o formas de abuso de posición dominante, en los términos previstos en los

artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, deberá valorarse en lo relativo a los efectos de la misma conducta frente a las finalidades de la libre competencia.

Aunado a lo anterior, es válido hacer una consideración todavía más elemental, que consiste en el hecho que el artículo 2° del Decreto 2153 de 1992 en comento establece las funciones de la SIC, lo que se debe entender en concordancia con el principio de legalidad establecido en el artículo 6° constitucional, en virtud del cual las autoridades solo pueden hacer lo que la ley o la Constitución les autoriza. De esta forma, según la literalidad del decreto en estudio, la SIC **no puede** si quiera dar trámite a conductas que no afecten la eficiencia económica, la libre participación de las empresas en el mercado o el bienestar de los consumidores, aun cuando las mismas sean textualmente típicas. Está claro que el hecho de estar imposibilitada para abrir investigaciones o decidir sobre la significatividad de las conductas en contrario de lo anterior, implica la improcedencia de la imposición de sanciones por esas conductas inofensivas. Con lo anterior, resulta natural afirmar que, si se considerara que una conducta afecta los propósitos de la libre competencia de manera preliminar en el momento de la apertura de la investigación, pero en el curso del procedimiento se acreditara lo contrario, la autoridad no debería imponer una sanción.

El anterior planteamiento es relevante en la medida en que la regla per se, como quedó suficientemente expuesto, no implica un estudio de los efectos que las conductas generan, como tampoco lo implica frente a los propósitos que establece el Decreto 2153 de 1992. En otras palabras, de aplicarse la regla per se, se desatenderían las disposiciones legales pertinentes que obligan a la SIC a analizar cada conducta a la luz de los propósitos ya mencionados.

7.3. Propuesta

Una vez determinados los argumentos por los cuales la regla per se en Colombia no debería tener aplicación en el derecho colombiano, a continuación se analizarán los argumentos de mayor fuerza en la

doctrina a favor de la aplicación de la regla per se (7.3.1.), para posteriormente proponer una solución que tenga en cuenta esos argumentos y que se ajuste al ordenamiento jurídico colombiano (7.3.2.).

7.3.1. Argumentos a favor de la aplicación de la regla per se

En Colombia, contrario a lo discutido en el presente documento, la doctrina ha enfocado su discusión hacia la posibilidad de la aplicación de la regla de la razón y de la validez de la cláusula de prohibición general existente en la legislación colombiana.¹³⁷ Pero con respecto a cuestionamientos de la constitucionalidad y/o legalidad de la regla per se o de la responsabilidad objetiva poco se ha desarrollado. Corresponde, entonces, adentrarse en algunos de los argumentos a favor de la aplicación de la regla per se que han tenido relevancia para el uso de esa regla de análisis.

El primero de los argumentos mencionados por la doctrina se sustenta en que al analizar una conducta prohibida por el Decreto 2153 de 1992, y permitirle utilizando la regla de la razón porque la misma, en ese caso, produce efectos pro-competitivos, podría dar lugar a que otros agentes económicos, al conocer esa situación, realicen conductas similares a la no sancionada, aun cuando no presenten efectos pro-competitivos. Lo anterior, provocaría un “efecto dominó” en la comisión de ese tipo de conductas, llevando a la autoridad a la imposibilidad de sancionar todos los pactos o actos similares que surjan a raíz de la primera decisión (más aun teniendo en cuenta que la regla de la razón requiere de un análisis mucho más profundo que la regla per se).

El segundo argumento a favor de esta regla de análisis fue usado en la decisión de *Arizona v. Maricopa County Medical Society*,¹³⁸ bajo el cual, una sentencia judicial no solo tiene incidencia para las partes únicamente en el momento de la decisión, sino que los efectos de la misma trascienden en el tiempo. Así, en derecho colombiano, una decisión administrativa de la SIC que permita una conducta prohibida

¹³⁷ Esta cláusula general de prohibición se encuentra en el ya mencionado artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

¹³⁸ *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, No. 80-419 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 18 de junio de 1982).

por el Decreto 2153 de 1992 en aplicación de regla de la razón, bajo el argumento que en esa oportunidad esa conducta permitió efectos positivos para el consumidor, podría llevar a que, en el futuro por el cambio de las situación fáctica, política o económica, se realicen acuerdos similares o iguales y estos resulten restrictivos de la competencia, deberán siempre estudiarse bajo la regla de la razón o deberán permitirse por el principio de igualdad consagrado en los artículos 13 y 209 de la Constitución.

Por otro lado, un argumento adicional a favor de la utilización de la regla de análisis per se, más práctico que teórico, es aquél que señala que los recursos del Estado son limitados y la complejidad de una investigación mediante la regla de la razón, en caso en que todas las investigaciones se tramitaran a través de la mencionada regla, implicaría unos costos bastante mayores a cargo de la entidad. Así, los costos por contratación de personas expertas en los diversos campos en los que se requiera investigación se elevarían, pues no bastaría con el esfuerzo probatorio orientado a demostrar la comisión de la conducta, sino que los efectos en cada mercado deberían ser igualmente acreditados.

En la misma línea, un cuarto argumento afirma que hay formas de poder llevar a cabo acuerdos anticompetitivos sin que se desista de aplicar una sanción bajo la regla per se. Estos diversos mecanismos pueden ser la excepción de bloque del párrafo del artículo 1° de la Ley 155 de 1959, las excepciones del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 y eventuales integraciones para poder colaborar sin temer represalias sancionatorias.

Asimismo, otro de los motivos en defensa de la regla per se señala que evaluar los efectos pro-competitivos de la conducta es algo que debe hacerse, pero no en el momento de la decisión sobre la imposición de la sanción, sino al momento tasación de la misma. Esto se justifica en el reproche que hace la autoridad por haber incurrido en una conducta que está expresamente prohibida en la ley, la cual, si trae efectos a favor de la competencia, será de pequeña entidad.

Otro argumento propio de defensa de este sistema de análisis consiste en la clara determinación¹³⁹ de los enunciados prohibitivos de las conductas restrictivas de la libre competencia,¹⁴⁰ con la cual el mismo legislador, al decir que “se consideran contrarios a la libre competencia” y que “constituyen” abuso de la posición de dominio, consideró que todas las prácticas que se adecúen a los numerales derivados de ese enunciado, serían ilegales en sí mismos, sin dar cabida a justificaciones de naturaleza alguna.¹⁴¹

Finalmente, un argumento adicional asegura que a través de la regla per se, se dota al ordenamiento en materia de la libre competencia de seguridad jurídica. Al respecto, la autoridad sancionadora, se favorece al saber qué es exactamente lo que debe demostrar para imponer una sanción, mientras que quien es investigado, sabe exactamente lo que está prohibido en la ley y tiene conocimiento de las razones por las cuales lo pueden investigar y sancionar.

7.3.2. Síntesis

Teniendo en cuenta lo anterior, se pasa a ofrecer una solución al problema planteado, analizando las razones constitucionales y legales por las que no se debe aplicar la regla per se, así como los argumentos en su favor.

Como quedó explicado, considerar únicamente la realización de una conducta para que una sanción de mayor entidad sea procedente, sin tener en cuenta los elementos volitivos o las eventuales justificaciones económicas para la realización de la práctica resulta inconstitucional. No obstante lo anterior, tampoco

¹³⁹ **Decreto 2153 de 1992. Artículo 47.** (...) se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos (...). Subrayas fuera del texto.

Artículo 48. (...) se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos (...). Subrayas fuera del texto.

Artículo 50. (...) cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas (...)” Subrayas fuera del texto.

¹⁴⁰ Este argumento es sostenido por Alfonso Miranda, de la siguiente manera: “*como se puede observar, la ley dispone que “se consideran contrarios a la libre competencia”, los acuerdos que tengan por objeto o como efecto la fijación de precios, pero no tendrá que demostrar que dicha conducta es anticompetitiva, ya que la norma así la define y no admite prueba en contrario*”. Miranda Londoño, A. (enero-diciembre de 2011). Origen y evolución del derecho de la competencia en Colombia: la Ley 155 de 1959 y su legado. *Derecho Competencia*, 7(7), p.92. Argumento similar es sostenido por Javier Cortázar, que considera que “para la SIC todos los acuerdos de precios son considerados prácticas absolutas (...)”. Cortázar, J. (2003). *Hacia un nuevo derecho de la competencia en Colombia - Análisis crítico y prospectiva*. Bogotá: Ediciones doctrina y ley Ltda. pág. 20.

¹⁴¹ Esta tesis ha sido aplicada en diferentes oportunidades por la SIC en casos como el de la Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá (Resolución de 27759 de 1999), ANDEVIP (Resolución No. 00670 de 2001) o Casa Luker S.A. (Resolución 8231 de 2001), entre otras.

se puede negar que hay conductas que por sus características propias han sido consideradas como potencialmente dañinas de la libre competencia y por ello se han recogido y agrupado en acuerdos, actos y abuso de posición dominante, que están expresamente prohibidos por la ley.

Lo que no se puede afirmar de lo anterior, es que la legalidad debe ser lo suficientemente rígida como para que, necesariamente y sin excepción alguna, cualquier conducta que se adecúe a los preceptos fácticos descritos sea considerada como absolutamente dañina y en nada beneficiosa para la libre competencia, el bienestar de los consumidores, la eficiencia económica o la libre participación de las empresas en el mercado. Como se demostró en apartes anteriores del presente escrito, nuevos efectos pro-competitivos pueden surgir de conductas sobre las cuales en oportunidades anteriores no se dio si quiera la oportunidad de alegarlos. Particularmente, ello quedó planteado frente a la repartición espacial vertical de mercados y la fijación vertical de precios tanto mínimos como máximos para la reventa.

En realidad, nada obsta para que futuras situaciones fácticas arrojen como resultado efectos beneficiosos para la libre competencia en formas hoy indeterminadas, como resultado de una práctica que típicamente se ha considerado como restrictiva de la libre competencia.

En este orden de ideas, se considera que la mejor forma para armonizar lo anterior es asumir una metodología basada en un esquema de presunciones legales,¹⁴² similar al esquema de la “mirada rápida” o *quick look*. Así, únicamente las conductas que sean prohibidas por el legislador, tales como los actos, los acuerdos y el abuso de posición dominante en los términos del Decreto 2153 de 1992, se presumirán de hecho y de forma preliminar como restrictivas de la libre competencia, esto es, invirtiendo la carga de la prueba y dejando a cargo de los investigados la demostración de los efectos que su conducta ha

¹⁴² Se transcribe a continuación el artículo 66 del Código Civil Colombiano, que define las presunciones de hecho: “**Artículo 66.** Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias”.

generado o pueda generar en favor de la libre concurrencia de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. Esta inversión debería entenderse consumada en el momento en que se expida en debida forma la resolución de apertura de investigación y únicamente sobre los cargos que versen sobre las conductas típicas, excluyendo en consecuencia los cargos en virtud de la cláusula general de prohibición del artículo 1° de la Ley 155 de 1959. En efecto, con una aplicación de este esquema se atiende a los presupuestos constitucionales estudiados, y de igual manera, las actuaciones de la SIC se adecuarían a la normatividad colombiana, concretamente al artículo 3° de la Ley 1340 de 2009.¹⁴³ Por otro lado, hasta tanto la hermenéutica constitucional aclare si es procedente la aplicación de la responsabilidad objetiva en materia del derecho de la competencia, en conjunto con lo anterior, el elemento volitivo, cognitivo y prudencial de los sujetos deberá ser, igualmente, objeto de debate antes de la imposición de la sanción.

Como es natural, la práctica arrojará en muchos casos, conductas que generan tanto efectos anticompetitivos como pro-competitivos en cierta medida, con lo que la ponderación entre unos y otros deberá realizarse caso por caso. En síntesis, lo que se considera verdaderamente importante en la cuestión analizada es amparar el derecho de defensa de los particulares y asegurar que las autoridades solo sancionen las conductas que efectivamente sean dañinas, sin entorpecer de forma desmesurada la capacidad investigativa y sancionatoria de las mismas.

Con el fin de sustentar de forma completa la posición recién ofrecida, será necesario hacer una consideración particular para cada uno de los argumentos expresados anteriormente en favor de la aplicación de la regla *per se* y demostrar cómo aquellos no son suficientes para justificar su aplicación y, con la incorporación de una mirada rápida, también se podrían conseguir los objetivos allí fijados.

¹⁴³ Los argumentos que se sostienen son armónicos con el planteamiento de Mauricio Velandia. En este sentido, se recomienda consultar la obra de este doctrinante, en particular su libro *Derecho de la competencia y del consumo*.

En primer lugar, en relación con el argumento del “efecto dominó” que se generaría, es necesario decir que, si este planteamiento fuera aplicado, cualquier restricción y sistema de responsabilidad objetiva en cualquier área del derecho estarían justificados. Este planteamiento no solo resultaría violatorio del Estado de Derecho, sino que sería propio de un estado totalitario. En efecto, las conductas deben analizarse una a una para determinar su legalidad o ilegalidad, sin dejar de lado la prevención general como función de las sanciones que se impongan en los casos que lo ameriten, con pleno cumplimiento de las formas del procedimiento.

En segundo lugar, respecto del argumento según el cual las decisiones sancionatorias o absolutorias trascienden en el tiempo, se considera que efectivamente el precedente es un componente importante en nuestro sistema de fuentes del derecho, entre otras porque la doctrina probable ha estado presente en el ordenamiento jurídico colombiano desde la expedición de la Ley 153 de 1887.¹⁴⁴ A pesar de ello, es importante tener en cuenta que la doctrina probable no es inflexible y que siempre que haya un motivo de suficiente, como la discrepancia esencial entre el precedente y el caso analizado o un cambio social, económico o legislativo, el juzgador podrá decidir en un sentido diferente cumpliendo con la carga argumentativa que ello requiere.¹⁴⁵ Con ello, la autoridad podrá decidir de conformidad con la realidad socioeconómica de cada momento, sin estar atada de manos por sus propias decisiones previas.

En tercer lugar, está el argumento que considera que los recursos de la administración son limitados y una excelente forma de economizarlos es utilizando las regla per se para imponer sanciones. Al respecto, es una realidad que las autoridades públicas pueden llevar a cabo sus funciones siempre que tengan el presupuesto suficiente para ello. Por esto, precisamente, es adecuada la solución propuesta en la presente monografía, pues con ella la administración inicia el trámite con la presunción de ilegalidad de las

¹⁴⁴ Lo antitécnica que resulta la doctrina probable establecida en el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 es un tema que escapa el análisis del presente documento.

¹⁴⁵ Para profundizar sobre este tema se recomienda consultar la Sentencia C-836 de 2001 de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

conductas que investiga, por lo que el gasto más fuerte en el debate probatorio quedará en cabeza de los particulares. En este sentido, es cierto que el mecanismo propuesto es más costoso que la regla per sé, pero lo es menos que la regla de la razón sin lugar a duda. Además, optar por la inversión de la carga de la prueba en lugar de un esquema de presunciones absolutas, es una solución que ampara el derecho de defensa técnica de los particulares, consecuencia que se considera de importancia suficiente para incrementar hasta cierto punto el nivel de gasto de la SIC. Finalmente, vale recordar lo expuesto en apartes anteriores del presente documento, pues la propia Corte Constitucional en Sentencia C-595 de 2010, estableció de forma tácita pero irrefutable que la responsabilidad objetiva (en nuestro caso la regla per se) no puede ser utilizada como un mecanismo para alivianar las cargas propias de la administración.

En cuarto lugar, se responde al argumento que sostiene que existen otras maneras para llevar a cabo las conductas típicas sin efectos anticompetitivos, tales como las excepciones de bloque, las excepciones del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 o las integraciones. Frente a las excepciones de bloque, es importante tener en cuenta que las mismas solo aplican para sectores básicos de interés para la economía general.¹⁴⁶ Además, al ser una autorización *ex ante* el trámite resulta ser excesivamente burocrático y limitante de la libertad de empresa de los agentes económicos. La solución que se propone no se limita a los sectores básicos de la economía, sino a todas las hipótesis donde se produzcan efectos pro-competitivos. Lo anterior sin mencionar que las excepciones de bloque sí limitan efectivamente la competencia, mientras que lo que se propone a través de las presunciones de hecho tendría efectos ante todo pro-competitivos. En definitiva, se considera que las excepciones de bloque son mecanismos concebidos para finalidades diferentes al derecho de defensa de los particulares, por lo que su existencia no debe oponerse al análisis profundo sobre los efectos de las conductas de los particulares, máxime

¹⁴⁶ **Ley 155 de 1959. Artículo 1°. Parágrafo.** El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.

cuando no se está en el escenario de los sectores básicos de la economía. En sentido similar, las excepciones del artículo 49 están limitadas a las tres hipótesis enunciadas,¹⁴⁷ dejando por fuera un sinnúmero de beneficios competitivos que potencialmente pueden generarse en situaciones que no están previstas en ese pequeño listado y que solo la práctica puede revelar.

Finalmente, frente a la alternativa de las integraciones empresariales, es necesario tener en cuenta que en Colombia no se consideran las mismas como prácticas restrictivas de la competencia y solo se pueden reprochar en los eventos de mayor magnitud y por razones de tendencia al monopolio, con lo que se excluiría la posibilidad de analizar absolutamente, las conductas de entidad significativa, que no acarreen superar los umbrales para la notificación o la autorización de la integración.¹⁴⁸ Es más, si se forzaran las integraciones, podrían llegar a conformarse uniones formales y no reales con el fin de evitar las sanciones, y en este escenario la SIC ni siquiera podría investigar las conductas. Lo anterior sin tener en cuenta que, ante todo, se eliminaría a un competidor (los dos agentes integrados pasarían a ser uno solo para efectos prácticos) con el único fin de llevar a cabo una sola conducta, lo que, por simple interpretación lógica, lleva a eliminar del todo la competencia. Sin lugar a dudas, este efecto resultaría contrario a lo que busca el derecho de la competencia

En quinto lugar, frente al argumento que pretende que el reproche siempre debe proceder y que las circunstancias adicionales como los efectos en beneficio de la economía deben ser tenidas en cuenta únicamente para efectos de tasar la sanción es necesario hacer igualmente algunos comentarios. Se debe partir del hecho de que si la conducta es inocua o beneficiosa para la libre competencia no debe sancionarse al agente que la realice en medida alguna, pues la facultad sancionatoria únicamente se

¹⁴⁷ **Decreto 2153 de 1992. Artículo 49. Excepciones.** (...) no se tendrán como contrarias a la libre competencia las siguientes conductas:

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

¹⁴⁸ **Ley 155 de 1959. Artículo 4°, modificado por el artículo 9° de la Ley 1340 de 2009**

activa si se afecta de forma irrazonable la libre concurrencia de las empresas en el mercado, el bienestar del consumidor o la eficiencia económica, en virtud del ya estudiado principio de legalidad de las actuaciones de las autoridades (artículo 6 constitucional). Lo anterior sin perjuicio de que en el desarrollo de los procedimientos sí se pueda tasar la sanción en función de los efectos pro-competitivos, únicamente en el escenario en que éstos sean superados por los efectos anticompetitivos.

Finalmente, en sexto lugar, frente al argumento que la aplicación de la regla per se genera seguridad jurídica, solo es necesario decir que, contrario a lo afirmado, la seguridad jurídica parte del respeto a los principio y normas constitucionales y de la sumisión profunda de las autoridades oficiales a la ley. Además, el esquema de presunciones de hecho o de “mirada rápida” resulta ser un mecanismo sumamente idóneo para lograr esa finalidad. Debe tenerse en cuenta, que los tipos sancionatorios en principio no se cambiarían en el esquema propuesto, por lo que el conocimiento de las personas frente a lo que en principio está prohibido no se vería perjudicado.

Para concluir, queda plenamente sustentada la solución de la problemática que se propone en el presente capítulo, pues la misma logra armonizar las garantías propias y fundamentales de los individuos, manteniendo la posibilidad de sancionar de forma legítima las contravenciones que eventualmente se generen.

BIBLIOGRAFÍA

Normas:

Ley 155 de 1959. *Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.* Diciembre 24 de 1959. D.O. No. 30.138.

Decreto 2153 de 1992 [Presidencia de la República]. *Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones.* Diciembre 30 de 1992. D.O. No. 40.704.

Ley 1340 de 2009. *Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia.* Julio 24 de 2009. D.O. No. 47.420.

Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Octubre 26 de 2012. D.O.U.E. 26.10.2012.

Reglamento 1218/2010 [Comisión Europea]. *Relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.* Abril 20 de 2010. D.O.U.E. 23.4.2010.

Sherman Antitrust Act, 1890 [Congreso de los Estados Unidos]. *An act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies.* Julio 2 de 1890. 26 Stat. 209

Jurisprudencia y otros pronunciamientos nacionales:

Asociación Nacional de Entidades de Seguridad Privada - ANDEVIP y otros contra Superintendencia de Industria y Comercio, Exp: 2001-00364 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso 28 de enero de 2010).

Concepto No. 0136789 de 1993 (Superintendencia de Industria y Comercio 23 de marzo de 1993).

Resolución No. 00588 de 2002 (Superintendencia de Industria y Comercio 16 de enero de 2002).

Resolución No. 00670 de 2001 (Superintendencia de Industria y Comercio 29 de enero de 2001).

Resolución No. 006839 de 2010 (Superintendencia de Industria y Comercio 9 de febrero de 2010).

Resolución No. 0068972 de 2013 (Superintendencia de Industria y Comercio 25 de noviembre de 2013).

Resolución No. 0091 de 2010 (Superintendencia de Industria y Comercio 8 de enero de 2010).

Resolución No. 01055 de 2009 (Superintendencia de Industria y Comercio 19 de enero de 2009).

Resolución No. 03694 de 2013 (Superintendencia de Industria y Comercio 5 de febrero de 2013).

Resolución No. 053482 de 2012 (Superintendencia de Industria y Comercio 7 de septiembre de 2012).

Resolución No. 07950 de 2002 (Superintendencia de Industria y Comercio 15 de marzo de 2002).

Resolución No. 08027 de 2002 (Superintendencia de Industria y Comercio 18 de marzo de 2002).

Resolución No. 08310 de 2003 (Superintendencia de Industria y Comercio 28 de marzo de 2003).

Resolución No. 08328 de 2003 (Superintendencia de Industria y Comercio 28 de marzo de 2003).

Resolución No. 08732 de 2002 (Superintendencia de Industria y Comercio 20 de marzo de 2002).

Resolución No. 103652 de 2015 (Superintendencia de Industria y Comercio 30 de diciembre de 2015).

Resolución No. 103652 de 2015 (Superintendencia de Industria y Comercio 30 de diciembre de 2015).

Resolución No. 16562 de 2015 (Superintendencia de Industria y Comercio 14 de abril de 2015).

Resolución No. 21821 de 2004 (Superintendencia de Industria y Comercio 1 de septiembre de 2004).

Resolución No. 23302 de 2000 (Superintendencia de Industria y Comercio 2 de noviembre de 2000).

Resolución No. 26726 de 2016 (Superintendencia de Industria y Comercio 10 de mayo de 2016).

Resolución No. 27759 de 1999 (Superintendencia de Industria y Comercio 20 de diciembre de 1999).

Resolución No. 27760 de 1999 (Superintendencia de Industria y Comercio 20 de diciembre de 1999).

Resolución No. 27762 de 1999 (Superintendencia de Industria y Comercio 20 de diciembre de 1999).

Resolución No. 30835 de 2004 (Superintendencia de Industria y Comercio 14 de diciembre de 2004).

Resolución No. 33361 de 2011 (Superintendencia de Industria y Comercio 22 de junio de 2011).

Resolución No. 34397 de 2001 (Superintendencia de Industria y Comercio 25 de octubre de 2001).

Resolución No. 46111 de 2011 (Superintendencia de Industria y Comercio 30 de agosto de 2011).

Resolución No. 52202 de 2009 (Superintendencia de Industria y Comercio 16 de octubre de 2009).

Resolución No. 66934 de 2013 (Superintendencia de Industria y Comercio 19 de noviembre de 2013).

Resolución No. 8231 de 2001 (Superintendencia de Industria y Comercio 21 de marzo de 2001).

Sentencia C-089 de 2011, Exp. D-8206 (Corte Constitucional de Colombia 16 de febrero de 2011).

Sentencia C-1141 de 2000, D-2830 (Corte Constitucional de Colombia 30 de agosto de 2000).

Sentencia C-228 de 2010, Exp. D-7865 (Corte Constitucional de Colombia 24 de marzo de 2010).

Sentencia C-410 de 2015, D-10494 (Corte Constitucional de Colombia 1 de julio de 2015).

Sentencia C-530 de 2003, Exp. D-4386 & D-4396 (Corte Constitucional de Colombia 3 de julio de 2010).

Sentencia C-595 de 2010, Corte Constitucional de Colombia (Exp. D-7977 27 de julio de 2010).

Sentencia C-599 de 1992, Exp. D-062 & D-104 (Corte Constitucional de Colombia 10 de diciembre de 1992).

Sentencia C-616 de 2002, Exp. D-3860 (Corte Constitucional de Colombia 6 de agosto de 2002).

Documentos académicos

Bork, R. (1° de Enero de 1966). The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division, Part II. *Yale Law Journal*, 75(3), 377-475. Obtenido de http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4159&context=fss_papers

Carrier, M. (1° de noviembre de 1999). The Real Rule of Reason: Bridging the Disconnect. *Brigham Young University Law Review*, 1265-1365. Obtenido de <http://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2037&context=lawreview>

Cortázar, J. (2003). *Hacia un nuevo derecho de la competencia en Colombia - Análisis crítico y prospectiva*. Bogotá: Ediciones doctrina y ley Ltda.

Italianer, A. (2013). Competitor agreements under EU competition law. *40th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, Fordham Competition Law Institute*. Nueva York. Obtenido de http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_07_en.pdf

Jaeckel Kovacs, J. (1999). *Apuntes sobre Competencia Desleal*. Obtenido de Centro CEDEC: <https://centrocedec.org/articulos/>

Kimmel, S. (Marzo de 2006). How And Why The Per Se Rule Against Price-Fixing Went Wrong. *United States Department of Justice, Antitrust Division*. Obtenido de <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2007/09/28/221879.pdf>

Kovacic, W. (2012). Lessons of Competition Policy Reform in Transition Economies for U.S. Antitrust Policy. *St. John's Law Review*, 74(2), 361-406. Obtenido de <http://scholarship.law.stjohns.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1431&context=lawreview>

Miranda Londoño, A. (1997). El régimen general de la libre competencia - Características principales. *Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial* (págs. 2-25). Bogotá: CEDEC.

Miranda Londoño, A. (Mayo de 2011). El derecho de la competencia en la Constitución de 1991. *Veinte años de la Constitución Política de Colombia*.

Miranda Londoño, A. (enero-diciembre de 2011). Origen y evolución del derecho de la competencia en Colombia: la Ley 155 de 1959 y su legado. *Derecho Competencia*, 7(7), 65-148.

Miranda Londoño, A. (enero-diciembre de 2012). Actualidad en derecho de la competencia: Logros y tareas pendientes. *Derecho Competencia*, 8(8), 15-23.

Nealis, P. (2000). Per Se Legality: A New Standard in Antitrust Adjudication Under the Rule of Reason. *Ohio State Law Journal*, 61(1), 347-398. Obtenido de https://kb.osu.edu/dspace/bitstream/handle/1811/70401/OSLJ_V61N1_0347.pdf?sequence=1

OCDE. (2009). *Derecho y política de la competencia en Colombia*. París. Obtenido de <https://www.oecd.org/countries/colombia/44111213.pdf>

- Palacio Lleras, A., & Gutiérrez Rodríguez, J. (enero-diciembre de 2015). Una nueva visión sobre los orígenes del Derecho de la Competencia Colombiano. *Derecho Competencia*, 11(11), 137-176.
- Schrepel, T. (2017). A New Structured Rule of Reason Approach for High-Tech Markets. *Suffolk University Law Review*, L, 103-131. Obtenido de http://suffolklawreview.org/wp-content/uploads/2017/04/Schrepel_Article_2.28.pdf
- Serrano Pinilla, F. (enero-diciembre de 2015). ¿Existe en Colombia una excepción de eficiencia para las investigaciones por presuntos acuerdos restrictivos de la competencia? *Derecho Competencia*, 11(11), 221-247.
- Serrano Pinilla, F. (2017). *¿Es viable la aplicación de la regla de la razón y la regla per se en el régimen de competencia colombiano?* En conferencia "¿Regla per se y regla de la razón?: Interpretación de las normas de competencia" (págs. 24-43). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2015). *Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de colaboración entre competidores*. Obtenido de http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/CARTILLA_ACUERDOS%2019-03-2015.pdf
- Tamayo Álvarez, R. (enero-diciembre de 2010). Fundamentos económicos para la aplicación de las normas de libre competencia y el caso Andevip y la existencia de prácticas restrictivas absolutas en Colombia. *Derecho Competencia*, 6(6), 145-172.
- Toledo, L., & Posada, J. (2011). Un nuevo entendimiento de los sistemas de análisis del derecho de la competencia a la luz de una concepción jurisprudencial del derecho administrativo de policía. *Universitas Estudiantes*, 8, 159-193.
- Uribe Piedrahita, C. (2006). ¿Los acuerdos horizontales de precios en Colombia se resuelven por la regla per se?: El caso de las empresas de vigilancia y los retos del Consejo de Estado. *Universitas*, 112, 149-191
- Velandia, M. (2011). *Derecho de la competencia y del consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Vesey, C. (2013). *Per se Rules in U.S. and EU Antitrust/Competition Law*. Obtenido de European Union Competition Law: <http://www.eucomplaw.com/comparing-eu-and-us-competition-law/per-se-rules/>
- Wish, R., & Bailey, D. (2012). *Competition Law*. Londres: Oxford University Press.

Jurisprudencia extranjera

- Albrecht v. Herald Co., No. 43 (Corte Suprema de los Estados Unidos 4 de marzo de 1968). Obtenido de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/390/145/case.html>
- Allianz Hungária Biztosító Zrt., Generali-Providencia Biztosító Zrt., Gépjármű Márkakereskedők Országos Szövetsége, Magyar Peugeot Márkakereskedők Biztosítási Alkusz Kft y Paragon-Alkusz Zrt. v. Gazdasági Versenyhivatal, Asunto C-32/11 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Sala Primera marzo de 14 de 2013). Obtenido de

http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=ES&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=135021&occ=first&dir=&cid=169732

Arizona v. Maricopa County Medical Society, No. 80-419 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 18 de junio de 1982). Obtenido de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/457/332/case.html>

California Dental Association V. Federal Trade Commission, No. 97-1625 (Corte Suprema de los Estados Unidos 24 de mayo de 1999). Obtenido de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/526/756/>

Chicago Board of Trade v. United States, No. 98 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 4 de marzo de 1918). Obtenido de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/246/231/case.html>

Competition Authority v. Beef Industry Development Society Ltd y Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd., Asunto C-209/07 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea 20 de noviembre de 2008). Obtenido de <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=68784&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=561651>

Conclusiones de la Abogada General en el caso Competition Authority v. Beef Industry Development Society Ltd y Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd., Asunto C-209/07 (Abogada General Verica Trstenjak 4 de septiembre de 2008). Obtenido de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62007CC0209&from=EN>

Conclusiones de la Abogada General en el caso T-Mobile Netherlands BV v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Asunto C-8/08 (Abogada General Juliane Kokott 19 de febrero de 2009). Obtenido de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62008CC0008&from=EN>

Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc., No. 76-15 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 28 de febrero de 1977). Obtenido de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/36/case.html>

Dr. Miles Medical Company v. John D. Park & Sons Company, No. 72 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 3 de abril de 1911). Obtenido de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/220/373/case.html>

Expedia Inc. v. Autorité de la concurrence y otros, Asunto C-226/11 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Sala Segunda. 13 de diciembre de 2012). Obtenido de <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=131804&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=560095>

Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS Inc., No. 06-480 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 26 de marzo de 2007). Obtenido de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/551/877/>

National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents, No. 83-271 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 2 de junio de 1984). Obtenido de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/85/case.html>

National Society of Professional Engineers v. United States, No. 76-1767 (Corte Suprema de los Estados Unidos 25 de abril de 1978). Obtenido de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/435/679/case.html>

Northern Pacific Railway Co. v. United States, No. 59 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 10 de marzo de 1958). Obtenido de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/356/1/case.html>

Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, No. 221 U.S. 1 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 15 de mayo de 1911). Obtenido de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/case.html>

State Oil Co. v. Khan Et Al., No.96-871 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 4 de noviembre de 1997). Obtenido de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/522/3/case.html>

T-Mobile Netherlands BV v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Asunto C-8/08 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Sala Tercera. 4 de junio de 2009). Obtenido de <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d6db88b11e3fe04bb1b72f8e2321714184.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyMax10?text=&docid=74817&pageIndex=0&dclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=550739>

Tomra Systems ASA and Others v. European Commission, Asunto T-155/06 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Sala Quinta 9 de septiembre de 2010). Obtenido de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62006TJ0155>

United States v. American Tobacco Company, Nos. 118, 119 (Corte Suprema de los Estados Unidos 29 de mayo de 1911). Obtenido de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/106/case.html>

United States v. Colgate & Co., No. 828 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 2 de junio de 1919). Obtenido de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/300/case.html>

United States v. Socony-Vacuum Oil Co., No. 310 U.S. 150 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 6 de mayo de 1940). Obtenido de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/310/150/case.html>

United States v. Trans-Missouri Freight Association, No. 67 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 22 de marzo de 1897). Obtenido de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/166/290/case.html>

United States v. Trenton Potteries Company, No. 27 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 30 de noviembre de 1927). Obtenido de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/273/392/case.html>

United States, Appellant v. Container Corporation of America, No. 27 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 14 de Enero de 1969). Obtenido de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/393/333/case.html>