

**POSICIÓN DE DOMINIO**

**VIVIANA MARCELA PLAZAS MUÑOZ  
ANA MARÍA PELÁEZ ROJAS**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
BOGOTÁ D.C.  
2009**

**POSICIÓN DE DOMINIO**



**VIVIANA MARCELA PLAZAS MUÑOZ  
ANA MARÍA PELÁEZ ROJAS**

**Tesis de Grado para optar al título de  
Abogado**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS  
BOGOTA, D.C.  
2009**

**POSICIÓN DE DOMINIO**



**Tesis de Grado para optar al título de  
Abogado**

**XIMENA CASTRILLÓN  
Directora Proyecto de Tesis**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS  
BOGOTÁ, D.C.  
2009**

## **NOTA DE ADVERTENCIA:**

### **Artículo 23 de la Resolución No. 13 de julio de 1946**

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

## **RESUMEN DEL CONTENIDO EN ESPAÑOL:**

En las últimas décadas el derecho de la competencia y el derecho de los mercados han ido tomando cada vez más importancia para los diferentes países, no solo por la necesidad que estos han tenido de regular sus mercados internos sino también para regular sus relaciones comerciales internacionales.

Es por esto que el presente trabajo busca hacer un análisis de la normativa que actualmente existe en Colombia en la materia, particularmente de (i) la Ley 155 de 1959 y (ii) el Decreto 2153 de 1992, para lo cual haremos énfasis en el tema de la posición de dominio y aquellos eventos en los que se constituye un abuso de la misma. Así mismo, presentaremos un análisis comparativo de esta figura y el manejo que se le ha dado en otros países.

Conscientes de la amplitud del tema que vamos a abordar, con el presente trabajo pretendemos -de una manera global- lograr un acercamiento a las diferentes normas que lo regulan con el fin de brindarle al lector un punto de referencia respecto del mismo.

## **RESUMEN DEL CONTENIDO EN INGLÉS:**

In the last decades the competition law has taken an important place in the different countries of the world, not only for the need of Governments to regulate the matters regarding the markets but the need to regulate the international commerce.

Is for that reason that the present thesis, seek to make an analysis of the different Colombian statutes and regulations of completion law, specially the 155 Law of 1959 and the Decree 2153 of 1992. For that purpose we will emphasize on the subject of dominant position and those events in which it creates an abuse of the figure.

Due to the broadness of the subject we are about to study, the purpose of this paper it is to approach in a global way the different regulations regarding the matter, in order to provide the reader a point of reference for its future studies.

## CONTENIDO

### INTRODUCCIÓN

1. CONCEPTO	8
2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y NORMATIVOS	17
3. PERSPECTIVA ECONÓMICA	19
4. NORMATIVIDAD	27
5. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO	33
6. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO Y LAS INTEGRACIONES ECONÓMICAS	45
7. POSICIÓN DE DOMINIO COLECTIVA	55
8. POSICIÓN DOMINANTE EN LOS MERCADOS REGULADOS	61
9. EXPERIENCIAS EN OTROS PAISES	82
10. CONSIDERACIONES FINALES	103
11. BIBLIOGRAFÍA	106



## INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas el derecho de la competencia y el derecho de los mercados han ido tomando cada vez más importancia para los diferentes países, no solo por la necesidad que estos han tenido de regular sus mercados internos sino también para regular sus relaciones comerciales internacionales.

En Colombia, por ejemplo, existen múltiples normas que procuran abarcar el tema del derecho de la competencia, las cuales permiten que los diferentes agentes compitan en un mercado globalizado, que hoy en día se mueve a velocidades extraordinarias.

Es por esto que el presente trabajo busca hacer un análisis de la normativa que actualmente existe en Colombia en la materia, particularmente de (i) la Ley 155 de 1959 y (ii) el Decreto 2153 de 1992, para lo cual haremos énfasis en el tema de la posición de dominio y aquellos eventos en los que se constituye un abuso de la misma. Así mismo, presentaremos un análisis comparativo de esta figura y el manejo que se le ha dado en otros países.

Conscientes de la amplitud del tema que vamos a abordar, con el presente trabajo pretendemos -de una manera global- lograr un acercamiento a las diferentes normas que lo regulan con el fin de brindarle al lector un punto de referencia respecto del mismo.

No se puede desconocer la importancia y expansión que ha tenido el tema del abuso de la posición de dominio en Colombia y en el mundo. Lo anterior ha llevado a una gran proliferación de normas, que hace útil y prioritario aportar al derecho de la competencia en Colombia una herramienta que permita tener un punto de referencia global a partir del cual se puede abordar el estudio especializado que requiere cada una de ellas.

En ese orden de ideas, el trabajo busca ser una fuente de unidad de las normas existentes sobre posición de dominio en nuestro país, sin perjuicio de la especialidad que requiere cada una de las normas, dada la multiplicidad de criterios y áreas donde se desarrollan constantemente. De esta forma, se provee a los lectores con un punto de partida para conocer de forma general, las normas que regulan la posición de dominio en Colombia desde el punto de vista del derecho de la competencia.

En aras de una mayor claridad, inicialmente haremos mención a los antecedentes históricos y normativos de las disposiciones mencionadas, para luego hacer una breve referencia a los conceptos económicos que deben estudiarse para comprender la posición de dominio como fenómeno económico con



consecuencias jurídicas. Por considerarlo de gran trascendencia, también haremos un breve análisis sobre la posición de dominio y el manejo que hasta el momento se le ha dado en los mercados regulados.

De esta forma finalizaremos nuestro análisis con una mención al tema de la posición de dominio en el derecho comparado, para terminar con las consideraciones finales sobre el tema.

## 1. CONCEPTO

Antes de entrar en materia, es importante tener claro el concepto y definición de la posición de dominio. Es por esto que a continuación expondremos las diferentes definiciones dadas por la ley, la jurisprudencia y la doctrina, las cuales nos permitirán tener el punto de partida para analizar las implicaciones de este fenómeno.

La Constitución Política de Colombia en el inciso 4 del artículo 333 consagra lo siguiente: “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.”

Es así como el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 desarrolla este mandato constitucional y define la posición de dominio como: “La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”.

Por su parte, la Ley 155 de 1959 en el Art. 2, consagra que “las empresas que produzcan, abastezcan, distribuyan o consuman determinado artículo o servicio, y que tengan capacidad para determinar precios en el mercado, por la cantidad que controlen del respectivo artículo o servicio, estarán sometidas a la vigilancia del Estado para los efectos de la presente Ley”.

Como se puede apreciar de los textos transcritos, tanto la Ley 155 de 1959 como el Decreto 2153 de 1992, buscan proteger la libre competencia y el libre mercado, mandatos constitucionales que rigen el derecho a la competencia. Nótese que la palabra clave o verbo a resaltar dentro de las dos definiciones es la capacidad o posibilidad de *determinar* las condiciones o precios del mercado. Por un lado, el Decreto 2153 hace referencia a la determinación de las “condiciones del mercado” mientras que la ley 155 se refiere específicamente a la determinación de los precios en el mercado. De otro lado, el sujeto para la Ley 155 es la “empresa” mientras que el sujeto en el Decreto 2153 es el “agente económico.”

En esa medida, el Decreto 2153 de 1992 menciona una definición que puede ser aplicada de una forma más amplia ante cualquier “agente económico” y frente a la determinación de las condiciones del mercado. Por el contrario, en la definición de la Ley 155 de 1959 se hace énfasis en que son las empresas las que pueden ejercer la posición de dominio de un artículo o servicio, y específicamente mediante la determinación de los *precios* del mercado.

De otro lado, el Decreto precisa que la posición de dominio se puede dar bien cuando la conducta del agente determina las condiciones del mercado directamente, así como cuando este efecto es una consecuencia indirecta de la conducta del agente económico en el mercado. En esa medida, las dos

definiciones se complementan, y nada obsta para que la vigilancia y control del abuso de la posición de dominio se de bajo el amparo de la Ley 155 de 1959, concretada por medio del Decreto 2153.

De lo anterior se deduce que para que se pueda ostentar una posición de dominio, debe ser realizada la conducta por una empresa o un grupo empresarial que conforme una unidad económica, o cualquier agente económico que tenga la capacidad tanto económica como productiva para determinar las condiciones del mercado, incluyendo los precios dentro del mismo.

Adicionalmente, es oportuno resaltar que la definición contenida en la Ley 155 de 1959, establece que las empresas que posean una posición de dominio serán vigiladas por el Estado. En este caso, aún cuando no se está definiendo expresamente el concepto de posición de dominio se está resaltando la importancia del Estado en el control de aquellos agentes que tengan la capacidad de determinar los precios en un mercado.

En consonancia con lo anterior, la jurisprudencia -especialmente la Corte Constitucional- se ha pronunciado sobre la posición de dominio y sus efectos en el mercado, brindando una definición del concepto desde el punto de vista de las disposiciones que contiene nuestra Constitución Política sobre la materia.

De esta manera la sentencia C-616/01 señala que “una empresa u organización empresarial tiene una posición dominante cuando dispone de un poder o fuerza económica que le permite individualmente determinar eficazmente las condiciones del mercado, en relación con los precios, las cantidades, las prestaciones complementarias, etc., sin consideración a la acción de otros empresarios o consumidores del mismo bien o servicio. Este poder económico reviste la virtualidad de influenciar notablemente el comportamiento y las decisiones de otras empresas, y eventualmente, de resolver su participación o exclusión en un determinado mercado.”<sup>1</sup>

Así mismo, en sentencia T-375 de 1997 se establece que la posición de dominio consiste en “un poder de mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos de un grado relativamente amplio y apreciable.

El poder de mercado implica menos participación colectiva en la fijación de precios y cantidades y, correlativamente, mayor unilateralidad y relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes que, de llegar a ser avasallantes, sustituyen mecanismos de mercado”.

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional citados contribuyen a brindar una

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional Sentencia C-616 de 2001 Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

visión integral del concepto de posición de dominio desde el punto de vista Constitucional, y en esa medida contribuye a integrar el mandato consagrado en la Constitución sobre la libre competencia económica, con los postulados consagrados en las normas de inferior jerarquía como la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992.

Ahora bien, en este punto resulta pertinente referirnos al concepto de posición de dominio según la Superintendencia de Industria y Comercio, autoridad de competencia en Colombia, y encargada de ejecutar en la práctica gran parte de la política en relación con la libre competencia en nuestro país. Dicha entidad considera que la posición de dominio se configura cuando **“un agente económico se encuentra en posición dominante, cuando pueda modificar unilateralmente y de manera sustancial, las condiciones en que se presta el servicio o se vende el producto respectivo, sin consideración a los competidores o a los clientes, y lo puede hacer de manera perdurable.”**<sup>2</sup> (Negrilla fuera de texto)

En este mismo sentido, en concepto jurídico emitido en Agosto de 2001, la Superintendencia afirma que “existe posición de dominio cuando un agente económico ostenta el control efectivo o potencial de su mercado relevante y esta posición le brinda la posibilidad de obstaculizar la competencia efectiva o le permite actuar en el mercado con independencia del comportamiento de sus competidores, sus clientes y los consumidores, sin que lo anterior implique necesariamente que exista un único productor o vendedor”<sup>3</sup>

Como se evidencia, la Superintendencia de Industria y Comercio es mucho más descriptiva en la definición de posición de dominio, al establecer que el agente debe tener un control efectivo dentro del mercado y actuar de forma independiente frente al comportamiento de otros agentes del mercado. Adicionalmente, la Superintendencia precisa que para que exista posición dominante, la capacidad de controlar las condiciones del mercado se debe tener de manera perdurable, y aclara que no es necesario que el agente dominante sea el único agente en el mercado. Sin duda el desarrollo que la Superintendencia ha hecho por medio de sus pronunciamientos contribuye a la discusión académica, y a la aplicación de las normas legales existentes en relación con la posición de dominio desde un punto de vista práctico.

Así mismo, después de mencionar las definiciones de posición de dominio adoptadas en Colombia, conviene hacer un breve acercamiento a dicho concepto a la luz del derecho comparado, no sin antes advertir que las mismas serán abordadas con mayor profundidad más adelante en el presente escrito.

En primer lugar, en relación con la Comunidad Europea, es importante anotar que

---

<sup>2</sup> Superintendencia de Industria y Comercio Resolución 19174 del 14 de Septiembre de 1999.

<sup>3</sup> Superintendencia de industria y comercio Concepto 01064306 del 28 de agosto de 2001.

el artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea establece que existe una posición de dominio cuando la empresa o agente posee una cuota significativa en el mercado, existencia de una red de distribución o acceso a materias primas.

La posición de dominio dentro de la Comunidad Europea ha sido definida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea como la situación de “poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a ésta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores.”<sup>4</sup>

Los criterios para la aplicación del artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea citado anteriormente, son los siguientes:

“1. La empresa ocupa una posición dominante, teniendo en cuenta su cuota de mercado y otros factores, como la presencia de competidores creíbles, la existencia de una red de distribución propia o el acceso privilegiado a las materias primas, es decir, factores que permiten a una empresa sustraerse del funcionamiento normal de la competencia.

2. La empresa domina el mercado europeo o una “parte sustancial” del mismo.

3. La empresa abusa de su posición, por ejemplo, aplicando a sus clientes precios demasiado altos o demasiado bajos, en este último caso para excluir del mercado a sus competidores o impedir la entrada de nuevos operadores, o concediendo ventajas discriminatorias a determinados clientes.

4. La Comisión Europea o una autoridad nacional de competencia puede prohibir estos abusos e imponer multas a las empresas que los cometan.”<sup>5</sup>

Uno de los conceptos más relevantes y de mayor acogida es el de la Corte de las Comunidades Europeas la cual, a partir del caso Hoffmann – la Roche, definió la posición de dominio como el comportamiento de una empresa colocada en una posición de dominio de tal naturaleza que influye la estructura de un mercado donde, como consecuencia de la sola presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia resulta debilitado y la empresa, a través de métodos diferentes de aquellos que condicionan la competencia normal de productos o servicios (...) tiene el efecto de restringir el mantenimiento del grado de competencia que aún existe en el mercado o el crecimiento de dicha

---

<sup>4</sup> Diario Oficial de la Unión Europea. Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes. Publicada el 24 de Febrero de 2009. Dicho documento cita el asunto 27/76, United Brands Company y United Brands Continental/Comisión, Rec. 1978, p. 207, apartado 65; y el asunto 85/76, Hoffmann-La Roche & Co./Comisión, Rec. 1979, p. 461, apartado 38.

<sup>5</sup> [http://ec.europa.eu/competition/consumers/legislation\\_dominance\\_es.html](http://ec.europa.eu/competition/consumers/legislation_dominance_es.html)

competencia<sup>6</sup>.

Conforme a lo anterior, y con base en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europea, la constatación de existencia de una posición dominante no conlleva sanción en sí misma, sino que implica un deber en cabeza del agente económico que la ostente de abstenerse de perjudicar la competencia efectiva en el mercado europeo.<sup>7</sup>

Por su parte, la base de la regulación de la posición dominante en derecho norteamericano es la § 2 de la Ley Sherman que establece:<sup>8</sup>

“Sección 2. Toda persona que monopolice o trate de monopolizar o se asocie o conjure con cualquier otra persona o personas para monopolizar cualquier intercambio o cualquier parte del comercio dentro de los distintos estados o con naciones extranjeras, será considerada culpable de un delito...”

Dicha sección contempla tres tipos de ofensas a la competencia que son: i) La monopolización. ii) Intento de Monopolización iii) Conspiración para monopolizar.

Influenciada por la corriente económica predominante en Estados Unidos para la época en la que dicha ley fue promulgada<sup>9</sup>, la jurisprudencia norteamericana inicialmente interpretó la ley Sherman con una marcada convicción en el poder de las fuerzas del mercado. En efecto, en los casos Standard Oil, y American Can la Corte Suprema de justicia Norteamericana consideró que la forma más eficiente de prevenir el monopolio era precisamente el correcto ejercicio por parte de los agentes de su libertad de contratación, pues de esa forma las fuerzas del mercado actuarían sobre el mismo. Sin embargo, posteriormente, se reconoció que en algunos casos las fuerzas del mercado no son suficientes para prevenir la creación de ciertos monopolios.<sup>10</sup>

En algunos casos incluso se dio aplicación estricta a la prohibición de los monopolios, y se llegó a evidenciar una tendencia socio- política marcada hacia la promoción de las empresas pequeñas, tendientes a evitar la constitución de monopolios en el mercado. Es así como en el caso Alcoa, el juez norteamericano

---

<sup>6</sup> SIERRA ALMONACID, Juan Jorge y GARCIA, Nelson Gerardo. Derecho de la Competencia. Editorial Legis, 1998. p.103.

<sup>7</sup> GIRÓN LARRUCEA, José Antonio. La Unión Europea, La Comunidad Europea y el Derecho Comunitario. Ed. Universidad de Sevilla. Secretariado de Publicaciones. 2002. Pág. 443.

<sup>8</sup> Ley Sherman “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony . . . .”

<sup>9</sup> La Ley Sherman fue promulgada en 1890.

<sup>10</sup> MICHAL, Gal. Monopoly Pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: two systems of belief about monopoly. Antitrust Bulletin, 0003603X, Spring/Summer2004, Vol. 49, Fascículo ½ Base de datos: Academic Search Complete Página 347 y 348.

afirmó:

“Hemos tratado el tema de la prohibición de los monopolios desde una perspectiva económica; pero... hay otras razones basadas en la creencia de que grandes industrias son inherentemente indeseables, independientemente de sus resultados económicos”<sup>11</sup>

Con todo, en virtud de la evolución de la aplicación de la sección 2 de la Ley Sherman en Norteamérica, los monopolios no se consideran ilegales per se, y “la jurisprudencia del derecho norteamericano ha entendido, que el solo hecho de detentar una posición de dominio no constituye una violación a la Ley Sherman<sup>12</sup>, la cual, en su sección segunda, está orientada a controlar el abuso de la posición dominante”<sup>13</sup>

Si bien esto se desarrollará más adelante, para efectos del presente capítulo es oportuno mencionar que un concepto similar a la posición de dominio en el derecho norteamericano puede ser el poder de monopolio o monopoly power. Dicho poder de monopolio consiste en la capacidad de subir los precios de una manera rentable por encima de aquellos que se cobrarían en un mercado competitivo de una manera perdurable. Este concepto es uno de los elementos que se tiene en cuenta para determinar la existencia de “monopolización” en virtud de la sección 2 del Sherman Act.<sup>14</sup>

Ahora bien, una vez expuestas las anteriores definiciones de posición de dominio tanto a nivel nacional como internacional, consideramos que algunos de los puntos más importantes mencionados en relación con la posición de dominio son:

- i) Un agente económico ostenta el control efectivo o potencial de su mercado relevante
- ii) Esta posición le brinda la posibilidad de obstaculizar la competencia efectiva o le

---

<sup>11</sup> ADKINSON, William F. GRIMM Jr., Karen L., and BRYAN Christopher N.. ENFORCEMENT OF SECTION 2 OF THE SHERMAN ACT: THEORY AND PRACTICE November 3 de 2008. Página 17. Consultado en <http://www.ftc.gov/os/sectiontwohearings/docs/section2overview.pdf> el 15 de Agosto de 2009

<sup>12</sup> SIERRA ALMONACID, Juan Jorge y GARCIA, Nelson Gerardo. Derecho de la Competencia. Editorial Legis, 1998. p. 103. “Sherman Act (Ley Sherman) optó por el enfoque opuesto, no considerando al monopolio y a las restricciones al comercio como inevitables en sí, salvo en lo que atañe a la realización de obras públicas. (...) De este modo la orientación de la ley Sherman es en sus orígenes impulsada claramente por un enfoque antimonopolista. (...) En este punto es importante recordar que la filosofía inspiradora de la ley Sherman está vinculada, por un lado, con ciertas finalidades meramente económicas, como son: asegurar la eficiencia del sistema productivo, en especial en lo que se refiere a la asignación de recursos entre los distintos sectores económicos, incentivar la producción, la investigación y las innovaciones, y permitir la distribución de la riqueza entre los distintos sectores de la población.”

<sup>13</sup> *Ibid.*, Op. cit., p. 62.

<sup>14</sup> Op. cit., p. 17.

permite actuar en el mercado con independencia del comportamiento de sus competidores, sus clientes y los consumidores

iii) La posición de dominio no implica necesariamente que exista un único productor o vendedor en el mercado<sup>15</sup>.

#### Determinación de la existencia de la posición de dominio.

De acuerdo con la Superintendencia de Industria y Comercio, para que la agencia de competencia determine que una empresa o grupo empresarial ostenta posición de dominio debe seguir los siguientes pasos:

1. Determinación del mercado relevante
2. Valoración de la posición de la empresa
3. Establecer que rivales actuales o potenciales debiliten la posición de dominio.<sup>16</sup>

En relación con el primer paso, es oportuno señalar que la determinación del mercado relevante tiene gran importancia dentro del análisis que realizan las agencias de competencia. Lo anterior, teniendo en cuenta que a partir de éste se determina si un agente puede o no inducir el mercado o llegar a determinar las condiciones de precio de un mercado.

Según el Centro de Investigación para el Desarrollo de México, el mercado relevante se puede definir como “el espacio comercial en el que un agente económico que comercializa un bien o servicio en específico tiene la capacidad para imponer un precio superior al del mercado. Es decir, el lugar en donde un agente tiene poder de mercado.”<sup>17</sup>

Así mismo, sobre la importancia de la determinación del mercado relevante, Gustavo Saldarriaga afirma lo siguiente: “Para la evaluación de operaciones de concentración económica las autoridades encargadas de la promoción de competencia disponen de un conjunto de instrumentos elaborados en el marco de la economía y más específicamente de la literatura sobre la organización industrial. Como punto de partida para evaluar si una operación de integración económica tiene efectos restrictivos sobre la competencia o conduce a una posición dominante se debe establecer el mercado relevante en el que operan las empresas que se concentran.”<sup>18</sup>

En concordancia con la Doctrina, el mercado relevante se determina por medio de

---

<sup>15</sup> Superintendencia de Industria y Comercio concepto 01001016 de feb/01

<sup>16</sup> Superintendencia de Industria y Comercio auto de archivo 31 del 26 de agosto de 1996.

<sup>17</sup> En [http://www.cidac.org/redcompetencia/index.php?\\_module=Conceptos&concepto\\_id=27](http://www.cidac.org/redcompetencia/index.php?_module=Conceptos&concepto_id=27)

<sup>18</sup> SALDARRIAGA LOPERA Gustavo. Instrumentos de análisis económico para el estudio de la competencia. Navegante Editores. Bogotá. 1998



tres criterios:

- (i) la naturaleza del producto o servicio, analizando si el producto es sustituible o no;
- (ii) la extensión de la zona geográfica, estableciendo si la empresa domina una parte sustancial del mercado;
- (iii) la diversidad de la clientela que accede al producto o servicio ofrecido<sup>19</sup>.

En relación con la determinación del mercado relevante, la Superintendencia de Industria y Comercio ha considerado:

“...la herramienta útil para tal propósito es el análisis del mercado relevante bajo la perspectiva de la ley de competencia, pues bajo este ordenamiento se determina los productos que son considerados por el consumidor como sustituibles o intercambiables entre si en virtud de su precio, características y uso. Para ello, como lo hemos indicado en artículos anteriores, es necesario plantearse la siguiente pregunta ¿Si existe un pequeño pero significativo incremento en el precio de un producto o servicio, a que otros bienes o servicios se cambiarían los consumidores? Si la respuesta a este interrogante es que existen otros bienes o servicios a los cuales los consumidores dirigirían su decisión de compra, hay que incluir estos dentro del mismo mercado relevante, pues para los consumidores los mismos son intercambiables entre si.”<sup>20</sup> (Subraya fuera del texto original)

Como se puede apreciar, en la determinación del mercado relevante juega un papel importante la sustituibilidad de los productos o servicios objeto de estudio en la medida en que los productos analizados tengan para el consumidor características, precios y usos similares.<sup>21</sup> Así mismo, para la determinación del

---

<sup>19</sup> VELILLA MORENO, Marco Antonio. Una aproximación al concepto de abuso de la posición dominante, en Derecho de la Competencia, Biblioteca Milenio, Colección Derecho Económico y de los Negocios, El Navegante Editores, Bogotá, 1998, pp. 187 a 190

<sup>20</sup> Superintendencia de Industria y Comercio

[http://www.sic.gov.co/Articulos\\_Pagina\\_Principal/Noticias/2006/Competencia/La\\_Regulacion.php](http://www.sic.gov.co/Articulos_Pagina_Principal/Noticias/2006/Competencia/La_Regulacion.php)  
Consultada el 15 de Agosto de 2009.

<sup>21</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 16453 de 2004, mediante la cual se objeta la operación proyectada entre PesiCo Inc. y Postobón S.A. Hoja No. 4. De acuerdo con esa Superintendencia, el mercado producto "comprende todos aquellos bienes y/o servicios en los cuales las intervinientes en la operación se encuentran compitiendo, e incluye aquellos productos considerados como sustitutos, hacia los cuales se desplazaría el consumidor en caso de presentarse un aumento en el precio, una disminución en la calidad del producto o cualquier otro factor de competencia que altere las condiciones de mercado" En ese sentido, la resolución citada precisa que para la determinación del mercado producto debe tenerse en cuenta el nivel de sustituibilidad del producto desde la perspectiva del consumidor, que se estudia a partir de, entre otros aspectos, las características generales y los usos del producto .

En el caso mencionado, la Superintendencia realizó un análisis sobre las características de las bebidas isotónicas y efectuó una comparación entre estas y las bebidas carbonatadas, las aguas embotelladas, los refrescos de frutas y jugos de frutas y las bebidas energéticas, para concluir que los demás grupos de bebidas no pueden considerarse sustitutos de las bebidas isotónicas por

mercado resulta importante la extensión geográfica donde se ofrece el producto o servicio, y los consumidores que acceden al producto o servicio.

Conforme a lo anterior, una vez la capacidad productiva y económica le permiten a un agente económico determinar las condiciones del mercado relevante -que se analiza teniendo en cuenta los requisitos y criterios mencionados anteriormente- frente a otros competidores y frente a los consumidores, se entiende que el agente ostenta una posición de dominio, de acuerdo con las definiciones del Decreto 2153 de 1992, la ley 155 de 1959 y los conceptos de la Superintendencia de Industria y Comercio mencionados a lo largo del presente escrito.

En términos de posición de dominio y su abuso, la determinación del mercado relevante es fundamental, pues a partir de su delimitación, se realiza el análisis correspondiente a una presunta conducta abusiva. En este punto no se debe perder de vista que para un agente económico presuntamente abusivo de su posición de dominio, será más conveniente la determinación amplia de un mercado relevante para demostrar la existencia de muchos competidores, y así, desvirtuar su condición de dominante.

Por otro lado, la determinación del mercado relevante no solo presenta relevancia al analizar el abuso de la posición de dominio, sino también cobra fuerza en el marco de una integración, donde resulta un aspecto fundamental a la hora de analizar los posibles efectos anticompetitivos que dicha operación de concentración empresarial vaya a tener en el mercado. En efecto, en la medida en que el mercado relevante sea reducido, la participación de las empresas en dicho mercado se verá incrementado, y por ende cualquier operación de integración entre ellas podrá generar un mayor poder en dicho mercado. Por otro lado, si el mercado relevante objeto de análisis es amplio, esto da lugar a que existan más competidores, bienes sustitutos, consumidores y territorio en el que se evalúen los efectos. Esta última situación descrita dentro de un mercado donde exista multiplicidad de empresas, permitiría encontrar un menor poder de mercado de los agentes que actúan dentro del mismo dada su extensión.

---

cuanto éstas "están dotadas de unos componentes específicos, que las hacen claramente diferenciables frente a las demás bebidas analizadas".

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 00923 de 2006, por la cual se objeta la operación de integración proyectada entre DUPONT DE COLOMBIA S.A. y PLASTILENE S.A. hacen parte del mercado de producto "todos aquellos bienes y/o servicios considerados intercambiables o sustituibles por el consumidor, "en función de sus características, precios y su supuesto uso."

## 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y NORMATIVOS

Después de haber abordado el concepto de posición de dominio, es importante hacer referencia a sus antecedentes históricos y normativos. Esta aproximación histórica permitirá hacer un acercamiento al fenómeno de la posición de dominio desde una perspectiva económica, que va de la mano con la normatividad existente sobre el tema.

Ahora bien, la perspectiva histórica se remonta al artículo 32 de la Constitución de 1886<sup>22</sup>, el cual dio el fundamento para poner en cabeza del Estado la regulación, dirección e integración de la economía. Aunque no existía una referencia expresa al tema, sí se reconocía la importancia del Estado en la economía del país. Por lo anterior, este artículo se puede entender como el primer antecedente para la expedición de normas sobre competencia y abuso de posición de dominio<sup>23</sup>.

Fue con base en dicho artículo que se expidió la Ley 155 de 1959, y con ella se inició una evolución legislativa que buscaba fortalecer la competencia frente a los acuerdos, concertos, entre otros, de los actores del mercado tendientes a eliminarla o limitarla, así como de las conductas unilaterales de algunos que por su fuerza económica tienen la capacidad de determinar unilateralmente las condiciones de mercado de bienes o servicios<sup>24</sup>.

En virtud de la Ley 155 de 1959, el legislador colombiano le impuso expresamente el deber al Estado de controlar y vigilar las empresas que gozan de una posición dominante en el mercado.

De esta forma, la regulación que se dió tendiente a proteger la competencia y el libre mercado, se orientó a restringir tres tipos de conductas: (i) los acuerdos entre actores del mercado para limitar la competencia, (ii) el abuso de posición dominante, y (iii) la competencia desleal entre empresas<sup>25</sup>.

Sin embargo la Ley 155 de 1959 no fue aplicada de manera permanente y

---

<sup>22</sup> Constitución Política de Colombia de 1886 “Se garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral. Intervendrá también el Estado, por mandato de la ley, para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales, dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad, y de las clases proletarias en particular”.

<sup>23</sup> MIRANDA, Op. cit., p. 25.

<sup>24</sup> SIERRA, Op. cit., p.172.

<sup>25</sup> Corte Constitucional Sentencia C-616 de 2001, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

consistente. Según Alfonso Miranda, los estudiosos del tema acuerdan que la falta de voluntad política de los gobiernos y autoridades, la ausencia de una política de promoción de la competencia y la carencia de instrumentos técnicos para implementar la norma, no permitieron su desarrollo y aplicación efectiva<sup>26</sup>.

Durante los años siguientes a la expedición de la Ley 155 de 1959 se presentaron varios proyectos para introducir reformas. Sin embargo solo fue hasta 1990, que el tema de competencia tuvo su gran auge por la apertura económica y se generó la necesidad de implementar una normatividad que se adaptara a los cambios. Fue entonces -en 1991- cuando se elevó a rango constitucional el deber del Estado de impedir las prácticas restrictivas de la competencia como una garantía constitucional de la libertad de empresa e iniciativa privada<sup>27</sup>.

Se puede ver plasmada esta idea en el informe de Ponencia de la Asamblea Constituyente<sup>28</sup>:

“El concepto de posición dominante, equivalente aquí al de dominio del mercado, aparece claramente consagrado tanto en el tratado constitutivo de la Comunidad Económica del Carbón y Acero (art. 66) como en el Tratado de Roma (art. 86). Con su consagración se ha querido evitar que un ente económico, válido de su poder, pueda sustraerse a una **competencia efectiva** en una parte importante del mercado, afectando no sólo la libertad económica sino también los intereses de los consumidores.” (Negrilla fuera del texto)

Durante los debates que se dieron en la Asamblea Nacional Constituyente, donde se plantearon las diferentes alternativas para regular los temas de competencia y prácticas restrictivas, se llegó a la posición o tesis de que el poder de mercado por sí solo no es perjudicial, sino su abuso dentro del mercado<sup>29</sup>. Es así como con el artículo 333 de la Constitución Política se busca, entre otras cosas, que el Estado pueda controlar y limitar las situaciones que generan un abuso de la posición de dominio que tiendan a limitar o restringir la libre competencia y el mercado en el país<sup>30</sup>.

Entonces, hoy en día existe una norma constitucional que ha permitido desarrollar en el país una normativa más avanzada en materia de derecho de la competencia y que, a su vez, es una garantía para todos los agentes que participan en el mercado. Tomando esto como punto de partida, conviene analizar a continuación el fenómeno de la posición de dominio desde una perspectiva económica, antes de entrar a estudiar las normas que actualmente rigen la materia.

---

<sup>26</sup> MIRANDA, Op. cit., p. 25

<sup>27</sup> MIRANDA, Op. cit., p. 25.

<sup>28</sup> Corte Constitucional Sentencia C-616 de 2001, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

<sup>29</sup> MIRANDA, Op. cit., p. 29.

<sup>30</sup> Corte Constitucional Sentencia C-616 de 2001 Magistrado Ponente Rodrigo Gil Escobar.

### 3. PERSPECTIVA ECONÓMICA

En una economía de mercado las decisiones que se toman son realizadas por cada individuo, buscando su propio interés. Cuando hay un mercado competitivo el productor no podrá imponer el precio que desee sino que deberá regirse por las reglas del mercado.

Sin embargo, esta situación según la teoría económica de los mercados, sólo se da en los mercados de competencia perfecta donde el precio es fijado por la ley de la oferta y la demanda.

Las principales características de los mercados de competencia perfecta son<sup>31</sup>:

- I) Existen numerosos vendedores y compradores
- II) Existen productos homogéneos
- III) No existe un poder de influir en el precio por parte de alguno de los agentes del mercado
- IV) Todos los individuos tienen información completa del mercado.
- V) Vendedores y compradores tienen libertad de entrada y salida al mercado.
- VI) Los vendedores no dedican mucho tiempo a realizar estudios de mercado.<sup>32</sup>

Teniendo en cuenta de la dificultad para que las características antes anotadas se den en un mercado real, aparecen los mercados imperfectos, dentro de los cuales merecen una mención especial los siguientes conceptos:

#### a) Monopolios

El concepto de monopolio ha sido objeto de estudio desde la época de Aristóteles. Este pensador griego lo definió como la posición injusta de mercado de un solo vendedor. Aristóteles consideraba justa la transacción que se llevaba a cabo bajo los precios correspondientes a mercados competitivos en condiciones de libertad.

Por su parte Adam Smith en su obra *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones* tilda a los monopolios como enemigos de la sana dirección empresarial. En opinión del citado autor, los monopolios tienen efectos dañinos sobre la eficiencia en general y sobre el comercio de las colonias pues obliga a compartir sus ventajas comparativas con otros países. Smith considera a los monopolios como perturbadores de la distribución natural de las posesiones de la sociedad, así como los considera la maquinaria principal del sistema

---

<sup>31</sup> VARIAN. Hal R. *Microeconomía Intermedia*. Antoni Bosch Editor. 5ta Edición. Pág 474.

<sup>32</sup> GAVIRIA CADAVID, Fernando. "Los Monopolios" CEDEC V Página 353

mercantilista.<sup>33</sup>

Posteriormente con el desarrollo industrial a nivel mundial, se generaron posiciones de dominio y expansión de las industrias en el mercado que generaron respuestas de la sociedad como la regulación antimonopolio de Estados Unidos, con el fin de controlar los efectos anticompetitivos que esta figura podría tener para el mercado.<sup>34</sup>

El monopolio se define económicamente como una “situación del Mercado en el que existe un único oferente que posee posición de dominio en el Mercado lo cual le permite imponer los precios en éste y a los consumidores”<sup>35</sup>

En una situación de monopolio, solamente existe un productor que tiene un gran poder para determinar el precio en el mercado. Sucede entonces que se da una concentración del 100% en un solo agente del mercado con una información asimétrica, que genera fuertes barreras económicas tanto para la entrada de nuevos productores, como para la salida de estos. También ocurre en un mercado de monopolio que la demanda se vuelve inelástica, no existen bienes sustitutos.

El monopolio surge como una falla de mercado, donde no existe una libre entrada de competidores y las barreras se incrementan al tener ese productor una posición mejor frente a los otros competidores del mercado. En esa medida, se generan barreras para aquellos que desean entrar al mercado del monopolista y éstas se pueden dar en unos casos por el Estado. Por ejemplo, una patente, licencia o concesión que da el Estado a un productor que da el uso exclusivo de un producto al creador por un tiempo determinado, tiene la capacidad de limitar la entrada de otros productores al mercado del producto en cuestión. Así mismo el mercado puede generar barreras con economías de escala<sup>36</sup>.

Una de las características más importante de un monopolio es que el precio no estará determinado por la cantidad del bien que los productores están en capacidad y desean ofrecer y la cantidad del bien que los consumidores están dispuestos a ofrecer, como si ocurre en un mercado perfecto<sup>37</sup>.

Ocurre que el monopolista obtiene un excedente del consumidor por medio de la

---

<sup>33</sup> GAVIRIA CADAVID, Fernando. Op. Cit Página 350.

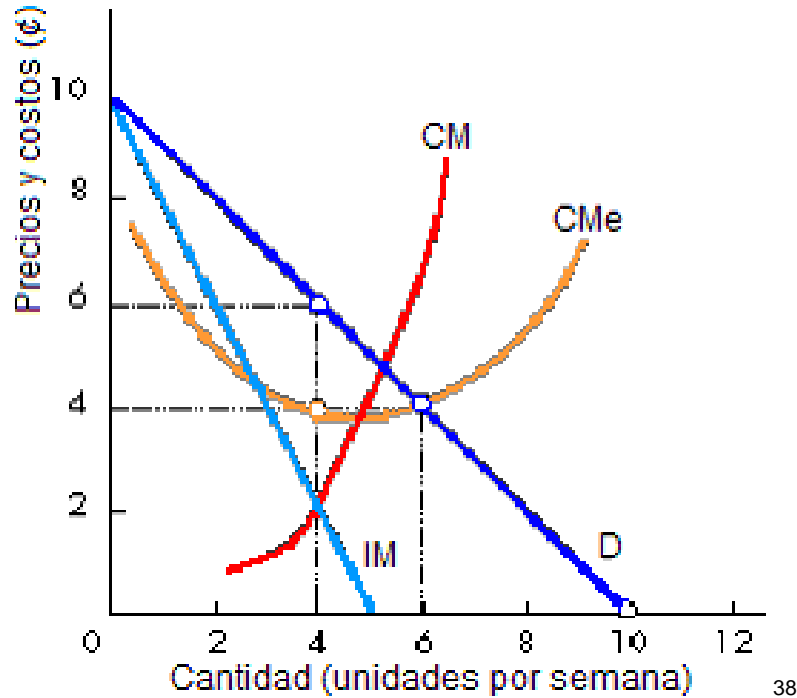
<sup>34</sup> MICHAL, Gal. Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: two systems of belief about monopoly. Antitrust Bulletin, 0003603X, Spring/Summer2004, Vol. 49, Fascículo ½ Base de datos: Academic Search Complete Página 349.

<sup>35</sup> GOMEZ LEYVA, Delio. De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en el competencia económica. Cámara de Comercio de Bogotá 1998.

<sup>36</sup> VARIAN. Hal R. Microeconomía Intermedia. Antoni Bosch Editor. 5ta Edición. Pág 483

<sup>37</sup> MIRANDA, Alfonso y GUTIERREZ, Juan David. Fundamentos económicos del derecho de la competencia: Los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia. En: Revista de derecho a la Competencia, Universidad Javeriana, Bogotá. Vol. 2, p. 350.

discriminación de precio y la imposición de un precio monopolístico.



La gráfica muestra entonces, un monopolio donde no hay regulación. Se entiende que el monopolista maximiza el beneficio cuando la curva de ingreso marginal es igual al costo marginal<sup>39</sup>. Así, el monopolista puede cobrar el precio máximo cuando estas dos curvas cortan, la roja siendo el costo marginal y la aguamarina siendo el ingreso marginal. El área del eje de precios y costos entre 4 y 6 unidades es el beneficio que el monopolista recibe por cobrar el precio máximo que los consumidores están dispuestos a pagar. El monopolista cobra el precio máximo el cual depende a su vez de la elasticidad que tenga la demanda del producto ofrecido.<sup>40</sup>

El monopolista en el momento que obtiene más información sobre el consumidor y puede determinar cuál es el precio que éste está dispuesto a pagar, obtiene una ventaja de fijar el precio para cada consumidor. Así, el monopolista cobra el precio que desea a cada persona, y por su parte el consumidor al tener información asimétrica no sabe que el monopolista está cobrando por encima del precio del

<sup>38</sup> <http://www.auladeeconomia.com/micro-ejerciciosresueltos8.htm>

<sup>39</sup> VARIAN. Hal R. Microeconomía Intermedia. Antoni Bosch Editor. 5ta Edición. Pág 485

<sup>40</sup> *Ibíd.*, p. 428

mercado<sup>41</sup>.

El monopolista busca maximizar su beneficio a costa del consumidor, y esto lo obtiene por medio de la discriminación de los precios y la imposición de un precio monopolístico alto que los consumidores están dispuestos a pagar.

Existen diferentes formas de monopolio, a saber (i) un monopolio legal y (ii) un monopolio natural. El monopolio legal es aquel que le otorga el Estado a una empresa por medio de una ley, para que pueda ejercer su actividad exclusivamente en un mercado específico.

El monopolio legal se encuentra regulado en el artículo 336 de la Constitución Política de Colombia<sup>42</sup> y establece como monopolios legales los que se refieren al ejercicio económico de las actividades de suerte y azar.

Así mismo existen los monopolios naturales, que son aquellos en donde las condiciones del mercado generan que una empresa sea la más eficiente para realizar la actividad económica. Se da por lo general en economías de escala, las cuales buscan generar una mayor productividad a unos costos mucho menores<sup>43</sup>.

En este punto es oportuno precisar que por definición el monopolista cuenta con una posición de dominio en el mercado, y que será el buen o mal uso que de ella haga la que determinará la intervención del estado sobre dicho agente por abuso de la posición de dominio. En efecto, como se verá más adelante, la posición de dominio en sí misma no está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, pero su abuso sí es objeto de reproche en Colombia.

Es decir, si bien la existencia de un monopolio conlleva la existencia de una posición de dominio, ello constituye una condición legítima en el mercado siempre y cuando el agente no lleve a cabo conductas abusivas que sean perjudiciales

---

<sup>41</sup> Ibid., p. 356.

<sup>42</sup> Constitución Política de Colombia artículo 336: Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley. La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita. La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental. Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud. Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación. La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley. El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley. En cualquier caso se respetarán los derechos adquiridos por los trabajadores.

<sup>43</sup> SIERRA, Op. cit., p. 29.



para el mercado.<sup>44</sup>

Por otro lado, debe hacerse referencia al concepto de competencia monopolística, la cual implica la participación de una cantidad significativa de productores que ejercen su actividad económica en el mercado sin que exista un control dominante por parte de ninguno de estos.

Al existir varios competidores el producto se convierte en pieza clave del mercado. Así, se presenta una diferenciación del producto, con lo que los productores pueden de cierta forma alcanzar una posición dominante teniendo en cuenta las preferencias y gustos de los consumidores.

La competencia no se dará por precios sino, por ejemplo, por la calidad del producto, el servicio durante la venta, la publicidad, la ubicación y el acceso al producto, etc. Un ejemplo claro de competencia monopolística es el de detergentes o cigarrillos,<sup>45</sup> Lo anterior, ya que existen varios competidores y ninguno ejerce un control significativo en el mercado. Adicionalmente factores como la publicidad y la calidad del producto juegan un papel importante con los que el productor busca atraer al consumidor. Como forma explicativa podemos enunciar en el mercado de detergentes a Clorox, Unilever, Procter&Gamble, y Colgate Palmolive, y en el mercado de cigarrillos están Philip Morris y British American Tobacco Company.

La competencia monopolística, como su nombre lo indica se sitúa entre la competencia perfecta y el monopolio, toda vez que existe una facilidad para entrar y salir del mercado y, a su vez, si el productor realiza una buena labor con su producto diferenciado, puede llegar a tener una posición dominante<sup>46</sup>.

#### b) Oligopolios

Los oligopolios se caracterizan por la presencia de un reducido grupo de productores, que suministra a los consumidores el mismo bien, sin que existan importantes factores de diferenciación en cuanto al producto ofrecido.<sup>47</sup>

Las principales características del oligopolio son:

- i) Varias empresas participan en el mercado, cada una determinando sus precios.
- ii) Productos homogéneos o semejantes.
- ii) Existen barreras de entrada para nuevos competidores en el mercado.

---

<sup>44</sup> GIRÓN LARRUCEA, José Antonio. La Unión Europea, La Comunidad Europea y el Derecho Comunitario. Ed. Universidad de Sevilla. Secretariado de Publicaciones. 2002. Página 442 y 443

<sup>45</sup> Ibid., p. 29.

<sup>46</sup> Ibid., p. 29.

<sup>47</sup> VARIAN. Hal R. Microeconomía Intermedia. Antoni Bosch Editor. 5ta Edición. Pág 497

iii) No hay información completa en el mercado- información asimétrica.<sup>48</sup>

Existe un alto grado de competitividad entre los productores, sin embargo utilizan mecanismos de fijación de precios o repartición de mercados para obtener un mayor beneficio. Si uno de los productores que componen el oligopolio fija el precio será líder en la elección del precio, y el segundo se tendrá como seguidor.<sup>49</sup> Esta es precisamente una de las preocupaciones de la teoría del abuso de la posición de dominio frente a los oligopolios. En efecto, si uno de los participantes en un mercado oligopólico ostenta una posición de dominio puede elevar sus precios por encima del nivel del mercado, generando así un efecto nocivo para la competencia dentro del mismo.<sup>50</sup>

Las decisiones que tomen los participantes de un mercado oligopólico pueden ser en conjunto con un acuerdo de precios, o por conductas unilaterales donde los otros competidores se vean obligados a seguir la conducta realizada por el que fija el precio.

El mercado oligopólico se diferencia de la competencia monopolística, porque en esta última existe un componente de diferenciación de los productos que se introducen a un mercado, mientras que en el oligopolio se mantiene la homogeneidad de los productos<sup>51</sup>.

Cuando la competencia se da solamente entre dos vendedores u oferentes de un producto homogéneo, se presenta entonces la denominada competencia en situación de duopolio, esquema en el cual el control de la oferta, la demanda o los precios, se desarrolla dentro de una relación de interdependencia recíproca entre los dos competidores<sup>52</sup>.

La posición de dominio tiene importancia con los mercados de competencia imperfecta ya que aquí las empresas o grupos empresariales pueden ostentar posición de dominio y por lo tanto llegar a un abuso de ésta, mediante conductas anticompetitivas como la fijación de precios, realización de acuerdos con los competidores, discriminación tanto frente a los productores como frente a los precios del mercado y demás conductas que se encuentran prohibidas por la legislación Colombiana.

Ahora bien, teniendo en cuenta estas posibles situaciones de mercado, es importante hacer una breve referencia a los índices de concentración y la importancia que les ha dado la autoridad de competencia a estos indicadores.

---

<sup>48</sup> THOMPSON JR. Samuel C. A Practitioner's guide to the economics of the antitrust Merger Guidelines. Página 38.

<sup>49</sup> VARIAN. Hal R. Microeconomía Intermedia. Antoni Bosch Editor. 5ta Edición.

<sup>50</sup> THOMPSON JR. Samuel C. Op. Cit.

<sup>51</sup> SIERRA., Op cit p. 29.

<sup>52</sup> SIERRA, Op. cit., p. 29.

### c) Índices de Concentración

Los índices de concentración son herramientas utilizadas por las autoridades de competencia para establecer los niveles de concentración en el mercado, al momento de analizar una integración jurídico-económica.

En auto del 2006 la SIC estableció que “son instrumentos de medición, cuya finalidad es relevar la estructura del mercado, permitiendo realizar la conformación de un escenario, tanto previo como posterior, de la operación y haciendo posible a su vez el desarrollo de un análisis comparativo”<sup>53</sup>

Entre los más reconocidos y usados por las agencias de competencia se encuentran los siguientes:

- El índice Herfindahl-Hirschman (IHH) revela el nivel de concentración en el mercado que se analiza, tanto en un escenario previo como posterior a la operación<sup>54</sup>. Se evalúan los niveles de concentración de los mercados y operaciones de integración.<sup>55</sup>

El HHI se determina entonces con la sumatoria de los valores al cuadrado de las participaciones en las ventas en el mercado de todas las empresas de la industria. Así primero va la industria con más ventas, después la segunda y así sucesivamente, y mientras más grande sea el valor de HHI mayor es el poder de monopolio de la industria<sup>56</sup>.

$$HHI=S1^2 + S2^2 + S3^2 \dots$$

En ese orden de ideas el mercado será no concentrado cuando el HHI es menor que 1000, será moderadamente concentrado cuando el HHI esté entre 1000 y 1800, y el altamente concentrado cuando el HHI esté por encima de 1800.

- Índice de dominancia: Este indicador se usa para establecer la participación de cada competidor en el índice HHI. Refleja el porcentaje de la concentración del mercado que es explicado por la empresa sobre la cual se calcula, y se interpreta como una medida del poder de mercado relativo con que cuenta la empresa<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Auto 72 de enero 6 de 2006.

<sup>54</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 28037 de 12 de noviembre de 2004.

<sup>55</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 30835 de diciembre de 2004.

<sup>56</sup> Ibídem

<sup>57</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 21347 de 16 de julio de 2007.

## Índice de dominancia S2/HHI

- Índice NEE o el Número de Empresas Equivalentes: El índice NEE permite identificar el número de empresas de tamaño similar que existirían antes y después de la operación, teniendo en cuenta la concentración existente en cada escenario en el mercado<sup>58</sup>. El NEE deriva del HHI, busca determinar el grado de concentración de la industria.

$$NEE = \frac{1}{(HHI/10000)}$$

- Líder: Este indicador muestra la cuota de participación de la mayor empresa en el mercado analizado<sup>59</sup>.
- Concentration Rate Two - CR2: Este índice, calculado a partir de la sumatoria de las participaciones de las dos primeras empresas del mercado, permite evaluar si el mercado es de naturaleza oligopólica<sup>60</sup>.

Los índices antes mencionados son frecuentemente usados por la autoridad de competencia para determinar la participación de una empresa en el mercado, y de allí parte el posterior análisis de existencia de posición de dominio en el mercado y su eventual abuso.

Ahora bien, después de hacer una breve mención a los conceptos económicos que consideramos relevantes para poder estudiar más a fondo el concepto de posición de dominio, haremos una breve referencia a la normatividad existente en la materia en nuestro país.

---

<sup>58</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 28037 de 12 de noviembre de 2004.

<sup>59</sup> Ibídem

<sup>60</sup> Ibídem

## 4. NORMATIVIDAD

Para poder entender los temas que comprende y desarrolla el derecho de la competencia, es fundamental analizar las diferentes normas que y la forma como éstas se han ido desarrollando e implementando en el contexto colombiano.

### *(i). Constitución Política de Colombia*

La Constitución Política de Colombia incluye todo un articulado referente a lo “Económico y de Hacienda Pública”. El artículo más importante en temas económicos es el artículo 333 que consagra el derecho a la libre competencia y el libre mercado de la siguiente manera:

“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la Ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

**El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.**

La ley, delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”<sup>61</sup>. (Negrilla fuera del texto)

A la luz de la norma transcrita, es clara la finalidad del ordenamiento constitucional de impedir aquellos actos o acuerdos que atenten contra la libre competencia. Este principio ha sido interpretado por la Corte Constitucional, en el sentido de que entiende que la libre competencia es principio rector de la economía.<sup>62</sup> Lo anterior con el objeto de permitir que los agentes del mercado tomen las decisiones y desarrollen las actividades que consideren útiles de forma autónoma, independiente y sin restricciones de ningún orden, salvo aquellas que por su

---

<sup>61</sup> Constitución Política de Colombia. Editorial Legis, 2008.

<sup>62</sup>[3] Corte Constitucional, Sentencia T-240 de 1993 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

naturaleza y fin, deben ser reguladas en alguna medida por el Estado.<sup>63</sup>

En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que “es del resorte de la ley prohibir excepcionalmente autorizar bajo ciertos supuestos y condiciones-conductas, acuerdos o prácticas que tengan por efecto impedir, restringir, obstaculizar o falsear la libre competencia en cualquier mercado de bienes o servicios, tarea ésta del legislador esencial para conformar y mantener mercados eficientes y para que en verdad la libre competencia pueda ser un derecho de todos como lo consagra la Constitución”<sup>64</sup>

El constituyente de 1991, tuvo en cuenta para redactar este artículo las fuertes corrientes mundiales que se estaban generando en contra de los mercados de monopolios, corrientes que fueron denominadas como el derecho antimonopolio.<sup>65</sup> Según esta corriente, el monopolio “per se” no se prohíbe, es más, se dice que en algunos casos puede ser positivo, sin embargo pretende controlar que las empresas y/o agentes del mercado no abusen de su poder y evitar así fenómenos asociados con prácticas desleales y excluyentes, que terminan traducándose en desventajas para el consumidor<sup>66</sup>.

Es importante resaltar la importancia que tiene la dirección y control de la economía para el Estado, pero ésta debe hacerse conforme a las leyes preexistentes y es potestad del legislador delimitar las condiciones para poder regular el mercado.

Siguiendo esta línea de pensamiento, la Corte Constitucional ha establecido que “la constitución no puede sin recurrir a la ley, concretar en la realidad el principio de la libre competencia económica. Corresponde a la ley no solamente delimitar el alcance de la libertad económica, sino, además, disponer que el poder público impida que se obstruya o se restrinja y se evite o controle cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”<sup>67</sup>

En conclusión, consideramos que lo trascendente de la norma constitucional señalada es el marco económico que consagra en aras a reafirmar los derechos individuales y colectivos de las personas. Esto a su vez fomenta el funcionamiento correcto y eficiente del mercado, y garantiza el acceso al mismo en condiciones de libertad e igualdad. La protección al abuso de la posición de dominio representa entonces un instrumento corrector del Estado Social de Derecho enfocado a evitar los excesos en el ejercicio del derecho a la libre competencia y a los derechos

---

<sup>63</sup>[4] RUBIO, Jairo Escobar. Derecho de los mercados (Apuntes). p. 32.

<sup>64</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-240 de 1993 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>65</sup> MIRANDA, Op. cit., p. 31.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>67</sup> Corte Constitucional Sentencia C-425 de 1992 Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.

absolutos<sup>68</sup>.

*(ii) Ley 155 de 1959*

Como ya lo hemos señalado, durante la segunda mitad del siglo XX, Colombia registró un crecimiento industrial y económico importante que motivó cambios en la regulación y manejo de las políticas del derecho de la competencia y de los mercados. De esta forma se crea la Ley 155 de 1959, en la cual se establece la intervención estatal en la fijación de los precios, en aras de garantizar los intereses de los consumidores como de los productores<sup>69</sup>.

Fue la primera Ley que reguló el tema del derecho a la competencia en Colombia. Sin embargo su aplicación no fue tan efectiva y únicamente hasta 1990 se dieron otras normas que permitieron su aplicación.<sup>70</sup>

La Ley 155 de 1959 a pesar de tener como base principal las prácticas comerciales restrictivas, también regula otros temas relevantes para el derecho de la competencia, como: (i) la cláusula general que prohíbe los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la competencia; (ii) la obligación a cargo de las empresas de notificar al Gobierno Nacional de las operaciones de fusión, consolidación o de integración; (iii) el régimen de incompatibilidades y conflictos de interés y (iv) aspectos de metrología, distribución de productos en el mercado, fijación de precios, procedimiento y sanciones<sup>71</sup>.

Sobre la posición de dominio, incluye la Ley 155 una definición que se encuentra establecida en el artículo 2 así: “Las empresas que produzcan, abastezcan distribuyan o consuman determinado artículo o servicio, y que tengan capacidad para determinar precios en el mercado, por la cantidad que controlen del respectivo artículo o servicio, estarán sometidas a la vigilancia del Estado para los efectos de la presente ley”.

El ámbito de aplicación de esta Ley es general, para todo el territorio colombiano y se aplica a todas las empresas que distribuyan, produzcan o consuman bienes y servicios. Así, se concluye que uno de los principales objetivos de esta Ley es la de mantener un mercado ordenando con competencia libre y leal que se traduzca

---

<sup>68</sup> SIERRA, Op. cit., p. 97.

<sup>69</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Disponible en: [http://www.sic.gov.co/index.php?modulo=La\\_Superintendencia/Presentacion/Historia&tam=3500](http://www.sic.gov.co/index.php?modulo=La_Superintendencia/Presentacion/Historia&tam=3500)

<sup>70</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Disponible en: [http://www.sic.gov.co/index.php?modulo=La\\_Superintendencia/Presentacion/Historia&tam=3500](http://www.sic.gov.co/index.php?modulo=La_Superintendencia/Presentacion/Historia&tam=3500)

<sup>71</sup> MIRANDA, Op. cit., p. 52.

en bienestar para el consumidor<sup>72</sup>.

*(iii) Decreto 2153 de 1992*

En 1992 el Presidente de la República expidió el Decreto 2153 de 1992 con base en el artículo 20 transitorio de la C.P. Este Decreto tiene como finalidad fijar las funciones y competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad. El origen de este Decreto ha sido controvertido, según Alfonso Miranda<sup>73</sup>, en su libro “Abuso de la Posición de Dominio” el Presidente se extralimitó en sus funciones al expedirlo ya que, en virtud del artículo transitorio, únicamente podía fusionar suprimir o reestructurar entidades, y no crear normas de contenido sustancial.

Sin embargo, el debate ha perdido vigencia, en la medida en que el Decreto fue declarado exequible por el Consejo de Estado<sup>74</sup>.

Así, tanto el Decreto 2153 de 1992 como la Ley 155 de 1959, se encuentran vigentes y se aplican en las materias a las que resulta aplicable el Derecho a la Competencia.

Dentro de su estructura, el Decreto se encuentra dividido en dos partes, (i) organización y funcionamiento de la Superintendencia de Industria y Comercio y (ii) normas en derecho de la competencia, más específicamente prácticas restrictivas de la competencia.

El Decreto 2153 se aplica a todos los agentes del mercado a nivel nacional, y su finalidad, como se establece en el artículo 2, es “mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional: que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios: que las empresas pueden participar libremente en los mercados: y que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios.”<sup>75</sup>

Por último, con el Decreto se reestructuró la Superintendencia de Industria y Comercio, con lo que se buscaba, entre otras cosas, la especialización de la entidad eliminando de su resorte, actividades que correspondían a otras entidades.<sup>76</sup>

Cabe resaltar la discusión que se genera por la aplicación del artículo 1 de la ley 155 de 1959 y el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, donde ambas normas establecen una prohibición general para todo acto u acuerdo que tenga por objeto

---

<sup>72</sup> *Ibíd.*, p. 44.

<sup>73</sup> MIRANDA. Abuso de la Posición Dominante, Revista Universitas Ed. 85 Universidad Javeriana.

<sup>74</sup> MIRANDA, Op. Cit. Pág. 52.

<sup>75</sup> Decreto 2153 de 1992 artículo 2.

<sup>76</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Disponible en: [www.sic.gov.co](http://www.sic.gov.co)



limitar la competencia en un mercado. Se podría llegar a pensar que el Decreto por ser norma posterior tiene prevalencia sobre la ley 155, sin embargo ambas normas se encuentran vigentes y ambas normas son de aplicación efectiva a nivel nacional en temas de competencia. La naturaleza de estas cláusulas generales, es evitar que ciertas conductas que no se encuentran perfectamente tipificadas en una de las causales consagradas por la norma, pero que evidentemente afectan negativamente el mercado y el derecho de la competencia, también puedan ser investigadas y eventualmente sancionadas.<sup>77</sup>.

Por lo anterior, los artículos no son excluyentes entre sí, por el contrario se complementan, ampliándose así el espectro de aplicación de la normas en cuestión.

#### *iv) Ley 1340 de 2009*

La ley 1340 de 2009, que entró en vigencia el pasado 24 de Julio de 2009, y tiene como propósito actualizar las normas en materia de promoción de la competencia, facilitar a los usuarios el adecuado seguimiento, y optimizar las herramientas con las que cuentan las autoridades nacionales para cumplir con el mandato Constitucional de preservar la libre competencia en el territorio nacional.

En este sentido, uno de las modificaciones fundamentales de la citada ley, es que establece a la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad única nacional en materia de protección de la competencia. Lo anterior significa, para efectos del presente escrito, que será dicha entidad la que conozca de las investigaciones e imponga sanciones en materia de abuso de la posición de dominio. Lo anterior, con excepción de las facultades que quedaron a cargo de la Superintendencia Financiera de Colombia y de la Aerocivil, y que serán mencionadas más adelante.

Ahora bien, otro punto fundamental de la nueva ley es la modificación al régimen de control de las integraciones empresariales, tanto en materia procesal, como en las facultades de la Superintendencia en esta materia, que, como se tratará en el capítulo pertinente, pueden llegar incluso hasta la reversión de la operación realizada sin autorización de dicha entidad, y luego de haberse constatado la existencia de un efecto anticompetitivo en el mercado como consecuencia de su ocurrencia.

En términos generales la nueva ley se ocupó de incluir sanciones más drásticas para los agentes que incurran en prácticas restrictivas de la competencia. Con todo, la ley 1340 citada incluye un término de transición en virtud del cual las autoridades que actualmente tengan facultades en materia de prácticas restrictivas de la competencia, las conservarán hasta 6 meses después de haberse publicado

---

<sup>77</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 99023222 del 1 de julio de 1996.

la ley, y también con respecto a las actuaciones que ya hubieran iniciado para esa fecha.

Con la entrada en vigencia de la nueva ley se ha contribuido a la unificación de los asuntos relativos a las prácticas restrictivas de la competencia, lo que seguramente será provechoso para efectos de contar con criterios más uniformes en relación con la aplicación de las normas de competencia a los diferentes sectores del mercado. En este punto parecería que la ley 1340 contribuirá con la efectividad y prontitud de la gestión de la Superintendencia de Industria y Comercio. Lo anterior, siempre y cuando se le otorgue a dicha entidad la infraestructura necesaria para llevar a cabo la enorme labor de ser la autoridad única en materia de competencia en nuestro país.

## 5. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Después de estudiar el concepto de posición de dominio así como sus antecedentes y fundamentos históricos y normativos, debemos entrar a estudiar cuándo se está en presencia de un abuso de esta figura.

Como se ha señalado, el abuso de la posición de dominio es una conducta que se encuentra prohibida por nuestro ordenamiento jurídico. Se busca que el mercado sea libre y que los agentes del mercado puedan ostentar una posición de dominio, pero en ningún caso esa posición privilegiada pueda conducir al abuso de la misma, que genere conductas anticompetitivas que contrarían la Constitución Política<sup>78</sup>.

Por lo anterior, se requiere que el Estado intervenga y garantice dentro de los límites establecidos la libre empresa, la propiedad privada, y la libertad económica lo cual promueve una mejor economía y ayuda a una mejor regulación. En este sentido, la prohibición al abuso de la posición de dominio busca proteger el bienestar de los consumidores frente a conductas unilaterales o concertadas de los distribuidores, tendientes a evitar o restringir la competencia.

Este fenómeno del abuso de la posición de dominio tiene gran importancia en Colombia dado que la histórica concentración de la propiedad y los mercados, y el tema de promoción de la competencia, tiene gran relevancia con el gobierno de Cesar Gaviria y la apertura económica<sup>79</sup>.

Esa gran preocupación en el tema generó la creación del Decreto 2153 de 1992, con la ayuda de comisiones especiales y la Superintendencia de Industria y Comercio, con el fin de modernizar las instituciones y dar alcance a las normas de derecho a la competencia y abuso de posición de dominio, y recientemente se ha visto afianzada con la promulgación de la ley 1340 de 2009.

En virtud de este contexto, el abuso de la posición de dominio se convierte en un instrumento de corrección del Estado, para evitar los excesos que se generan en el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, más aún en un mercado donde existe desigualdad económica entre los agentes y se crean limitaciones que van en contravía del ordenamiento jurídico<sup>80</sup>.

La teoría del abuso de la posición dominante, puede ser abarcada desde dos

---

<sup>78</sup> RUBIO, Op. cit., p. 41.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>80</sup> SIERRA, Op. cit., p. 98.

perspectivas: una por el derecho civil, dentro la teoría del abuso del derecho<sup>81</sup>, por otro lado desde el derecho a la competencia siendo más específicos en el abuso de la posición de dominio en los mercados<sup>82</sup>. Para efectos de nuestro estudio nos enfocaremos en ésta última concepción con el fin de desarrollarlo en el marco del derecho de la competencia.

Para poder analizar el tema del abuso de la posición de dominio es importante mirar los diferentes aspectos y normatividad que regulan el tema:

a. Artículo 50 Decreto 2153 de 1992.

“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 conductas:

1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.

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

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 constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.

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

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

---

<sup>81</sup> Teoría del derecho según la cual “Los derechos deben ser ejercitados según su uso normal, de tal manera que no ocasionen a los demás un daño apreciable; y que para determinar la normalidad del uso es necesario tener en cuenta el estado general de las costumbres y de las relaciones sociales que varían según el tiempo y los lugares y que, por eso, debe ser sometido a la apreciación de los jueces” SIERRA Op Cit Pág 41.

<sup>82</sup> Ibíd. p. 98.

6. <Numeral adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización”

Según el artículo citado, el abuso de la posición de dominio constituye una prohibición de ley, que implica una conducta abusiva en un mercado, perjudicando un interés económico general de la comunidad y en unos casos intereses particulares de los agentes del mercado<sup>83</sup>. La lista mencionada incluye conductas no taxativas que ha definido el legislador.

Es importante anotar, que para que se incurra en las conductas del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 se debe demostrar como primera medida que existe una posición de dominio, y una vez se haya determinado esa posición se entrará a analizar si se incurrió en un abuso de la misma. Cabe anotar que en Colombia no se sanciona el hecho de ostentar posición de dominio, sino el abuso que de está se realiza.

Para Mauricio Velandía existe una posición de dominio cuando se da la siguiente ecuación:

Abuso de posición de dominio = posición de dominio + abuso + en un mercado relevante<sup>84</sup>.

Es preciso tener en cuenta que las normas de competencia se caracterizan por ser de aplicación *ex ante* y las normas sobre abuso de posición de dominio, también buscan que los agentes del mercado se abstengan de incurrir en conductas que conlleven a determinar que existió un abuso de posición de dominio<sup>85</sup>.

Para Ernesto Rengifo García, el abuso de posición de dominio puede concurrir en algunos casos con la teoría de las cláusulas abusivas “hay concurrencia de tales hipótesis cuando, por ejemplo, el suministro de un producto se supedita a la aceptación de obligaciones adicionales: le vendo el computador, siempre y cuando, señor comprador, adquiera la impresora, su cartucho y el papel. Tal conducta podría no sólo ser censurada a la luz de las normas que buscan la equidad o la justicia en el contenido material del contrato sino, además, por el régimen jurídico de las prácticas restrictivas de la competencia porque ella puede ser resultado y expresión de la posición dominante que el proveedor tenga en el mercado.”<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> RENGIFO, Op. cit., p. 361.

<sup>84</sup> VELANDIA, Mauricio. Derecho de la Competencia y del Consumo. Universidad Externado de Colombia. p.126.

<sup>85</sup> MIRANDA, Op. cit., p. 61.

<sup>86</sup> RENGIFO, Op. cit., p. 362.

Las conductas descritas en el artículo 50 del Decreto 2153 se conocen como:

**Precios Predatorios (Numeral 1):** Esta conducta es realizada únicamente por un competidor con posición dominante en el mercado, en la cual baja los precios durante un tiempo determinado por debajo de su nivel de costos, esto con el objeto de aumentar su capacidad en el mercado y llevando a los demás competidores a su retiro del mercado.

Aunque en un principio los consumidores se ven beneficiados por la medida, a largo plazo sus intereses se verán afectados ya que el que ostenta la posición de dominio incrementará los precios y no habrá otro en el mercado que le haga competencia<sup>87</sup>.

**Discriminación Vertical (Numeral 2):** Implica que el competidor con posición dominante que otorga condiciones favorables a un consumidor o distribuidor, debe dar un trato igual a los otros consumidores o distribuidores que se encuentren en las mismas condiciones. Incurre en la violación en el momento en que incumple el principio de favorabilidad. Se trata de crear una igualdad de trato entre el agente con posición de dominio. Es importante advertir que para que se presente esta violación, el agente debe tener posición de dominio en el mercado.<sup>88</sup>

**Ventas Atadas (Numeral 3):** Para Velandía significa “comprar más de lo que se necesita”<sup>89</sup>. Supone que el agente con posición de dominio ofrece obligaciones adicionales a las establecidas las cuales no tienen que ver con la naturaleza del negocio principal. El que ostenta la posición de dominio utiliza al consumidor para tener una mejor utilidad sin justa causa, ya que el consumidor paga más por el producto en aras a satisfacer su necesidad<sup>90</sup>.

**Discriminación Horizontal (Numeral 4):** El agente con posición de dominio vende sus productos a un menor precio del establecido en el mercado, con el fin único de eliminar de la competencia a uno o varios competidores. Es una discriminación en el mismo nivel comercial.

**Precios predatorios regionales (Numeral 5):** Lo importante en esta conducta es que el agente con posición de dominio en un territorio específico abusa de su condición respecto de los competidores, y decide por ejemplo aumentar los precios, mientras que en un mercado donde no ostenta posición de dominio deja los precios a un nivel muy bajo.

---

<sup>87</sup> VELANDIA, Op. cit., p.137.

<sup>88</sup> Ibídem, p. 141.

<sup>89</sup> Ibídem, p.142.

<sup>90</sup> VELANDIA, Op. cit., p. 142.

Aquí la posición de dominio se utiliza para sacar ventaja en el mercado donde no se ostenta dicha posición. Teniendo en cuenta que el mercado con posición de dominio le favorece para subsidiar al mercado donde no tiene posición de dominio<sup>91</sup>.

Cabe resaltar que existen otras figuras en el derecho de la competencia que constituyen abuso de posición de dominio y no se encuentran enumeradas en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. Como los precios excesivos, que se explican como precios que no guardan relación razonable con el valor económico del producto. Para determinar si un producto tiene o no un precio excesivo se debe realizar una comparación, ya sea con el costo de operación, el precio fijado por otros operadores, o incluso el precio fijado por otro agente en un mercado de dominio<sup>92</sup>.

El Tratado de Roma sanciona a quienes imponen precios excesivos “imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativa”<sup>93</sup>

Sin embargo el tema todavía no ha sido desarrollado con amplitud, y se critica que se sancionen los precios excesivos al ser una decisión de los consumidores si aceptan o no el precio teniendo en cuenta la información que poseen. Por otro lado debe haber una libertad de fijar los precios para las empresas, y si se generan los precios excesivos, el mercado se encargará de regularlos ya que el alto precio incentiva a otros competidores a entrar al mercado<sup>94</sup>.

Así mismo existe el apalancamiento, o *leverage*, donde un agente del mercado extiende su monopolio o posición de dominio que ostenta en un mercado para trasladar esa posición de dominio a otro mercado<sup>95</sup>.

Para la Comunidad Europea el apalancamiento se debe hacer de un mercado donde exista posición de dominio a uno donde no exista posición de dominio, por lo que debe existir una relación entre los dos mercados para que pueda existir la toma del mercado sin posición de dominio. El análisis se hace con base en el artículo 82 del Tratado de Roma, y se resalta la importancia de que el mercado donde existe la posición de dominio tenga algún efecto o impacto en el mercado que se pretende dominar<sup>96</sup>.

---

<sup>91</sup> Ibídem, p.139.

<sup>92</sup> Disponible en: [http://www.pwc.com/es\\_ES/es/servicios/corporate-finance/assets/precios-abusivos-discriminatorios.pdf](http://www.pwc.com/es_ES/es/servicios/corporate-finance/assets/precios-abusivos-discriminatorios.pdf)

<sup>93</sup> Disponible en: [http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=enrique\\_pasquel](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=enrique_pasquel)

<sup>94</sup> Ibídem

<sup>95</sup> Disponible en: [http://goliath.ecnext.com/coms2/gi\\_0199-6709514/Is-online-music-locked-in.html](http://goliath.ecnext.com/coms2/gi_0199-6709514/Is-online-music-locked-in.html)

<sup>96</sup> Disponible en: [http://media.gibsondunn.com/fstore/documents/pubs/07.12.05\\_CompLawInsight-DWood-Article%2082.pdf](http://media.gibsondunn.com/fstore/documents/pubs/07.12.05_CompLawInsight-DWood-Article%2082.pdf)

Para David Wood existe un incentivo de incurrir en esta conducta, como una forma de proteger los mercados y de tener muchas más ganancias. Así mismo de expandir su radio de mercado y entrar a nuevos mercados donde se pueda obtener una posición de dominio<sup>97</sup>.

La Comisión Europea encontró que en la integración de AOL con Time Warner, existía una alta posibilidad de incurrir en apalancamiento, donde la nueva compañía podría conformar un monopolio en el mercado de música por Internet, al tener un 40% del mercado de derechos de edición musical (Music Publishing Rights), limitando la competencia al negarse a expedir las licencias, discriminando en precios o inclusive beneficiar en derechos a Time Warner, generando que los competidores salgan del mercado o evitando que los nuevos competidores entren<sup>98</sup>.

Una figura similar al apalancamiento fue conocida por la Superintendencia de Industria y Comercio en el caso Induga. Dicha sociedad dedicada a la comercialización de barquillos y galletas para conos de helado, ostentaba una posición de dominio en el mercado y por lo tanto abuso de ella al bajar los precios por debajo del 50% en las ciudades donde no tenía control ni posición de dominio, a diferencia de aquellas donde sí tenía posición de dominio donde se mantuvo el precio inicial<sup>99</sup>.

Para la agencia de competencia, la conducta de Induga se analizó con base al numeral 5 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, precios predatorios, sin embargo la conducta realizada por Induga se ajusta más al concepto de apalancamiento, pues se está tratando de llegar a otros mercados donde no existe posición de dominio bajando los precios y obligando al competidor a salir del mercado para tomarse el control.

Este caso podría ser un ejemplo de apalancamiento dentro de nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo teniendo en cuenta que esta figura no se encuentra consagrada legalmente existe la dificultad de aplicar dicho concepto en los casos en los que el apalancamiento no concorra con una conducta tipificada en la ley. En todo caso se podría recurrir a la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Después de analizar las conductas de posición de dominio, entraremos a conocer las diferentes decisiones que ha tomado la agencia de competencia frente al

---

<sup>97</sup> Ibídem

<sup>98</sup> Disponible en: [http://goliath.ecnext.com/coms2/gi\\_0199-6709514/Is-online-music-locked-in.html](http://goliath.ecnext.com/coms2/gi_0199-6709514/Is-online-music-locked-in.html)

<sup>99</sup> Resolución 111 del 9 de enero de 2008  
[http://www.sic.gov.co/Informacion\\_Interes/Boletines\\_Juridicos/2008/Boletin\\_Juridico\\_3.php#Res11](http://www.sic.gov.co/Informacion_Interes/Boletines_Juridicos/2008/Boletin_Juridico_3.php#Res11)



abuso de posición de dominio:

*b. Decisiones de la SIC*

Entre algunas decisiones que ha tomado la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con el abuso de posición de dominio se encuentran:

1. ASOCIACIÓN DE TRANSPORTADORES AÉREOS ATAC VS. SATENA:

ATAC presentó denuncia para que se iniciara una investigación contra SATENA por incumplir el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, donde SATENA había establecido unas condiciones discriminatorias, dado que otorgaba por medio del procedimiento 096 descuentos a personas provenientes de las fuerzas militares, estudiantes o clérigos, según ATAC en áreas donde ejercía una posición de dominio.

La SIC en la resolución estableció que el abuso de la posición de dominio radicaría en que los descuentos generen condiciones discriminatorias para aquellos usuarios que no sean beneficiarios de los descuentos, poniéndolos en una situación desfavorable frente a aquellos que si tiene el descuento.

Para realizar el análisis, la SIC estableció que (i) debía determinar si la empresa investigada ostentaba posición de dominio en el mercado, (ii) si la empresa aplicaba las condiciones discriminatorias y (iii) si de acuerdo a lo anterior se colocaba al consumidor en una situación desfavorable frente a los consumidores que tenían los descuentos.

De esta forma se entró a analizar el mercado relevante, que se compone del mercado producto y el mercado geográfico. Se definió el mercado producto como la prestación del servicio de transporte aéreo nacional de pasajeros, donde no se puede tener como sustituto el transporte por vía terrestre. Para el mercado geográfico, se determinaron todas las rutas que tenía Satena para el momento de la investigación.

Se determinó de acuerdo a la investigación que Satena operaba como único transportador en 56 de las 62 rutas analizadas, teniendo un 90% de las rutas, así mismo se estableció que los competidores no tenían capacidad de reacción al tener Satena un monopolio sobre las rutas investigadas. De esta forma, dicha compañía estaba ostentando una posición de dominio en el mercado relevante.

La SIC encontró que los descuentos otorgados por SATENA no tenían fundamento, ya que SATENA ostentaba una posición de dominio y estableció unos descuentos sin una justificación. “lo restrictivo tiene lugar cuando, una empresa con posición de dominio establece un plan de descuentos sin justificación , pues es allí cuando este instrumento se convierte en discriminatorio y por ende,

en abusivo como sucedió en este caso”<sup>100</sup> Así mismo mencionó “Lo que está prohibido es que a través de una política de descuentos, una empresa con posición de dominio en el mercado pueda abusar de dicha posición, como por ejemplo, estableciendo precios de venta por debajo de los costos, o como en el presente caso, que dichos descuentos sean el instrumento idóneo para establecer discriminaciones entre usuarios de servicios de condiciones análogas en el mercado relevante definido, pues es allí cuando el comportamiento pasa de ser una simple estrategia comercial a convertirse en una práctica comercial restrictiva”<sup>101</sup>

Por lo tanto la SIC sancionó a Satena por incurrir en la violación del numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. Le impuso multa de dos salarios mínimos a Satena y multa de \$123.600 pesos al representante legal.

## 2. COLANTA LTDA.

Se inició investigación contra COLANTA LTDA por supuestas violaciones a los numerales 2, 3 y 6 del artículo 50. En tanto que supuestamente COLANTA LTDA estaba ejerciendo presiones para que sus socios “reemplazaran las diferentes marcas comerciales de alimentos balanceados para ganado por su propia marca”<sup>102</sup>.

De acuerdo a la investigación realizada se determinó que el mercado producto estaba conformado por el “acopio de leche fresca de los productores con miras a su posterior pasteurización y fabricación de productos derivados”<sup>103</sup>. Y el mercado geográfico se determinó relacionando la zona de influencia de COLANTA y el lugar donde ocurrieron los hechos investigados fue Antioquia.

En relación con la participación en el mercado de la investigación resultó que COLANTA LTDA en los dos últimos años tuvo un participación mayoritaria con el 78.84% y el 81.05%.

La SIC, en su investigación estableció que COLANTA LTDA si ostentaba una posición de dominio en el mercado de la leche, al contar con un porcentaje mayoritario de participación en el mercado. “Se pone en evidencia la capacidad que tiene COLANTA para determinar las condiciones de ese mercado, toda vez que cuenta con un porcentaje de participación mayoritario, la mayor cantidad de proveedores y el mayor ingreso por ventas, circunstancias todas éstas que llevan a que sus competidores actuales difícilmente están en capacidad de hacerla disuadir de sus determinaciones, y por lo mismo, tampoco sus consumidores estarían en capacidad para hacerlo, al no encontrar en el mercado alternativas

---

<sup>100</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 4285 de 2002.

<sup>101</sup> *Ibíd.*

<sup>102</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 588 de 2003.

<sup>103</sup> *Ibíd.*

que satisfagan plenamente sus necesidades.”<sup>104</sup>

Sin embargo la SIC encontró que COLANTA LTDA aunque ostentaba una posición de dominio en el mercado está no incurrió en un abuso de la posición dominante. “Aún cuando la empresa investigada ostenta posición de dominio en el mercado relevante ya señalado, lo cierto es que no habría incurrido en las circunstancias constitutivas de abuso que fueron analizadas por este Despacho. Por tanto y dado que la posición de dominio no es una circunstancia que por sí sola amerite reproche, pues lo que se proscribe es justamente el abuso de la misma, se tiene entonces que no hay lugar a responsabilidad de parte de COLANTA frente a los hechos investigados”<sup>105</sup>

### 3. BAVARIA S.A.

La SIC inició investigación contra BAVARIA S.A y su representante legal, por presunta violación del artículo 1 de la ley 155 de 1959 y al numeral 3 del artículo 50.

Durante la investigación que se estaba realizando, BAVARIA S.A ofreció garantías en aras a clausurar la investigación y cesar las conductas que presuntamente estaban llevando a incumplir las normas de abuso de posición de dominio.

Entre las conductas que se reprochaban por parte de la SIC, se encontraban: (i) incluir contratos de distribución con limitaciones a los distribuidores dependiendo de la zona, (ii) condicionar la venta de cerveza a la aceptación de obligaciones adicionales por parte de sus distribuidores.

Al ofrecer las garantías la SIC cerró la investigación y no determino si existía o no un abuso. BAVARIA se comprometió a una serie de garantías para cesar con las conductas investigadas.

### 4. SETAS COLOMBIANAS S.A

Se inició investigación contra Setas Colombianas S.A para determinar si incurrió en una violación del numeral 1 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

Dentro de la investigación que se adelantó, se determinó que Setas es una empresa dedicada a la explotación, cultivo, producción, procesamiento, distribución y comercialización de champiñones. Para determinar el mercado revelante, se estableció como mercado producto los champiñones frescos, después de realizar un amplio análisis sobre la sustituibilidad de los champiñones

---

<sup>104</sup> Ibídem.

<sup>105</sup> Ibídem.

frescos y los champiñones procesados. La Superintendencia concluyó en este caso que el champiñón fresco tenía gran diferencia en relación con calidad, textura sabor entre otros con el champiñón procesado.

El mercado geográfico estuvo definido por el área de influencia de la empresa donde ocurrieron los hechos investigados, es decir el territorio nacional. Así mismo se estableció que el mercado estaba altamente concentrado, donde se evidenció que Setas contaba con el 69.29 de participación en ventas. Con base a lo anterior se determinó que para que un competidor entrara al mercado de champiñones frescos en iguales condiciones a las de Setas le era mucho más difícil y requería de una alta inversión de capital.

De acuerdo a lo anterior la SIC determinó que Setas ostentaba una posición de dominio en el mercado de venta de champiñones frescos, pero concluyó que no se incurrió en una violación del artículo 50 numeral 1 del Decreto 2053 de 1992 de “disminuir los precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores”<sup>106</sup>, y que la conducta que se registro al bajar los precios por debajo de su nivel de costos promedio no tenía la intención de eliminar a sus competidores ya que tuvo una vigencia de tiempo de un mes debido al manejo de la humedad. La SIC ordenó el archivo de la investigación.

Es importante resaltar que en esta resolución se realiza un exhaustivo análisis del mercado incluyendo gráficas que permiten entender la forma en que la autoridad de competencia llega a la conclusión de que una compañía tiene o no posición de dominio.

## 5. COMCEL S.A.

Se inició investigación contra COMCEL S.A por presuntas violaciones de los artículo 47 y 50 del Decreto 2153 de 1992. La superintendencia de industria y comercio analizó las conductas denunciadas por las querellantes como era la “reducción del porcentaje de comisión por la venta de equipo y la exigencia que COMCEL S.A hace a los subdistribuidores para que devuelvan la comisión”<sup>107</sup>.

Para la SIC dichas conductas no constituyeron ni se circunscribieron en los numerales del artículo 50 de abuso de posición de dominio. Por lo anterior, no se abrió una investigación de fondo y se ordenó el archivo de la investigación.

No obstante lo anterior, el 8 de septiembre de 2008 la Superintendencia de Industria y Comercio, declaró que las empresas Telefónica Móviles S.A y Comunicación Celular Comcel S.A. incurrieron en abuso de la posición de dominio al aplicar condiciones discriminatorias en la fijación de las tarifas fijo a móvil

---

<sup>106</sup> Artículo 50 numeral 1 Decreto 2053 de 1992.

<sup>107</sup> Superintendencia de Industria y Comercio , Resolución 7805 de 2008.

durante el año 2005,

La investigación se inició después de una queja presentada por la compañía Orbitel, donde estableció que las denunciadas discriminaron los precios en relación con la tarifa fijo móvil pretendiendo desestimar el uso del teléfono fijo.

La Superintendencia encontró que, en efecto, si se realizó un conducta con trato diferencial y desfavorable para los usuarios que hacen llamadas de móvil a fijo dejándolos en una situación desventajosa.

Se sancionó a las partes con una multa de \$923.000.000 pesos.

## 6. CHICLES ADAMS

En auto 72 de enero de 2006 la SIC investigó a la Sociedad Chicle Adams S.A por supuestos actos de competencia desleal. La sociedad demandante Confiteca distribuye el producto Tumix y alegó que Adams uso su posición para copiar el producto y distribuirlo en el mercado como chicles Clarks. Para los representantes de Adams nunca hubo confusión ni los alegados hechos de competencia desleal que la contraparte establece se realizaron.

Para la SIC Tumix y Clarks no presentaron una identidad fonética visual o ideológica, por lo que su similitud no causaba un riesgo grande de confusión. Así mismo, la superintendencia de industria y comercio estableció que el consumidor no es inducido a error ni tampoco se demuestra que el objeto de Adams era crear confusión dentro del mercado.

Los demandantes solicitan en la demanda examinar todas las conductas en que incurra el demandando, por ostentar una posición de dominio. Pero la agencia establece que la posición de dominio no es una condición que requiera la configuración de conductas de competencia desleal. “la posición de dominio no es una condición que tenga necesaria injerencia en la configuración de la deslealtad porque sus presupuestos básicos deben probarse con independencia de la posición que el demandando pueda ostentar en el mercado”<sup>108</sup>

De está forma la autoridad de competencia declaró que la sociedad demandada Chicless Adams no incurrió en actos de competencia desleal.

Al examinar las diferentes decisiones de la SIC, cabe resaltar el profundo y detallado análisis que realiza la agencia de competencia para determinar cuando una empresa ostenta posición de dominio. Se debe tener en cuenta el mercado relevante, con el mercado producto y el mercado geográfico, las barreras de entrada, los competidores que puedan afectar dicha posición de la empresa, y los

---

<sup>108</sup> Superintendencia de Industria y Comercio Auto 72 de enero de 2006.

niveles de concentración de la industria en un sector determinado.

Para la agencia de competencia es muy importante tener claros los conceptos que determinan el mercado relevante, por ello es importante el uso de los índices de concentración y demás ayudas que puedan usar para no cometer errores ni ser imprecisos a la hora de establecer cuando una compañía con posición de dominio abusa de está.

Por otro lado, cuando se quiere determinar que una empresa abuso de su posición de dominio cabe decir que la parte que denuncia puede aportar pruebas que corroboren dicha denuncia y no solo dejar que la autoridad de competencia sea la que establezca el abuso de posición de domino, sino que se puede ser diligente y ayudar a la agencia.

Así mismo las multas que impone la SIC a las empresas que incurren en abuso de posición de dominio, resultan muy pequeñas a comparación de la restricción que pueden causar en el mercado. Por lo que resultan oportunas permítanlas nuevas sanciones previstas en la ley 1340 de 2009 con el fin de lograr una protección ex ante del derecho de la competencia.

Ahora bien, en este punto es importante aclarar que en la nueva ley de competencia (Ley 1340 de 2009) se estableció que las normas de competencia son aplicables no solo a las unidades económicas, sino también a todo aquel que desarrolle una actividad económica y pueda llegar a afectar o afecte el desarrollo de las normas de competencia, luego todas ellas pueden estar sujetas a las sanciones de ley.

## 6. ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO Y LAS INTEGRACIONES EMPRESARIALES

El presente capítulo desarrollará globalmente el tema de las integraciones empresariales, partiendo del régimen originado en la ley 155 de 1959 su desarrollo normativo y práctico, finalizando con una referencia al nuevo régimen legal del control a las integraciones establecido mediante la ley 1340 del 24 de Julio de 2009.

a. El artículo 4 de la Ley 155 de 1959 establece:

“Artículo 4.- Las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora, o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a veinte millones de pesos (\$20´000.000), o más, estarán obligadas a informar al gobierno nacional de las operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración...”(Subraya fuera del texto original)

El deber de notificarle a la Superintendencia de Industria y Comercio las operaciones de integración en los términos establecidos en la Ley 155, tiene el propósito de prevenir que la operación realizada produzca indebidas restricciones a la competencia, sin importar la forma jurídica en la que se produzca dicha integración.

En este punto desarrollaremos las implicaciones del artículo citado haciendo algunos comentarios sobre el término “misma actividad” previsto en la norma, sobre la naturaleza de la notificación, para posteriormente analizar el control de integraciones realizado por la Superintendencia de Industria y Comercio y su relación con el abuso de la posición dominante objeto del presente escrito.

En primer lugar, la Superintendencia de Industria y Comercio ha conocido sobre integraciones entre empresas que se dediquen a la misma actividad. Ahora bien, sobre lo que se debe entender por “misma actividad” la SIC ha considerado que se debe tratar de empresas que se encuentren dentro del mismo mercado, así no se encuentren dentro del mismo nivel productor, abastecedor, distribuidor o consumidor.<sup>109</sup> Es decir, las compañías que se integran no deben estar en el mismo eslabón de la cadena productiva (integración horizontal), sino que la autoridad de competencia también conoce de integraciones verticales, siempre y

---

<sup>109</sup> Concepto 0301761114 de mayo de 2003 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

cuando se trate del mismo mercado.<sup>110</sup>

El segundo punto que es oportuno precisar es la naturaleza y cuantía de la notificación que deben surtir las empresas que se integren en los términos del artículo 4 de la Ley 155 de 1959. En caso de ser requerida en los términos de la ley, la notificación debe ser realizada de manera previa a la realización de la transacción entre las empresas.<sup>111</sup> Lo anterior, teniendo en cuenta que la finalidad de dicho aviso es que la autoridad de competencia tome las medidas necesarias con el fin de evitar una restricción indebida a la libre competencia dentro del mercado correspondiente.

Por otro lado, es preciso anotar que no todas las operaciones de integración que se lleven a cabo dentro del país están sujetas a notificación obligatoria a la Superintendencia de Industria y Comercio. Incluso si el valor de los activos de las empresas supera la cuantía de veinte millones de pesos (20'000.000) prevista por la norma, debido a que dicho valor implicaría que casi todas las integraciones sean notificadas, la SIC estableció ciertos parámetros para que tanto las integraciones que se realicen, como la labor de dicha entidad en relación con esta materia, sean mas eficientes.<sup>112</sup>

En este sentido, existen dos regímenes, uno general de autorización, y otro de autorización particular. Aquellas empresas que cumplan con los requisitos establecidos para el régimen general de autorización<sup>113</sup>, no deben esperar ningún pronunciamiento de la SIC sobre la integración, ni deberán presentar ningún documento ante dicha entidad.

Por el contrario, la obligación en cabeza de dichas empresas es informar al órgano social sobre el cumplimiento de las condiciones del régimen de autorización general para que dicho órgano decida, o en su defecto, si no se trata de sociedades, se debe dejar constancia escrita del cumplimiento de las condiciones establecidas por la SIC. Si las empresas no cumplen con los requisitos para entrar dentro del régimen de autorización general, deberán informar a la SIC sobre la operación de forma previa a la realización de la misma.

#### Control de las integraciones y abuso de la posición de dominio.

De acuerdo con el parágrafo 1º del artículo 4 de la Ley 155 de 1959, la SIC deberá objetar aquellas operaciones que produzcan una indebida restricción a la libre competencia. Sin embargo, la consolidación de una posición de dominio como

---

<sup>110</sup> MIRANDA, Op. cit., p. 95.

<sup>111</sup> *Ibíd.*, p. 134.

<sup>112</sup> *Ibíd.*, p. 123.

<sup>113</sup> Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio modificada por la Resolución 22195 de 2006 de dicha entidad.



producto de la operación de integración, no necesariamente implica que la transacción deba ser objetada por producir una indebida restricción a la competencia.

En efecto, la Corte Constitucional declaró inexecutable la norma contenida en el artículo 118 del Decreto 226 de 2000 que contenía la obligación en cabeza de la SIC de objetar las operaciones de integración *cuando sean el medio para obtener posición de dominio en el mercado*. Por lo anterior, la SIC no tiene obligación de objetar las integraciones por el simple hecho que de las mismas se produzca una posición de dominio dentro de un mercado determinado.<sup>114</sup>

Adicionalmente, el considerando cuarto de la Resolución 22195 de 2006, afirma claramente que el tamaño de las empresas no necesariamente implica una indebida restricción a la competencia en los siguientes términos: “Que la posibilidad de restringir indebidamente la competencia no es una consecuencia necesaria del tamaño de las empresas involucradas o su participación en el mercado”<sup>115</sup>

Por su parte, el ex Superintendente de Industria y Comercio, Jairo Rubio Escobar, considera que la posición de dominio en el mercado no implica necesariamente la objeción de la operación de integración que la produce. En efecto, es posible que otras condiciones existentes en el mercado, como unas barreras de entrada muy bajas, costos hundidos, o competidores con capacidad instalada ociosa eviten que la posición de dominio obtenida como producto de la operación de integración implique una indebida restricción a la competencia.<sup>116</sup>

Esta concepción se ha visto reflejada en las decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio, en las que para decidir sobre la objeción de una integración, además del nivel de concentración en el mercado, dicha entidad tiene en cuenta condiciones adicionales del mercado donde se esté realizando la integración respectiva que permitan medir la capacidad de reacción de los competidores. Un ejemplo de dicho análisis en virtud del cual una integración no fue objetada totalmente a pesar de producir altos índices de concentración en el mercado es el siguiente<sup>117</sup>:

- ROBIN HOOD – MEALS. En este caso, la Superintendencia de Industria y Comercio determinó que como consecuencia de la integración, la sociedad integrada alcanzaría un elevado nivel de participación en el mercado. Sin embargo, dentro del procedimiento surtido por la SIC se acreditó que a pesar de la circunstancia anotada, no existió evidencia de que “la operación proyectada pueda restringir la competencia en el mercado de helados institucionales, en razón a que no está acreditada la existencia de barreras de

---

<sup>114</sup> MIRANDA, Op. cit. p. 138.

<sup>115</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 22195 de 2006.

<sup>116</sup> MIRANDA, Op. cit., p.139.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 142.

entrada o expansión de los competidores que participan actualmente en dicho mercado.”<sup>118</sup>

No obstante lo anterior, es importante precisar que en este caso mencionado se condicionó la operación de una forma gravosa para las partes y recurrieron dicha decisión de la Superintendencia. Sin embargo, por medio de resolución 11665 de 2005, la SIC confirmó la resolución y los condicionamientos, haciendo difícil la realización de la operación.

Por otro lado, hay múltiples casos en los que la Superintendencia de Industria y Comercio ha objetado operaciones de integración, pues además de producirse altos niveles de concentración en el mercado, las circunstancias propias del mercado relevante implican que se produzca una indebida restricción a la libre competencia.

- **POSTOBÓN QUAKER**

Esta solicitud de integración consistió en la celebración de un contrato de franquicia entre PEPSICO y POSTOBÓN en virtud del cual esta última tendría el derecho de producir, vender y distribuir los productos de la marca Gatorade en el territorio nacional.

El mercado relevante en este caso fue el de bebidas isotónicas dentro del país.<sup>119</sup> En esta ocasión, la SIC objetó la operación, pues además de que se produciría una concentración del mercado en más de 96%, existían características propias del mercado que no permitían que dicha circunstancia fuera respondida eficientemente por los eventuales competidores, teniendo en cuenta que de acuerdo con la entidad, existen importantes barreras de entrada al mercado relevante.<sup>120</sup>

- **PROCTER & GAMBLE- COLGATE**

En este caso, las compañías solicitaron autorización para efectuar una operación que se realizaría en Colombia en virtud del acuerdo al que llegaron sus respectivas sociedades matrices en el exterior. Dentro del mercado de los detergentes en polvo la operación fue objetada<sup>121</sup>, teniendo en cuenta que en lavado a máquina P&G COLOMBIA pasaría, como consecuencia de la operación proyectada, a disponer de una cuota superior al 70%, al adquirir de COLGATE, los índices de concentración mostraron que en caso de llevarse a cabo la operación, se generaría una gran concentración de mercado en cabeza

---

<sup>118</sup> SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución 5487 de 2005.

<sup>119</sup> MIRANDA, Op. cit., p. 165-166.

<sup>120</sup> SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución 16453 de 2004.

<sup>121</sup> SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución 28037 de 2004.

de P&G (71%) frente a la que se limitaría la competencia efectiva por parte de otros agentes, y su capacidad de reacción.<sup>122</sup>

- DUPONT DE COLOMBIA S.A. Y PLASTILENE S.A.

Las compañías informaron a la Superintendencia de Industria y Comercio su intención de llevar a cabo una operación por medio de la cual Plastilene concentraría las actividades de producción de películas coextruidas de alta barrera y que Dupont se encargaría del desarrollo de las actividades de distribución y comercialización de éstas. A pesar de la integración, Plastilene y Dupont seguirían desarrollando paralelamente actividades de manera independiente.

Particularmente la Superintendencia de Industria y Comercio determinó que como producto de la integración se alcanzaría una cuota de participación en el mercado de 83%, mientras el competidor mas cercano apenas alcanzaba el 16% del mercado de películas coextruidas de alta barrera, además de generarse un alto porcentaje en el test de dominancia producto de la operación, generarse un índice HHI alto, ausencia de productos sustitutos, y que las condiciones particulares del mercado implicaban barreras de entrada al mismo por parte de nuevos competidores.<sup>123</sup>

La SIC determinó que la integración solicitada "...tendría la potencialidad de afectar de manera indebida la competencia en el mercado nacional de películas coextruidas de alta barrera, por cuanto el ente integrado adquiriría las ventajas suficientes para alterar las condiciones de competencia en dicho mercado, sin que sus competidores o clientes pudieran ejercer contrapeso alguno frente a su conducta."<sup>124</sup> Por lo anterior, decide objetar la operación de integración entre las sociedades DUPONT DE COLOMBIA S.A. PLASTILENE S.A.

---

<sup>122</sup> SUPERINTEDECIA Ibídem.

<sup>123</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Específicamente la SIC encontró que "La concentración del mercado medida según el indicador HHI se incrementaría en 2.592 puntos. El índice de dominancia del ente integrado sería del 95%, mientras que la segunda empresa, Carpak S.A., tendría un índice de dominancia de tan solo el 4%. El mercado presenta importantes barreras al ingreso que hacen vislumbrar que, en el corto plazo, la empresa integrada no enfrentaría la competencia de una empresa entrante. Las condiciones de competencia en el mercado muestran que las empresas que participan en el sector de empaques no estarían en capacidad de contrarrestar las actuaciones del ente integrado. Las empresas que demandan el producto enfrentan un grado importante de dependencia por cuanto no les es posible reemplazar o sustituir en el corto o mediano plazo, el sistema de empaque que utilizan en la actualidad."Tomado de página web de la Superintendencia [http://www.sic.gov.co/Articulos\\_Pagina\\_Principal/Noticias/2006/Competencia/Integraciones.php](http://www.sic.gov.co/Articulos_Pagina_Principal/Noticias/2006/Competencia/Integraciones.php) consultada el 29 de Mayo de 2009.

<sup>124</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 0923 del 24 de Enero de 2006 página 12.

- CLOROX COLOMBIA S.A y COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA

La operación proyectada por las compañías consistió en la compra del negocio de blanqueadores propiedad de Colgate Palmolive Company por parte de Clorox Company que afectaría varios mercados a nivel mundial. En el caso Colombiano la SIC lo evaluó desde el punto de vista de una adquisición de activos y licenciamiento de marca dentro del mercado de los blanqueadores.

En su decisión, la SIC enumera unos elementos, que en caso de estar presentes todos o algunos, generan factibilidad en el deterioro de la competencia como consecuencia del desarrollo de la operación de integración. Los elementos mencionados son los siguientes:

- Limitado número de competidores o, alternativamente, importantes cuotas de mercado de las firmas en cuestión.
- Oferta de producto altamente concentrada en pocas empresas;
- Inexistencia de productos sustitutos;
- Barreras de entrada al mercado;
- Similitud en la estructura de costos de las empresas; Ausencia de poder de compra significativo;
- Alto grado de homogeneidad del producto;
- Ambiente económico estable del mercado;
- Transparencia en la información del mercado.

De acuerdo con la SIC, de llevarse a cabo la integración se incrementarían notoriamente los niveles de concentración del mercado nacional de blanqueadores y las empresas podrían generar un caso de interdependencia estratégica nociva para la competencia. Lo anterior, teniendo en cuenta que la capacidad de producción de blanqueadores quedaría prácticamente concentrada en las empresas integradas, las barreras de entrada al mercado se incrementarían con la realización de la operación, se generarían similitudes en la estructura de costos de los agentes y en esa medida se generan riesgos de conductas coordinadas nocivas para la competencia.

Por las razones anotadas, la Superintendencia de Industria y Comercio objetó

la operación descrita anteriormente.<sup>125</sup>

Los casos citados permiten dilucidar una estrecha relación entre la posición de dominio en el mercado y el control previo a las integraciones empresariales realizado por la SIC. En efecto, la objeción de las integraciones se produce, entre otros casos, cuando como consecuencia de la operación, el agente económico cuenta con una concentración de mercado suficiente que le permite tener una posición de dominio, y determinar los precios.

En este orden de ideas es recurrente la mención del nivel de concentración de mercado, y demás elementos para determinar la eventual posición de dominio en las objeciones de integraciones realizada por la Superintendencia. Sin embargo, en este punto es importante tener en cuenta que el control de la superintendencia se produce antes de la posible configuración de la posición de dominio en el mercado. Por el contrario, la posición de dominio es una situación lícita del mercado en la medida en la que no se abuse de ella.

En este sentido, la doctrina ha considerado que la adquisición de una posición de dominio por medio de la eficiencia en la actividad es legítima en la medida en la que no se abuse de ella, mientras que se limita la adquisición de dicha posición de dominio mediante procesos de concentración.<sup>126</sup> En esa medida, lo que se busca prevenir es que los agentes económicos dejen de competir, y celebren integraciones económicas que limitan la competencia en el mercado y originan una posición de dominio que no es originada en la eficiencia del agente, como sería lo adecuado en términos del mercado y la competencia.

b. Ley 1340 de 2009.

En relación con el deber de notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio, el artículo 9 de la ley 1340, del 24 de Julio de 2009 modificó el artículo 4 de la ley 155 de 1959 en los siguientes términos:

“Artículo 9. Control de Integraciones Empresariales. El artículo 4 de la Ley 155 de 1959 quedará así:

Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse,

---

<sup>125</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 24374 del 8 de Agosto de 2007 consultado en [http://www.sic.gov.co/Normatividad/Doctrina\\_jurisprudencia/2007/Agosto/Res\\_24374\\_2007.php](http://www.sic.gov.co/Normatividad/Doctrina_jurisprudencia/2007/Agosto/Res_24374_2007.php) el 29 de Mayo de 2009.

<sup>126</sup> VELANDIA, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo. Universidad Externado de Colombia Primera Edición. Bogotá 2008.pg.220

adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada:

1. Cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio o;

2. Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio;

En los eventos en que los interesados cumplan con alguna de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% mercado relevante, se entenderá autorizada la operación. Para este último caso se deberá únicamente notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación.

En los procesos de integración o reorganización empresarial en los que participen exclusivamente las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, esta conocerá y decidirá sobre la procedencia de dichas operaciones. En estos casos, la Superintendencia Financiera de Colombia tendrá la obligación de requerir previamente a la adopción de la decisión, el análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el efecto de dichas operaciones en la libre competencia. Esta última podrá sugerir, de ser el caso, condicionamientos tendientes a asegurar la preservación de la competencia efectiva en el mercado.

Parágrafo 1. La Superintendencia de Industria y Comercio deberá establecer los ingresos operacionales y los activos que se tendrán en cuenta según lo previsto en este artículo durante el año inmediatamente anterior a aquel en que la previsión se deba tener en cuenta y no podrá modificar esos valores durante el año en que se deberán aplicar.

Parágrafo 2. Cuando el Superintendente se abstenga de objetar una integración pero señale condicionamientos, éstos deberán cumplir los siguientes requisitos: Identificar y aislar o eliminar el efecto anticompetitivo que produciría la integración, e implementar los remedios de carácter estructural con respecto a dicha integración.

Parágrafo 3. Las operaciones de integración en las que las intervinientes acrediten que se encuentran en situación de Grupo Empresarial en los términos del artículo 28 de la ley 222 de 1995, cualquiera sea la forma jurídica que adopten, se encuentran exentas del deber de notificación previa ante la Superintendencia de Industria y Comercio.”

Del artículo citado se puede apreciar cómo en el nuevo régimen la actividad de los agentes continúa siendo determinante a la hora de identificar la existencia del deber de informar una integración económica a la Superintendencia de Industria y Comercio. Adicionalmente, se hace expresa la precisión en el sentido de que las integraciones verticales realizadas entre agentes pertenecientes a una cadena productora también están sujetas del deber de información si cumplen con los demás requisitos establecidos en la ley. Así mismo, la ley dispone expresamente que las operaciones de integración estarán sujetas a autorización por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio independiente de la forma jurídica en la que sean realizadas. Lo anterior, en concordancia con la doctrina reiterada de la Superintendencia de Industria y Comercio previa a la expedición de la ley.

Es oportuno resaltar que este artículo permite la actualización de los valores de activos y de ingresos que serán tenidos en cuenta al momento de determinar el deber de notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio de cualquier integración. En esa medida, el régimen adquiere dinamismo, y será susceptible de ser actualizado con mayor frecuencia que el anterior, y en esa medida tendrá la capacidad de ajustarse a las condiciones cambiantes del mercado con una mayor precisión.

Por otro lado, es pertinente mencionar que la nueva ley cuenta con la característica de imponer regímenes sancionatorios más estrictos que los establecidos en la ley anterior. En lo que tiene que ver con las integraciones empresariales, además de las sanciones previstas en la ley, se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de revertir una operación de integración empresarial previa investigación por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Esta consecuencia se encuentra prevista para los siguientes casos:

- En los que una integración empresarial no haya sido informada existiendo el deber legal para ello.
- Cuando se haya perfeccionado antes de que el término otorgado a la Superintendencia de Industria y Comercio para pronunciarse haya terminado y se encuentre que constituye una indebida restricción a la libre competencia.
- Cuando la operación haya sido objetada.
- Cuando no se hayan cumplido los condicionamientos impuestos por la Superintendencia para la autorización de la operación.<sup>127</sup>

---

<sup>127</sup> Artículo 13. Orden de Reversión de una Operación de Integración Empresarial. Sin perjuicio de la imposición de las sanciones procedentes por violación de las normas sobre protección de la competencia, la autoridad de protección de la competencia podrá, previa la correspondiente investigación, determinar la procedencia de ordenar la reversión de una operación de integración

A diferencia del régimen anterior, donde los actos realizados conforme a la integración se entendían nulos, (para cuya declaratoria se debía acudir a un Juez de la República) hoy en día la revocatoria prevista en la ley permite que la reversión sea efectuada directamente por la Superintendencia de Industria y Comercio. Lo anterior, con independencia de las demás sanciones previstas en la ley para el incumplimiento del deber legal previsto en el artículo 9 de la ley 1340 de 2009.

Teniendo en cuenta la reciente entrada en vigencia de esta ley resulta prematuro emitir conceptos acerca de su efectividad, pero consideramos que constituye un avance importante en el sentido de ampliar y precisar el papel de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de abuso de la posición de dominio, así como en los demás temas objeto de control dentro de la promoción de la competencia en nuestro país. En este sentido, esperamos que la nueva legislación contribuya en la multiplicación de normatividad en materia de abuso de la posición de dominio que aporte al estudio de este concepto en Colombia.

---

empresarial cuando ésta no fue informada o se realizó antes de cumplido el término que tenía la Superintendencia de Industria y Comercio para pronunciarse, si se determina que la operación así realizada comportaba una indebida restricción a la libre competencia, o cuando la operación había sido objetada o cuando se incumplan las condiciones bajo las cuales se autorizó. En tal virtud, si de la investigación administrativa adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio se desprende la procedencia de ordenar la reversión de la operación, se procederá a su correspondiente reversión.



## 7. POSICIÓN DOMINANTE COLECTIVA

La figura de la posición dominante colectiva aún no es consagrada en el ordenamiento legal Colombiano, sin embargo, ha cobrado especial importancia a nivel de derecho comparado para contrarrestar abusos de posición de dominio que se presenten en mercados oligopólicos.

Particularmente, en la Unión Europea, se presenta una consagración de la figura a nivel comunitario y en la legislación de cada país.

De acuerdo con el Instituto del Derecho de la Competencia (Institute of Competition Law), la posición dominante colectiva está consagrada en la legislación de Francia, el Reino Unido, Luxemburgo, República Checa, Dinamarca, Estonia, Suiza, España y Alemania, entre otros países.<sup>128</sup>

---

<sup>128</sup>INSTITUTE OF COMPETITION LAW tomado de: [http://www.concurrences.com/rubrique.php3?id\\_rubrique=577](http://www.concurrences.com/rubrique.php3?id_rubrique=577) consultado el 15 de Abril de 2009. Sobre la regulación particular de la posición de dominio en los países de la Unión Europea, el instituto hace el siguiente comparativo:

### **France**

Article L. 420-2 Commercial Code refers to the abuse of dominance by an undertaking or a group of undertakings. The Competition Council applies the collective dominant position concept defined by the ECJ in Kali und Saltz and Airtour cases or by the CFI in the Gencor case. The test has been applied on various occasions.

### **U.K.**

Like Article 82 EC, Chapter II of the Competition Act prohibits conduct 'by one or more undertakings' which amounts to abuse of a dominant position. The guideline "abuse of a dominant position" at paragraphs 4.23 to 4.25 states that a dominant position may be held collectively when two or more legally independent undertakings are linked in such a way that they adopt a common policy on the market.

### **Bulgarie**

No such explicit definition exists in the legislation. However, the idea for collective dominance is implied in PCA. In this regard, Article 18 of Bulgarian Protection of Competition Act prohibits the abuse of a dominant position by "two or more undertakings enjoying a joint dominant position".

### **Cyprus**

The finding of collective dominance by the Commission for the Protection of Competition is based on the European case law, according to which collective dominance is likely if the following criteria are satisfied:

- the members of the oligopoly must be able to monitor each other's behavior, which requires a sufficient degree of market transparency;

- the situation of "tacit coordination" is sustainable over time, which requires adequate deterrents to ensure that oligopoly members do not deviate from the common policy;

- the reactions of current and future competitors, as well as consumers, will not jeopardize the results expected from the common policy or oligopolists' behavior.

### **Luxembourg**

The 2004 Law does not distinguish between collective dominance and unilateral dominance and does not give any definition of each one. But the 2004 Law prohibits, such as Article 82, "any abuse by one or more undertakings of a dominant position". It may be considered that it covers collective dominance, even if it is not specifically defined.

### **Czech Republic**

---

The definition of collective dominance is implied in Article 10 **para** 1 of the Competition Act which states that “...more undertakings collectively shall be deemed to have a dominant position in a relevant market if their market power enables them to behave, to a significant extent, independently of other undertakings or consumers”.

#### **Denmark**

Does the definition exist in the legislation: A dominant position may be held by two or more economic entities legally independent of each other, provided that, from an economic point of view, they present themselves or act together as a collective entity on a particular market. The definition is developed in case law and there is no explicit definition in legislation. The definition corresponds to the definition according to EU-law.

#### **Estonia**

Collective dominance is also referred to in legislation but no specific criteria for collective dominance have been set forth.

#### **Switzerland**

Pursuant to Article 4(2) Competition Act, a dominant position can be held by “one or more enterprises”, this means that collective dominance is captured by the Competition Act, in particular oligopolies and/or duopolies.

#### **Greece**

Article 2 of Law 703/1977 refers to “any abuse by one or more undertakings”. Despite the significant evolution of EC Courts’ case law, the Hellenic Competition Commission has not elaborated on the issue of collective dominance. For its position, see Decision No 181/III/2001.

#### **Spain**

Article 2 of the Competition Act 15/2007 states that “the abusive use by one or more undertakings of their dominant position in all or part of the national market is prohibited”, so the same principles are applied to individual and collective dominance.

#### **Germany**

Act against Restraints of Competition (“ARC”) § 19(2), second sentence provides: “Two or more undertakings are dominant insofar as no substantial competition exists between them with respect to certain kinds of goods or commercial services and they jointly satisfy the conditions of sentence 1.”

#### **Ireland**

There is no legislative definition of collective dominance in Ireland. In addition, the courts have not been called upon to interpret it to date.

#### **Slovenia**

Article 10, paragraph 4 of the Competition Act defines collective dominance as follows: “Two or more undertakings shall be deemed to have a dominant position on the market if no significant competition exists between them, and if their aggregate share of purchasing or selling goods or services in the Republic of Slovenia exceeds a threshold of 60 per cent.”

#### **Romania**

No specific definition of collective dominance has been included in the legislation, nor has been issued so far by the relevant practice. However, Article 6(1) of Competition Law refers to both individual and collective dominance, by prohibiting the abusive use of a dominant position held by one or several undertakings.

#### **Italy**

Collective dominance is covered by Article 3 of the Law, which prohibits the abuse of dominant position by “one or more undertakings”. Nonetheless the legislation does not provide for a definition of collective dominance, and to this end, the ICA (the Italian Competition Authority) makes reference to the principles established at EC level, in the Airtours case. In this regard, reference can be made to the recent case regarding fixed line-mobile telephone calls, in which the ICA (the Italian Competition Authority) argued, at a first stage, that TIM, Vodafone and Wind collectively held a dominant position in the market for the provision of wholesale access to the mobile network, while,

---

in the final decision, the ICA (the Italian Competition Authority) deemed the evidence proving the collective dominance to be insufficient, and, thus, the collective dominance to be inexistent.

#### **Portugal**

Article 6/2 of the Portuguese Competition Act , b) defines it, although there is no decision concerning a collective dominance yet.

#### **Lithuania**

The statutory definition provided above covers both single and collective dominance.

#### **Latvia**

The definition of dominance in the Competition Law covers also collective dominance. The concept of collective dominance has been applied on one occasion recently by the Competition Council.

#### **Malta**

The Act does not provide a definition of collective dominance, however the CFT has in a *Bulcon/Sea Malta Company*, quoted with approval the test set forth by the ECJ in *Europemballage v Commission* and *Compagnie maritime belge a.o. and Dafra-Lines v Commission*.

#### **Sweden**

According to the wording of Section 19 of the Competition Act, a dominant position could be held by 'one or several undertakings'. In other words, the Act reproduces the same expression used in Article 82 of the EC Treaty. The Competition Authority has confirmed that the EC case law regarding collective dominance constitutes the basis for the Authority's analysis when deciding similar questions. It follows that market behavior by one or a number of undertakings, although these undertakings do not constitute a single economic entity, can be evaluated by the Authority under Section 19 of the Act.

#### **Hungary**

The Hungarian Competition Act contains the definition of joint dominance when it stipulates that a dominant position may be held by individual undertakings or group of undertakings or jointly by more than one undertaking or more than one group of undertakings (see Art. 13 (3) of the Hungarian Competition Act).

#### **Finland**

The dominant position, defied above, could be held by one or more undertakings. The definition exists in the Competition Act.

#### **Belgium**

Article 3 of the Competition Act prohibits the abuse of a dominant position by one or more undertakings. The Competition Act therefore also potentially covers collective dominance. However, so far, there has been no published case law elaborating on the concept of abuse of collective dominance.

#### **Russia**

According to Article 5 Section 3 of the Federal Law "On Protection of Competition": The position of each of several economic entities (except financial organizations) is recognized dominant if all of the conditions below apply to the entity: 1) the aggregate share of not more than three economic entities, (and the share of each of these exceeds the shares of the other economic entities in this market), exceeds fifty per cent, or the aggregate share of not more than five economic entities, (and the share of each of these exceeds the shares of the other economic entities in the relevant commodity market), exceeds seventy per cent (this provision is not applied if the share of at least one of the aforementioned economic entities is less than eight per cent); 2) during a long period (during not less than a year or in case this period is less than a year during the period of the relevant commodity market existence) the relevant sizes of such economic entities' shares are stable or subjected to insignificant changes, as well as access of new competitors to the relevant commodity market is impeded; 3) the commodity sold or purchased by economic entities cannot be substituted with another commodity in the process of consumption (including consumption for production purposes), growth of the commodity price does not condition corresponding to such growth reduction in demand for this commodity, information about the price, conditions of selling or

Ahora bien, en relación con la legislación comunitaria, de acuerdo con Jaime Pellisé Capell, en el artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea se consagra la posición dominante colectiva del mercado, al contemplar la posibilidad de que una *o más empresas* detenten posición de dominio, y abusen de ella. Sin embargo, no consagra una definición expresa de posición de dominio colectiva.<sup>129</sup>

Teniendo en cuenta que los principales agentes económicos en mercados oligopólicos pueden entrar a actuar de una forma paralela en el mercado, el autor citado señala tres posibles relaciones existentes entre dichos agentes, con el fin de analizar su conducta y determinar un eventual abuso de la posición de dominio colectiva.

En primer lugar, la posición dominante colectiva se puede dar en el caso de las relaciones entre la matriz y sus filiales. Si bien en términos de derecho de la competencia dichos agentes pueden ser considerados como un solo agente económico, es posible aplicar la doctrina de la posición dominante colectiva en el caso en que los vínculos en las compañías no son lo suficientemente importantes como para ser considerados como una sola empresa. Así mismo, puede ser aplicada la regulación de la posición de dominio colectiva en los casos en que no

---

purchasing of this commodity in the relevant commodity market is available to indefinite group of persons.

**Poland**

The definition of dominant position covers both individual and collective position however there is not a specific definition for collective dominance.

**The Netherlands**

Article 1 of the Competition Act expressly refers to "one or more undertakings". Thus, the abuse of a collective dominant position is also prohibited. With reference to European case law, the Explanatory Memorandum states that a collective dominant position exists where two or more independent economic entities are, on a specific market, united by such economic links and, by virtue of that fact, together hold a dominant position vis-à-vis the other operators on that market.

**Slovakia**

According to the Competition Act, an undertaking (or several undertakings) is considered to be dominant in the market if it is not subject to substantial competition and if it can - as a result of its economic strength - behave independently in the market. This definition ("...or several undertakings...") also includes cases of collective dominance. In practice the cases in which the Antimonopoly Office of the Slovak Republic identifies collective dominance concern oligopolistic markets.

**Austria**

There is no definition of collective dominance in the Austrian Cartel Act 2005.

**Turkey**

The Competition Law defines the existence of collective dominance with a single criterion which is the ability of undertakings jointly having the power to determine prices. There is no separate definition provided for collective dominance under Competition Law, as the definition of dominance also includes collective dominance. The Competition Law does not provide a set criteria in determining the existence of collective dominance either. However, the Board in its number of decisions, found undertakings collectively dominant in respective markets."

<sup>129</sup> PELLISÉ CAPELL, Jaime. La explotación de una posición dominante. Art 82 TCE y 6 LEDC Librería Civitas. Madrid España, 2005. p. 222.

se pueda establecer con certeza la existencia de un acuerdo entre la matriz y las filiales para adoptar cierta conducta determinada frente al mercado.<sup>130</sup>

El segundo caso en el que se pueden catalogar los eventos de posición de dominio colectiva de acuerdo con Pellisé Capell es en aquellos acuerdos o prácticas concertadas entre varias empresas autónomas e independientes. Ahora bien, de acuerdo con la legislación comunitaria europea, dichos acuerdos anticompetitivos son sancionados por una norma diferente a la que regula la posición de dominio. Es así como es discutible la aplicación simultánea de los preceptos referentes a posición de dominio colectiva con las normas sobre acuerdos anticompetitivos en este segundo caso. No obstante, el tema tiene ciertos matices dependiendo de la relación entre los agentes económicos que celebren el contrato, su efectiva participación en el mercado, pero sobre todo, si como producto del acuerdo celebrado se generan vínculos entre las compañías que los determinen en una línea uniforme de actuaciones frente al mercado.<sup>131</sup>

Por último, el tercer caso de posición dominante colectiva es aquel que se da como producto de un paralelismo de conductas entre agentes económicos independientes originado en motivos diferentes a un acuerdo entre ellos. De acuerdo con Pellisé Capell, este caso de posición de dominio colectiva es aplicado generalmente en los casos en los que no se puede constatar la existencia de un acuerdo entre empresas para conducirse de determinada forma en el mercado, o no existe prueba del mismo. En efecto, para que se pueda dar la aplicación de las normas sobre acuerdos anticompetitivos, habría que acreditar la existencia de dicho vínculo.<sup>132</sup>

Este último caso lo vemos especialmente aplicable al caso colombiano, ya que los acuerdos anticompetitivos pueden consistir en acuerdos expresos, o en prácticas conscientemente paralelas. Lo que sucede es que en el caso colombiano, todas estas situaciones se sancionarían desde el punto de vista de los acuerdos anticompetitivos, pero no desde el punto de vista de la posición de dominio. Lo anterior, teniendo en cuenta que nuestra legislación aún considera que un agente económico es el que detenta una posición de dominio en el mercado, y lo demás constituyen acuerdos entre empresas que no se consideran como colectivamente poseedoras de posición de dominio en el mercado.

Es oportuno precisar que las cortes europeas han considerado que este análisis se debe hacer en todo caso, previamente a la determinación de un abuso efectivo de la posición de dominio detentada en el mercado.<sup>133</sup>

---

<sup>130</sup> *Ibíd.*, p. 224 a 227.

<sup>131</sup> *Ibíd.*, p. 227 a 232.

<sup>132</sup> *Ibíd.*, p. 235.

<sup>133</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) del 16 de Marzo de 2000. *Compagnie maritime belge transports SA (C-395/96 P)*, *Compagnie maritime belge SA (C-395/96 P)* and *Dafra-Lines A/S (C-396/96 P)* y *Commission of the European Communities*.

Por otro lado, la doctrina ha señalado que una forma de prevenir el abuso de la posición de dominio colectiva, es mediante el control oportuno de las operaciones de integración que se lleven a cabo en el mercado. En este orden de ideas, las autoridades comunitarias interpretan las normas sobre control de las concentraciones<sup>134</sup> en el sentido de prohibir aquellas operaciones de integración llevadas a cabo en un mercado oligopólico, cuando dicha transacción va a generar una posición de dominio colectiva, o reforzar alguna ya existente.<sup>135</sup>

En Colombia, las conductas anticompetitivas y de abuso de la posición de dominio dentro de los mercados oligopólicos son controladas mediante las normas previstas en el Decreto 2153 de 1992 en materia de acuerdos contrarios a la libre competencia. En efecto, si se tiene en cuenta que los acuerdos contrarios a la libre competencia en Colombia pueden tener la forma de prácticas conscientemente paralelas entre agentes de un mercado, no es necesaria la existencia de un acuerdo anticompetitivo expreso para que su conducta sea reprochable.

Por esta razón, al enfrentar el concepto de la posición dominante colectiva con las prácticas conscientemente paralelas, algunos doctrinantes resumen la diferencia entre los dos conceptos en un mero problema de tipicidad, en el que la posición dominante colectiva lleva a una práctica conscientemente paralela, y en esa medida puede ser castigada bajo el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.<sup>136</sup>

Sin embargo, en los casos en los que la prueba de una práctica conscientemente paralela se dificulte, sería viable incorporar la posición de dominio colectiva en la legislación colombiana como alternativa de tipificar la conducta. Lo anterior, si se tiene en cuenta que a nivel de derecho comparado, la posición dominante colectiva es una alternativa de tipificación en aquellos casos en los que se dificulta la prueba de una “forma de comunicación o contacto efectivo entre las empresas”<sup>137</sup> para ser sancionadas por acuerdos anticompetitivos como prácticas conscientemente paralelas. En este orden de ideas, es interesante adoptar una aproximación al tema similar a la visión de la Comisión y los Tribunales Europeos que han concluido que una posición de dominio conjunta puede identificarse “a través de la apreciación de la estructura del mercado en cuestión y sin necesidad de que existan vínculos contractuales o estructurales entre las empresas.”

---

Tomado de Eur Lex en <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=241957:cs&lang=es&list=241957:cs,&pos=1&page=1&nbl=1&pgs=10&hwords=Compagnie Maritime Belge~&checktexte=checkbox&visu=#texte> consultado el 15 de Abril de 2009.

<sup>134</sup> Párrafos segundo y tercero del artículo 2 del Reglamento (CE) 4064/89.

<sup>135</sup> PELLISÉ CAPELL, Jaume. La explotación de una posición dominante. Art. 82 TCE y 6 LEDC. Librería Civitas. Madrid España. 2005. Página 226.

<sup>136</sup> VELANDIA, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo. Universidad Externado de Colombia Primera Edición. Bogotá 2008. Página 131.

<sup>137</sup> QUINTANA SANCHEZ, Eduardo. Abuso de Posición de Dominio Conjunta y Colusión Tácita. ¿Infracciones sin contenido Real? Thémis, 2005.

## 8. POSICIÓN DOMINANTE EN LOS SECTORES REGULADOS

Después de haber brindado una visión conceptual de la posición de dominio y su abuso, consideramos pertinente mencionar de una manera general algunos regímenes especiales en materia de abuso de la posición de dominio. Lo anterior, con el fin de ilustrar el tratamiento de este asunto en sectores regulados que se caracterizan por ser cada vez más especializados y por tener importantes implicaciones sociales.

Antes de iniciar el desarrollo de los regímenes especiales, es oportuno mencionar que en virtud de la ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio será la autoridad única en materia de protección a la competencia en Colombia. En este orden de ideas, será la autoridad competente para conocer de forma privativa de las investigaciones administrativas en materia de protección a la competencia, impondrá multas y demás sanciones administrativas, así como conocerá del cumplimiento de las normas en materia de competencia desleal.<sup>138</sup>

Esta precisión resulta importante en la medida en la que las autoridades gubernamentales encargadas de la regulación, vigilancia y control de los diferentes sectores que serán mencionados en este capítulo, a partir de la entrada en vigencia de la nueva ley, se encuentran obligadas a prestar el apoyo técnico que sea requerido por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Así mismo, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá informar a la entidad encargada de la regulación, control y vigilancia del sector involucrado, la existencia de una investigación 10 días después del inicio de la misma, para que dicha entidad emita su concepto técnico sobre el asunto.<sup>139</sup>

---

<sup>138</sup> En el caso de las integraciones en las que sólo participen agentes vigilados por la Superintendencia Financiera de Colombia, será dicha entidad la encargada de conocer y decidir sobre la procedencia de dichas operaciones, previo concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio sobre la materia.

<sup>139</sup> Capítulo 3 AUTORIDAD NACIONAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA  
Artículo 6. Autoridad Nacional de Protección de la Competencia.

La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.

Parágrafo: Para el cumplimiento de este objetivo las entidades gubernamentales encargadas de la regulación y del control y vigilancia sobre todos los sectores y actividades económicas prestarán el apoyo técnico que les sea requerido por la Superintendencia de Industria y Comercio.

...

Artículo 8. Aviso a Otras Autoridades. En la oportunidad prevista en el numeral 4° del artículo 10 de esta ley, o, tratándose de una investigación, dentro de los diez (10) días siguientes a su inicio, la

### a) Servicios públicos

Los servicios públicos cobran especial importancia en lo que tiene que ver con el abuso de la posición dominante en el mercado, teniendo en cuenta los efectos que tiene la conducta de las compañías de servicios públicos sobre los consumidores, y la posición que dichas compañías prestadoras de servicios públicos adquieren en el mercado. Más aún, la mayoría de empresas de servicios públicos se encuentran en una condición de monopolio natural, por que el legislador colombiano adoptó este criterio para establecer una regulación legal especial en esta materia.<sup>140</sup>

En efecto, de acuerdo con Esteban Jaramillo, existen varias razones fundamentales para que las empresas prestadoras de servicios públicos sean monopolios naturales, a saber:

- “a) Los servicios que suministran no pueden ser transportados desde lugares distantes, por lo que no pueden ser objeto de competencia.
- b) Una vez ubicada la empresa, obtiene una posición de ventaja que hace muy difícil a otro empresario poder tener acceso a los mismos recursos del primero, circunstancia por la cual, se reitera, es difícil la existencia de competencia.
- c) Para satisfacer la demanda adicional, es más sencillo el ensanche de la empresa establecida, que pretender montar una nueva planta de producción.
- d) Estos servicios son por naturaleza colectivos, por lo que están signados, en palabras del citado autor, por una natural inclinación de los hombres a buscar unidad y armonía en algunos de estos servicios y su repugnancia a estar escogiendo entre distintos empresarios.”<sup>141</sup>

---

Superintendencia de Industria y Comercio deberá comunicar tales hechos a las "entidades de regulación y de control y vigilancia competentes según el sector o los sectores involucrados. Estas últimas podrán, si así lo consideran, emitir su concepto técnico en relación con el asunto puesto en su conocimiento, dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación y sin perjuicio de la posibilidad de intervenir, de oficio o a solicitud de la Superintendencia de Industria y Comercio, en cualquier momento de la respectiva actuación. Los conceptos emitidos por las referidas autoridades deberán darse en el marco de las disposiciones legales aplicables a las situaciones que se ventilan y no serán vinculantes para la Superintendencia de Industria y Comercio. Sin embargo, si la Superintendencia de Industria y Comercio se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar, de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos jurídicos o económicos que justifiquen su decisión,

<sup>140</sup> SIERRA, Op. cit., p.189.

<sup>141</sup> JARAMILLO, Esteban. Tratado de ciencia de la hacienda pública, tI, Imprenta de "La Luz", 1925, p.168 y 169, citado por DUSSÁN HITSCHERICH, Jorge. El régimen de los servicios públicos domiciliarios, Pontificia Universidad Javeriana. 2005. p. 92 y 93.



Los servicios públicos en Colombia, en especial los servicios públicos domiciliarios, se encuentran regulados fundamentalmente por la Constitución Política y la Ley 142 de 1994, además de normas especiales sobre competencia y temas particulares. Para efectos académicos se realizará una breve reseña a los puntos fundamentales de estas normas en lo que tiene que ver con el abuso de la posición dominante dentro de este sector.

En primer lugar, la Constitución Política contiene diversos artículos que hacen referencia a la regulación de los servicios públicos, desde la libertad económica a la que hace referencia el artículo 333 ya mencionado anteriormente en este escrito, hasta las normas particulares contenidas en el Capítulo 5 del título –XII del Régimen de la Hacienda Pública, llamado “De la finalidad social del Estado y de los servicios públicos”.

La denominación del capítulo en nuestra Carta Política, implica una estrecha relación entre los servicios públicos y la finalidad social que le da prioridad a su prestación en forma eficiente y oportuna a todos los habitantes de nuestro país. En esta medida, la regulación económica del sector de los servicios públicos se justifica con el fin de obtener un mercado eficiente que a la vez, contenga un sentido de justicia social que se enmarque dentro del Estado Social de Derecho consagrado en nuestra Constitución.

Es así como el artículo 365 de la Constitución establece:

“Artículo 365: Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional...”

Es pertinente resaltar cómo el concepto de eficiencia es un criterio Constitucional sobre el que se basa la prestación de los servicios públicos en Colombia, así como su regulación. En ese sentido, el artículo citado también establece que los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o incluso, por particulares.

Así mismo, el artículo 367 de la Carta Política dispone que la calidad, cobertura y financiación de los servicios públicos domiciliarios será determinado por la ley, dando así plena importancia a este tema, siendo sujeto de regulación especial por parte del Congreso de la República. Este artículo resulta importante en el marco de la regulación del abuso de la posición dominante en el sector de los servicios públicos domiciliarios, teniendo en cuenta que por mandato constitucional, las compañías que presten dichos servicios están sujetas a un régimen tarifario especial.

En virtud del mandato Constitucional, dicho régimen tarifario deberá tener en cuenta los criterios de costos, solidaridad y redistribución del ingreso, por lo cual

se acentúa el enfoque social otorgado a la prestación de los servicios públicos, que igualmente se ve reflejado en el régimen económico especial que rige este mercado en relación con las normas sobre abuso de posición dominante.

Como primera medida, el tratamiento legal especial otorgado a los servicios públicos se encuentra determinado por las autoridades competentes para ejercer la vigilancia, el control y regulación de este sector. En este orden de ideas, es facultad del congreso expedir la ley marco que rijan la intervención del Estado sobre la prestación de servicios públicos domiciliarios, y es competencia del Presidente de la República la determinación de las políticas de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. Lo anterior, además de las facultades de la Superintendencia de Servicios Públicos, y de las comisiones de regulación, que serán mencionadas más adelante.

Ahora bien, después de esbozar el marco general de la regulación de los servicios públicos en la Constitución Política, es pertinente hacer referencia a la Ley 142 de 1994, y sus normas especiales en materia de abuso de la posición dominante.

Es importante precisar que en virtud del artículo primero la Ley 142 de 1994, los servicios públicos domiciliarios regulados por esa ley son el acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía [fija] pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural. Así mismo, la Ley 142 establece la búsqueda del libre mercado, y la prevención de abusos en materia de posición dominante como fines primordiales de la intervención del Estado en materia de servicios públicos domiciliarios, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 2o. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, 365, 366, 367, 368, 369, 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines:

...

2.6. Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante.

...

2.7. Obtención de economías de escala comprobables.”

En virtud del artículo citado, una de las principales finalidades del Estado en la intervención en materia de servicios públicos es la prevención de la utilización abusiva de la posición dominante en el mercado de los servicios públicos. Sobre este punto, es importante reiterar que la conducta reprochable al agente económico es el abuso de la posición dominante, pero no la existencia de la

misma. Tanto así, que otra de las finalidades del estado es la obtención de economías de escala, las cuales, seguramente generarán posición dominante, que será beneficiosa en términos sociales en la medida en que no se abuse de ella.

La mencionada Ley de servicios públicos define la posición dominante en los siguientes términos:

“14.13. POSICIÓN DOMINANTE. Es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado.”

En esta medida, la jurisprudencia constitucional ha considerado dos sistemas de interpretación sobre la existencia de posición dominante en materia de servicios públicos. Por un lado, la posición de las empresas prestadoras de servicios públicos es considerada dominante *per se* en relación con los usuarios, mientras que la posición de dominio de un agente frente al mercado se debe determinar en relación con la participación que tenga entre los usuarios que conforman su mercado, y los sustitutos próximos que lo conforman.

En relación con el artículo citado, la Corte Constitucional mediante sentencia C 389 de 2002 consideró:

“En el primer caso, se establece que la empresa de servicios públicos domiciliarios per se tiene una posición dominante frente a los usuarios. Y en el segundo, se establece cuándo una empresa tiene una posición dominante respecto al mercado de sus servicios y de sus sustitutos próximos.” (Subraya fuera del texto original)

En efecto, la ley establece una presunción de existencia de posición dominante de las empresas prestadoras de servicios públicos en relación con los usuarios. Sin embargo, como mencionamos anteriormente, dicha presunción por sí misma no es suficiente para que la empresa de servicios públicos sea objeto de una sanción por parte del Estado.

En este sentido, mientras el mercado sea eficiente, y se cumplan con los objetivos sociales previstos en la Constitución y en la ley, la posición de dominio en el mercado de servicios públicos no es sancionada, así se haya determinado “*per se*” su existencia. Lo anterior, en la medida en que no se incurra en aquellas conductas que la ley considera como abusivas de la posición dominante en el mercado de los servicios públicos.

Sobre las conductas abusivas en materia de servicios públicos dentro de la Ley 142 de 1994 es pertinente dividir el ámbito de aplicación de la ley, en relación con

el abuso frente al usuario o suscriptor por un lado, y el abuso frente a los competidores por el otro.

i. Abuso de la posición de dominio frente a los suscriptores o usuarios.

Es pertinente precisar que la protección otorgada a los suscriptores o usuarios de los servicios públicos en virtud de la Ley 142, es una protección adicional y especial con respecto a la protección otorgada a los consumidores dentro del régimen general establecido en el Decreto 2153 de 1992.<sup>142</sup> Así mismo, el tema del abuso de las empresas de servicios públicos frente a los usuarios se ha enfocado en el abuso de la posición contractual que tiene la empresa de servicios públicos con el usuario en particular, y no necesariamente en el mercado, tema que se desarrollará más adelante.

Como primera medida, partiendo de la base de la existencia de posición dominante de las empresas de servicios públicos frente a sus usuarios, la ley 142 establece una protección al consumidor desde el punto de vista de la relación contractual. En este sentido, establece que la interpretación de los contratos en materia de servicios públicos se realizará de una forma en la que se logre una mayor prevención del abuso de la posición dominante dentro del sector.<sup>143</sup>

En este sentido, el artículo 34.6 de la ley prohíbe el abuso de la posición de dominio que ostentan las empresas prestadoras de servicios públicos, en los siguientes términos:

“Artículo 34. PROHIBICIÓN DE PRÁCTICAS DISCRIMINATORIAS, ABUSIVAS O RESTRICTIVAS. Las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos, deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados, y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia.

Se consideran restricciones indebidas a la competencia, entre otras, las siguientes:

34.6. El abuso de la posición dominante al que se refiere el artículo 133 de esta ley, cualquiera que sea la otra parte contratante y en cualquier clase *de contratos*.”

---

<sup>142</sup> SIERRA, Op. cit., p.190.

<sup>143</sup> El Artículo 30 de la Ley 142 de 1994 establece: “...las normas que esta ley contiene sobre contratos se interpretarán en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante.”

Por su parte el artículo 133 precisa los términos del abuso de la posición de dominio proscrita por la ley de la siguiente forma:

“Artículo 133. ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE. Se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos a los que se refiere este libro, en las siguientes cláusulas:

133.26. Cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo, tal como se enuncian en el artículo 126 de esta ley.

Cuando una comisión haya rendido concepto previo sobre un contrato de condiciones uniformes, o sobre sus modificaciones, el juez que lo estudie debe dar a ese concepto el valor de una prueba pericial firme, precisa, y debidamente fundada.”(Subraya fuera del texto original)

Es importante resaltar que en estos casos existe una presunción de derecho sobre la existencia de abuso de la posición dominante en caso de que la empresa de servicios públicos incluya una de las cláusulas prohibidas por la ley. Ahora bien, se debe tener en cuenta que dicha presunción se puede desvirtuar en dos casos: Primero, mediante la demostración de que el conjunto de obligaciones contenidas en el contrato resultan equilibradas con obligaciones que asume la empresa frente a los usuarios, y segundo, en los casos en los que la Comisión haya otorgado permiso para contratar con la existencia de alguna de dichas cláusulas, en los casos en que dicha autorización sea requerida.<sup>144</sup>

De acuerdo con Santiago Concha Delgado algunas de las cláusulas que representan abuso de la posición dominante por parte de las empresas de servicios públicos en beneficio de los usuarios son:

“... la exclusión o limitación de responsabilidad por parte de la empresa, o las que trasladen la carga de la prueba en el usuario. Las que den a la empresa la facultad de terminar el contrato por razones distintas del incumplimiento del usuario o de fuerza mayor o caso fortuito. Las que obligan al usuario a recurrir a una empresa o persona para adquirir cualquier otro bien o servicio. Las que imponen al usuario la renuncia anticipada de los derechos emanados del contrato y las que limiten el derecho del suscriptor a pedir la

---

<sup>144</sup> SIERRA, Op. cit., p. 191.

terminación o exigir indemnización de perjuicios.”<sup>145</sup>

Por su parte, Juan Jorge Almonacid Sierra y Nelson Gerardo García Lozada señalan además de las anteriores, otras cláusulas abusivas en materia de servicios públicos como las que legitiman a la empresa para revocar o limitar cualquier derecho contractual del suscriptor o usuario, las que obligan a comprar más de lo necesario, las que limitan la libertad del suscriptor o usuario en sus contratos con terceras personas, las que impiden al suscriptor o usuario hacer uso de los mecanismos legales procedentes para hacer efectivos sus derechos, las que presumen manifestaciones de voluntad en cabeza de los usuarios por el paso del tiempo, las que establezcan que la empresa ha cumplido con algún requerimiento legal para efectos de las obligaciones previstas en el contrato, las que permitan que la empresa exija a sus usuarios o suscriptores compensaciones excesivamente altas por la terminación anticipada del contrato, las que impongan plazos contractuales o de renovación del contrato superiores a los permitidos por las comisiones, las que obligan a la aceptación de la cesión del contrato por parte de los usuarios o suscriptores, las que obliguen al suscriptor o usuario a adoptar formalidades injustificadas, y en general, aquellos límites a los deberes y derechos contenidos en el contrato que alteren los fines legales y constitucionales del mismo.<sup>146</sup>

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha determinado que puede ser causal de abuso de la posición dominante de las empresas prestadoras de servicios públicos, la negativa a brindar información a sus usuarios.<sup>147</sup>

La consecuencia jurídica prevista por la Ley 142 en caso de existir alguna de las cláusulas abusivas sin autorización de la autoridad competente es la nulidad parcial del contrato.

En virtud de dicho efecto jurídico todas las demás cláusulas del contrato conservan su validez y se preserva la finalidad social de prestación continua de los servicios públicos prevista en la Constitución.<sup>148</sup>

## ii. Abuso de la posición de dominio con respecto a los competidores

Ahora bien, con respecto al abuso de la posición de dominio en el mercado propiamente dicha, se ha establecido que aquellas empresas prestadoras de

---

<sup>145</sup> CONCHA DELGADO, Santiago; El abuso de la Posición dominante en la Ley 142 de 1994. Publicaciones del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC II, Pontificia Universidad Javeriana, Colección seminarios 8, 1998.

p. 93.

<sup>146</sup> SIERRA, Op. cit., p. 191 a 193.

<sup>147</sup> Sentencia T-001 de 1998. MP. Antonio Barrera Carbonell. Enero 16 de 1998.

<sup>148</sup> SIERRA, Op. cit. p.194.

servicios públicos que ostenten una posición de dominio en los términos de la Ley 142 de 1994, están sometidas a un régimen de obligaciones especiales impuestas por la ley en aras de la protección de los fines sociales de la prestación de dichos servicios, y de la prevención de abusos en el mercado.<sup>149</sup> Las medidas contempladas por la ley 142 son:

- El artículo 35 de la Ley 142 establece que las empresas de servicios públicos deben asegurarse de emplear procedimientos que aseguren la concurrencia de contratistas en igualdad de condiciones, cuando su objeto sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros.
- Así mismo, en virtud del artículo 88.2, las empresas que ostenten una posición dominante tienen restricciones a la libertad en la fijación de tarifas, en la medida en la que deberán someterse al régimen de la Comisión Reguladora en materia de determinación de las mismas.

Dicho régimen puede ser de libertad regulada, en virtud de la que la comisión respectiva fijará los criterios y metodología para determinar las tarifas, o de libertad vigilada, en virtud de la cual la empresa prestadora de servicios públicos adquiere la obligación de informar por escrito a la Comisión de Regulación las decisiones tomadas en esta materia.<sup>150</sup>

- Por otro lado, el artículo 98.1 establece que las empresas que se encuentren sometidas al régimen de control tarifario dentro de un mercado, y ofrezcan tarifas inferiores a los costos operacionales en un mercado diferente, serán sometidas al régimen de control tarifario, así no ostenten posición de dominio dentro del segundo.

En este orden de ideas, la ley también toma medidas con el fin de prevenir el abuso de posición dominante por parte de empresas que aún no ostenten dicha condición. Es así como el artículo 98.2 de la Ley 142 cobija dentro del régimen de regulación tarifaria a aquellas empresas que intenten adquirir posición de dominio mediante prácticas tarifarias restrictivas. Adicionalmente, el artículo 73.2 somete a la vigilancia del Superintendente de Servicios Públicos, y a la normatividad de la Ley 142 en materia de tarifas, información, actos y contratos, a aquellas empresas que abusen de su posición de dominio en mercados similares al de los servicios públicos domiciliarios.<sup>151</sup>

---

<sup>149</sup> Tal es la prioridad otorgada por la Ley 142 a la garantía de prestación del servicio, que el artículo 40 de la ley establece la posibilidad de crear áreas de servicio exclusivo dentro de las cuales se celebran contratos para la prestación del servicio público y no se permite el ingreso de nuevos competidores por un tiempo determinado. DUSSÁN HITSCHERICH, Jorge. El régimen de los servicios públicos domiciliarios, Pontificia Universidad Javeriana. 2005. p. 293.

<sup>150</sup> Artículo 14 de la Ley 142 de 1994.

<sup>151</sup> SIERRA, Op. cit., p.198 a 199.

Además de las funciones mencionadas hasta el momento en materia de criterios sobre el abuso de la posición dominante, y en relación con la fijación de tarifas, en virtud del artículo 73.13, las comisiones de regulación pueden incluso ordenar la escisión de la compañía que esté abusando de su posición dominante dentro del mercado. Dicha escisión se puede dar bien sea en otra compañía con el mismo objeto, o en otra que tenga un objeto complementario.

Finalmente, en materia de competencia, es importante anotar que por mandato del artículo 185 de la Ley 142 de 1994, la Superintendencia de Servicios Públicos contaba con las facultades atribuidas a la Superintendencia de Industria y Comercio, con respecto a las entidades prestadoras de servicios públicos en materia de control al abuso de posición dominante.

#### *b) Telecomunicaciones*

La regulación en materia de telecomunicaciones en nuestro país, ha cobrado especial importancia teniendo en cuenta los avances tecnológicos surgidos en los últimos años, así como la ampliación del acceso a las telecomunicaciones por parte de los ciudadanos.

Con el fin de abordar la regulación en materia de abuso de la posición dominante en el mercado de las telecomunicaciones, primero abordaremos brevemente el contenido de las normas que regulan la materia y los principios que la gobiernan, para después referirnos al caso reciente de las medidas adoptadas por la Comisión de Regulación de telecomunicaciones en relación con el abuso de posición dominante por parte de algunos agentes en este mercado.

Como primera medida es necesario precisar, que si bien una parte del mercado de las telecomunicaciones se encuentra regulada por la Ley 142 de 1994 ya explicada, existe una parte de este mercado con una regulación especial e independiente.

En efecto, la regulación del mercado de las telecomunicaciones se divide en aquellos sectores que constituyen servicios públicos domiciliarios, y aquellos que no entran en esta categoría sino en la de servicios públicos.

De acuerdo con la ley, son servicios públicos domiciliarios en materia de telecomunicaciones la telefonía básica conmutada, la telefonía móvil rural y las actividades complementarias de telefonía de larga distancia nacional e internacional.

Por otro lado, los servicios públicos no domiciliarios en materia de comunicaciones son los servicios de valor agregado y de telefonía móvil celular.<sup>152</sup>

---

<sup>152</sup> DUSSÁN, Op. cit., p. 289.



La competencia para conocer sobre los asuntos relacionados con las prácticas restrictivas de la competencia, tiene particularidades dependiendo del sector de las telecomunicaciones del que se esté hablando.

Tratándose de servicios públicos domiciliarios en materia de telecomunicaciones, antes de la entrada en vigencia de la ley 1340 de 2009, en virtud del artículo 81 de la ley 142 de 1994 la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, tiene la competencia para sancionar a las empresas de servicios públicos que violen las normas a las cuales deben estar sujetas<sup>153</sup>, incluyendo la violación de los reglamentos expedidos por las comisiones<sup>154</sup>.

Por su parte, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones era el ente encargado de promover y regular la libre competencia en el sector de los servicios públicos domiciliarios de telecomunicaciones.<sup>155</sup>

Sin embargo, no se puede perder de vista que en materia de servicios de telecomunicaciones no domiciliarios, la competencia de inspeccionar, controlar y vigilar los regímenes de libre y leal competencia radicaba en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio. Lo anterior, sin perjuicio de las facultades regulatorias en cabeza de la CRT, y el régimen especial competencia de la Comisión Nacional de Televisión.<sup>156</sup>

Con todo, de acuerdo con la doctrina, el primer principio que rige las telecomunicaciones en Colombia es el de la libre y leal competencia, en los siguientes términos:

“1. Libre y leal competencia. En virtud de este principio se garantiza a todas las personas la igualdad de oportunidades para concurrir y desempeñarse en el sector de las telecomunicaciones, en calidad de operadores, comercializadores o usuarios, dentro de los límites demarcados por la Constitución y la ley, sin sometimiento a prácticas restrictivas, desleales o abuso de la posición dominante.”<sup>157</sup> (Subraya fuera del texto original)

Conforme a lo anterior, el principio de la libre y leal competencia en el mercado de

---

<sup>153</sup> Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Concepto 148 de 2009.

<sup>154</sup> MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. El Derecho de la Competencia en el Sector de las Telecomunicaciones. Páginas 153 a la 219. Página 194.

<sup>155</sup> Ley 142 de 1994, Artículo 37.

<sup>156</sup> Decreto 1130 de 1999. Artículo 40.

<sup>157</sup> DEVIS GRANADOS, Isaac Alfonso y RINCÓN CÁRDENAS, Erick. Derecho de los usuarios de las telecomunicaciones. Editorial Universidad del Rosario. 2008. p. 45 Citando a GÓMEZ HUERTAS, Carolina y ALFONSO, Gerardo. Las telecomunicaciones en la telefonía móvil celular, Bogotá: Librería del Profesional- ABC, 2000. p. 9 y 10.

las telecomunicaciones en Colombia tiene un papel prioritario, y en esa medida la prevención del abuso de la posición dominante enmarca la regulación existente sobre la materia.

En materia de regulación sobre derecho de la competencia y abuso de la posición dominante en materia de telecomunicaciones, el Decreto 1794 de 1991, reglamentario del Decreto Ley 1900 de 1990 establece un capítulo especial sobre garantías de la libre competencia dentro del mercado específico de valor agregado y telemáticos. Así mismo, el Decreto 741 de 1993 prohíbe expresamente las prácticas monopolísticas y restrictivas de la competencia<sup>158</sup> en los siguientes términos:

“Artículo 55º.- Prohibición de las prácticas monopolísticas y restrictivas de la competencia. El concesionario del servicio de telefonía móvil celular en ningún caso podrá incurrir en prácticas que afecten la libre competencia del mercado en los términos de la Ley 155 de 1959 y el Decreto autónomo 2153 de 1992.

Queda prohibido al concesionario la realización de actos, convenios acuerdos o combinaciones que tengan por objeto constituir ventaja exclusiva indebida a su favor o de otras personas, o que tiendan al monopolio de mercados complementarios a los servicios otorgados en concesión.”

Por su parte el Decreto 1130 de 1999, mediante el cual se reestructuró el Ministerio de Comunicaciones, asignó a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones las siguientes funciones:

“Artículo 37. FUNCIONES DE LA COMISION DE REGULACION DE TELECOMUNICACIONES. Las siguientes funciones conferidas a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones por la Ley 142 de 1994 y el Decreto 2167 de 1992, o atribuidas al Ministerio de Comunicaciones por normas anteriores al presente Decreto, serán ejercidas por dicha Comisión:

1. Promover y regular la libre competencia para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regular los monopolios cuando la competencia no sea de hecho posible, y prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas, mediante regulaciones de carácter general o medidas particulares, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de las empresas en el mercado, de conformidad con la ley.” (Subraya fuera del texto original)

---

<sup>158</sup> MIRANDA, Op. cit., p. 35 y 36.

En virtud de dichas facultades, la mencionada comisión, mediante Resolución 2058 de 2009 estableció los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes en materia de telecomunicaciones y para la determinación de la existencia de posición dominante en dichos mercados.

Dicha determinación de mercados relevantes dentro del sector de las telecomunicaciones fue originada básicamente en los deberes impuestos a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones por el Decreto 2870 del 2007. En efecto, en virtud del Decreto citado, la Comisión deberá:

“...adecuar el marco regulatorio aplicable a todas las redes y al mercado de los servicios de telecomunicaciones, en ambiente de convergencia tecnológica, **de tal manera que se oriente a una regulación de mercados relevantes**, acorde con las necesidades de los usuarios, la promoción efectiva de la competencia en el sector de telecomunicaciones, la obligación de interconexión e interoperabilidad de todas las redes de telecomunicaciones del Estado y los postulados de la sociedad de la información previstas en las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y de otros organismos internacionales, vinculantes para Colombia.” (Negrilla fuera del texto original)

En este orden de ideas, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones debía determinar los criterios para la existencia de posición de dominio, pues de allí se derivarían para las compañías que ostentaran dicha posición, la obligación de poner a disposición y en conocimiento general, la oferta mayorista en términos y condiciones razonables y no discriminatorios, entre otras impuestas por el Decreto citado.

Ahora bien, la Resolución Decreto 2058 de 2009 por medio del cual la CRT regula el tema de la determinación de la posición dominante trata dos materias fundamentales. Por un lado, define e identifica los mercados relevantes en el área de las comunicaciones en Colombia. Por otro lado, determina cuales de esos mercados relevantes son susceptibles de regulación *ex ante* y anuncia el establecimiento de medidas regulatorias frente a los agentes que actúen en dichos mercados. De acuerdo con el artículo 6 de la Resolución, para determinar los mercados relevantes la CRT tomó en cuenta la sustituibilidad de la demanda, y aplicó el test del monopolista hipotético.<sup>159</sup> Como consecuencia de dicho análisis, encontró cinco grandes grupos de mercados relevantes a saber:

---

<sup>159</sup> De acuerdo con el artículo 4 de la resolución, el test del monopolista hipotético consiste en la prueba que se realiza para determinar el grado de sustitución de oferta y demanda, y por lo tanto la extensión del mercado y consiste en examinar lo que sucede si se aumenta en una pequeña proporción pero de forma significativa, y de manera permanente, el precio de un servicio determinado, suponiendo que los precios de los otros servicios se mantienen.

1. Mercados minoristas definidos con alcance municipal.
2. Mercados minoristas definidos con alcance nacional.
3. Mercados minoristas definidos con alcance departamental.
4. Mercados minoristas de terminación.
5. Mercados mayoristas.

Ahora bien, dentro de estos mercados relevantes, la CRT determinó que hay lugar a imponer medidas regulatorias en 6 mercados específicos de esos grandes grupos que son: Los mercados de voz saliente móvil y terminación de llamadas fijo- móvil en todo el territorio nacional, el mercado mayorista de terminación de llamadas fijo- fijo en cada municipio del país, el mercado mayorista de terminación de llamadas móvil- fijo en cada municipio del país, el mercado mayorista de terminación de llamadas móvil en todo el territorio nacional, y por último, el mercado mayorista de terminación de llamadas de larga distancia internacional en todo el territorio nacional.

De acuerdo con el Decreto, la CRT dispone que las medidas sean adoptadas *ex ante*, teniendo en cuenta las condiciones de competencia encontradas en cada mercado en cuestión. Sin embargo, en este punto consideramos riesgosa la aproximación de la CRT frente a la imposición de medidas. En efecto, como lo hemos señalado anteriormente, las normas sobre abuso de la posición dominante son de aplicación *ex ante*, en el sentido de que “castigan la intención de producir una restricción a la libre competencia, aunque el resultado anticompetitivo propiamente dicho no se produzca.”<sup>160</sup>

Para obtener la determinación de los mercados relevantes en materia de comunicaciones, y la procedencia de regulación *ex ante* en algunos de esos mercados, la CRT empleó una metodología cuyos puntos esenciales son los siguientes:

- Identificación de criterios para la definición de mercados, partiendo de la identificación del mercado relevante, y haciendo análisis de sustituibilidad de la demanda basado en las respuestas de los usuarios en el pasado, la conducta de los vendedores y las visiones de los expertos en la industria. Así mismo, se realizó un análisis de mercado geográfico y análisis de los problemas de competencia en el mismo como cuotas de mercado y concentración, características de la competencia, características del operador y las características de los usuarios.<sup>161</sup>

---

<sup>160</sup> MIRANDA, Op, cit., p. 61.

<sup>161</sup> Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Lineamientos metodológicos para la definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia. Coordinación de Regulación. Agosto de 2008. Página 4 a la 11. Consultado en <http://www.crt.gov.co/images/stories/crt->

- Determinación de mercados susceptibles de regulación ex ante teniendo como criterios para dicho análisis las barreras de entrada a los mercados candidatos de dicha regulación, desarrollos tecnológicos y condiciones de entrada en el futuro cercano. Así mismo la CRT revisó la normatividad vigente sobre el tema, y la experiencia práctica en la materia.<sup>162</sup>
- La determinación de la existencia de las posiciones de dominio se realizó mediante la interpretación y aplicación de los criterios establecidos en el Decreto 2870 de 2007, La ley 142 de 1994, la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992.<sup>163</sup>
- Las medidas regulatorias impuestas por la CRT pueden incluir “medidas de intervención de nivel bajo (tales como el monitoreo a través de solicitudes de información para estudiar el comportamiento competitivo del mercado relevante) hasta medidas de mayor grado de intervención (tales como la oferta mayorista, la desagregación de elementos de red, y regulación de precios, entre otras.)”<sup>164</sup>

No obstante lo anterior, no es claro cómo los operadores de telecomunicaciones a los que les van a ser impuestas medidas regulatorias han tenido la intención de realizar prácticas que restrinjan la competencia. En este sentido, parecería que se castigara el hecho de tener posición dominante en el mercado, y no su abuso, como se contempla en el ordenamiento jurídico colombiano.

En efecto, si algunos operadores de telecomunicaciones van a ser sujetos de medidas, sin haberse probado un abuso que afecte el mercado, o la intención por parte del agente en causar dicho daño, lo que se está castigando es la posición de dominio en sí misma y no su abuso como ordena la Constitución.<sup>165</sup> Un ejemplo de lo anterior es la Resolución número 2062 de 2009 por medio de la cual la CRT declaró a COMCEL operador con posición dominante en el mercado, y acto seguido mediante la Resolución número 2066 de 2009 sometió a dicha compañía a reglas tarifarias en materia de llamadas a otros operadores.<sup>166</sup> Ahora bien, dichas medidas se encuentran suspendidas, teniendo en cuenta que la compañía celular recurrió los actos que las impusieron. Sin embargo, no se debe perder de vista que la discusión jurídica en este caso es trascendental en materia del abuso de la

---

[documents/ActividadRegulatoria/MercadosRelevantes/Metodologia\\_MR.pdf](#) el 29 de Mayo de 2009.

<sup>162</sup> COMISIÓN. Op.Cit. Página 15

<sup>163</sup> COMISIÓN. Op.Cit. Página 16

<sup>164</sup> COMISIÓN. Op.Cit. Página 18

<sup>165</sup> El artículo 333 de la Constitución Política establece que 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 empresa hagan **de su posición dominante en el mercado nacional**” Negrilla fuera del texto original.

<sup>166</sup> [http://www.eltiempo.com/enter/telecomunicaciones/asi-tendra-que-bajar-comcel-sus-tarifas-de-llamadas\\_4885112-1](http://www.eltiempo.com/enter/telecomunicaciones/asi-tendra-que-bajar-comcel-sus-tarifas-de-llamadas_4885112-1)

posición dominante, y en materia de competencias dentro del sector de las telecomunicaciones.

Sobre este punto, la CRT afirma tener la competencia para establecer las medidas regulatorias, partiendo de las normas que la facultan para regular la competencia en los mercados de los servicios de telecomunicaciones. En este orden de ideas, precisa que las medidas son “obligaciones diferenciales” impuestas sobre los operadores que ostenten una posición de dominio en el mercado, con el fin de evitar indebidas restricciones a la competencia.<sup>167</sup> No obstante lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad encargada de la inspección, control y vigilancia en materia de competencia en el sector de los servicios públicos no domiciliarios, por lo que la discusión sigue abierta en relación con la naturaleza de las medidas impuestas a los operadores y la autoridad competente para imponerlas a la luz de la legislación anterior a la Ley 1340 de 2009.

Algunos consideran que los estudios realizados por la CRT para imponer las medidas a COMCEL se encuentran dirigidas a demostrar la amplia participación de dicha compañía en el mercado, pero no demuestran que tiene, en términos legales, la capacidad de determinar directa o indirectamente las condiciones del mercado.<sup>168</sup> Por lo anterior, es posible que de la mano de estas nuevas medidas, la regulación colombiana le esté abriendo las puertas a la intervención de la posición de dominio con independencia de la existencia de abuso de la misma o de los efectos positivos o negativos de dicha posición implique para el mercado particular.

### *c) Salud*

A pesar de la importancia del derecho a la salud dentro de la Constitución Política, y su relación estrecha con el derecho fundamental a la vida, la prestación de dicho servicio no cuenta con un régimen especial en materia de abuso de la posición dominante en Colombia.

En efecto, el Decreto 1663 de 1994 que dicta disposiciones en materia de protección de la competencia en el mercado de los servicios de salud<sup>169</sup>, se limita a reproducir las causales generales de abuso de la posición de dominio establecidas en el Decreto 2153 de 1992, y sujeta este mercado a los mismos

---

<sup>167</sup> COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES Propuesta regulatoria para la Definición de Mercados Relevantes de Telecomunicaciones en Colombia Coordinación de Regulación Diciembre de 2008. Páginas 11 y 12.

<sup>168</sup> [http://www.eltiempo.com/enter/telecomunicaciones/asi-tendra-que-bajar-comcel-sus-tarifas-de-llamadas\\_4885112-1](http://www.eltiempo.com/enter/telecomunicaciones/asi-tendra-que-bajar-comcel-sus-tarifas-de-llamadas_4885112-1)

<sup>169</sup> De acuerdo con el Decreto, este mercado incluye los insumos y equipos utilizados para la prestación de dichos servicios.

mecanismos de control.<sup>170</sup>

Es así como el artículo primero del Decreto citado consagra el derecho a la libre y leal competencia en los términos de la Ley 155 de 1959 y del Decreto 2153 de 1992, del régimen general de protección a la competencia.

En este sentido, define la posición de dominio en materia de servicios de salud como la posibilidad que tiene una empresa de determinar directa o indirectamente las condiciones de un mercado.<sup>171</sup> En el mismo sentido, el Decreto define las conductas constitutivas de abuso de posición de dominio en los siguientes términos:

“Artículo 9o. ABUSO DE LA POSICION DOMINANTE. Cuando exista posición dominante en el mercado de servicios de salud, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

1. La disminución de precios o tarifas por debajo de los costos, cuando tenga por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de estos en el mercado.
2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un afiliado o proveedor en situación desventajosa frente a otro usuario o proveedor de condiciones análogas.
3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar la prestación de servicio de salud a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituirían el objeto del mismo, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.
4. La distribución o venta de bienes o la prestación de servicios de salud a un afiliado en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro, cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.
5. Distribuir o vender bienes o prestar servicios de salud en alguna parte del territorio colombiano a un precio o tarifa diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio o tarifa no corresponda a la estructura de costos de la transacción.”

---

<sup>170</sup> SIERRA, Op. cit., p. 206.

<sup>171</sup> Artículo 8 Decreto 1663 de 1994.

Como se puede apreciar de este artículo, su relación con el régimen general previsto en el Decreto 2153 es casi exacta. Ahora bien, en materia de competencia para conocer de las conductas constitutivas de abuso de posición dominante, el Decreto prevé que sea de la Superintendencia de Industria y Comercio, como en el régimen ordinario. Sin embargo, establece un tratamiento especial en materia del mercado de servicios de salud, al establecer la posibilidad de que la Superintendencia Nacional de Salud de traslado a la Superintendencia de Industria y Comercio de las conductas violatorias de las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia, y colabore con dicha entidad para garantizar la aplicación de las normas en materia de abuso de la posición dominante.<sup>172</sup>

#### *d) Aeronáutico*

Al igual que los casos anteriores, el transporte aéreo es catalogado como un servicio público. En este sentido, la ley lo reconoce como tal, y en virtud de esa calidad de servicio público es cobijado dentro de la regulación del estado.<sup>173</sup> Así mismo, la ley ha catalogado al transporte como un servicio público esencial, lo cual implica la prelación del interés general sobre el particular en materia de prestación del servicio y protección a los usuarios.<sup>174</sup> En particular, el transporte aéreo también goza de la calidad de servicio público esencial,<sup>175</sup> y en ese sentido el tratamiento del abuso de la posición de dominio también se debe regir por la prelación del interés general sobre el particular.

En materia de regulación sobre el abuso de la posición de dominio es pertinente hacer referencia a la competencia de la Aeronáutica Civil (en adelante Aerocivil) en materia de control de concentraciones en el mercado de los servicios de transporte aéreo. Sobre este tema, el artículo 1866 del Código de Comercio establece:

“Art. 1866. Convenios entre explotadores sujetos a la aprobación previa de la autoridad aeronáutica. Quedan sujetos a la aprobación previa de la autoridad aeronáutica los convenios entre explotadores que impliquen acuerdos de colaboración, integración o explotación conjunta, conexión, consolidación o fusión de servicios, o que de cualquier manera tiendan a regularizar o limitar la competencia o el tráfico aéreo.”

En el mismo sentido, y especificando la competencia de Aerocivil en esta materia, el numeral 3.6.3.7.3 de los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia (RAC) reglamentó la norma del Código de Comercio transcrita en los siguientes términos:

---

<sup>172</sup> Artículo 10. Decreto 1663 de 1994.

<sup>173</sup> Ley 105 de 1993. Artículo 3, numeral 2.

<sup>174</sup> Ley 336 de 1996. Artículo 5.

<sup>175</sup> Ley 336 de 1996. Artículo 68.



### “3.6.3.7.3. Acuerdos entre empresas

Las negociaciones de las empresas nacionales entre si con animo de integración o fusión con entidades, empresas o gobiernos extranjeros relativas al transporte aéreo, en cualquiera de sus aspectos tales como la aportación de ganancias, tráfico, servicios, equipos; el establecimiento de tarifas, mejoras de sistemas de seguridad, o para controlar, regular, prevenir o eliminar competencias ruinosas o para regular paradas, itinerarios o prestar servicios en forma cooperativa y en general cualquier acuerdo que afecte al transporte aéreo, requerirá la aprobación de la Aerocivil, previa presentación de la documentación correspondiente.”<sup>176</sup>

Es preciso anotar que la entrada en vigencia de la ley 1340 de 2009, si bien la autoridad única en materia de competencia es la Superintendencia de Industria y Comercio, la aeronáutica civil conserva la competencia para conocer sobre las autorizaciones de celebración de contratos entre explotadores de aeronaves.

Con base en la competencia originada en el Código de Comercio, la Aerocivil abocó conocimiento del caso de la integración entre Avianca- Sam – y Aces. Sin embargo, antes de entrar a desarrollar la decisión de la Aerocivil sobre dicha operación de integración, es pertinente hacer breve referencia a sus antecedentes.

El trámite legal de la integración jurídico - económica de AVIANCA SAM y ACES tuvo tres momentos definitivos desde el punto de vista del control en materia de restricciones a la competencia; el primero fue la Resolución 19354 del 8 de Junio de 2001 de la Superintendencia de Industria y Comercio por medio de la cual se objetó dicha operación de integración. Las consideraciones de la SIC para objetar dicha operación fueron básicamente que la integración produciría una indebida restricción a la competencia, entre otras, por los altos niveles de concentración de mercado producido por la integración y la posibilidad de que el agente económico resultante pudiera determinar unilateralmente las condiciones de mercado incluyendo precios y calidades. Lo anterior, después de realizar el estudio de concentración desde el punto de vista de cada ruta y desde el mercado en su conjunto.<sup>177</sup>

El segundo momento dentro del trámite de autorización para la integración de las compañías fue la Resolución 29437 del 7 de septiembre de 2001 de la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la primera. En esta etapa el Superintendente Emilio José Archila fue recusado para resolver el recurso de reposición interpuesto contra la

---

<sup>176</sup> Reglamento aeronáuticos de Colombia (RAC)

<sup>177</sup> SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución 19354 del 8 de Junio de 2001.

resolución que objetó la integración y el Ministro de Desarrollo Económico, declaró procedente dicha recusación, y ordenó el envío del expediente a la Secretaría Jurídica de la Presidencia para que esta procediera a nombrar un Superintendente de Industria y Comercio ad-hoc para tramitar y resolver el recurso de reposición contra la resolución a través de la cual se objetó la integración empresarial. Se nombró de Superintendente ad-hoc al entonces Superintendente de Sociedades Jorge Pinzón. En virtud de la decisión tomada en esta instancia, se declaró incompetente a la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer de dicha operación y se le trasladó el expediente, por ser la competente para tramitar y autorizar dicha operación de integración, a la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil.<sup>178</sup>

El tercer momento fue la Resolución 04888 del 12 de diciembre del 2001 de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil por medio de la cual se autorizó la operación proyectada por las solicitantes para llevar a cabo la respectiva integración. Esta decisión fue tomada después de que dicha entidad realizara un estudio del mercado aeronáutico y considerara que el convenio pretendido entre las solicitantes no riñe con la política aeronáutica en el país, ni con la normatividad aeronáutica, y no encontrara evidencia de que se fueran a realizar abusos de la posición dominante, ni prácticas restrictivas de la competencia o prácticas lesivas de los usuarios. Adicionalmente se considera relevante para autorizar la operación, la difícil situación financiera que atravesaban en ese momento las empresas, a la cual la integración ofrecería una solución, así como el complejo contexto del mercado internacional en el marco del cual la operación aseguraría la supervivencia de las solicitantes. Adicionalmente, la operación está sujeta a una serie de hechos futuros particularmente en lo referente a la mayor competitividad y eficiencia al interior de las solicitantes y el cumplimiento de los compromisos adquiridos, razones por las cuales la Aeronáutica se reserva el derecho de intervenir en actividades futuras de las mismas.<sup>179</sup>

Sobre el caso en particular de la integración de Avianca- Sam y Aces, consideramos que es importante resaltar dos puntos fundamentales. En primer lugar, el aparente conflicto de competencias que se presentó entre la Superintendencia de Industria y Comercio y la Aeronáutica Civil para conocer de este asunto. Por otro lado, la diferencia en el criterio de las dos entidades en su aproximación al tema del abuso de la posición de dominio.

En primer lugar, es relevante precisar que del antecedente mencionado se aclara que es la Aerocivil la que tiene competencia para conocer las investigaciones y

---

<sup>178</sup> SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución 29437 del 7 de Septiembre de 2001

<sup>179</sup> AERONÁUTICA CIVIL. Unidad Administrativa Especial. Resolución 04888 del 12 de Diciembre del 2001.

sancionar las integraciones empresariales dentro de las compañías sobre las que tenga competencia. Lo anterior, con el fin de prevenir indebidas restricciones a la libre competencia mediante el abuso de la posición de dominio.

En segundo lugar, y sobre la diferencia de criterios entre la SIC y la Aerocivil, consideramos que el carácter de servicio público esencial del transporte aéreo juega un papel fundamental.

En efecto, si bien la SIC inicialmente objetó la operación fundada en argumentos de mercado, la autorización sin condicionamientos por parte de la Aerocivil deja ver un interés por proteger la prestación del servicio y las condiciones sostenibles para que se pueda seguir prestando por las compañías involucradas en la operación.<sup>180</sup>

---

<sup>180</sup> MIRANDA, Op. cit., p. 161.

## 9. EXPERIENCIAS DE OTROS PAÍSES

En la actualidad, el abuso de la posición dominante es un tema prioritario en materia de derecho comparado. Lo anterior, teniendo en cuenta que las legislaciones mundiales han adoptado medidas para regular y prevenir restricciones indebidas a la libre competencia cada vez con mayor especialización e interés. En este sentido, abordaremos el tratamiento de la posición de dominio desde el punto del derecho anglosajón, pasando por el derecho comunitario europeo, para finalmente concluir con el derecho latinoamericano. Todo lo anterior con el fin de comprender con mayor profundidad la regulación actual del tema en Colombia, y las posibles direcciones en las que se puede enfocar la regulación en el país conforme a la experiencia internacional.

### a) *Estados Unidos*

La base de la regulación de la posición dominante en derecho norteamericano es la § 2 de la Ley Sherman que establece:<sup>181</sup>

“Sección 2. Toda persona que monopolice o trate de monopolizar o se asocie o conjure con cualquier otra persona o personas para monopolizar cualquier intercambio o cualquier parte del comercio dentro de los distintos estados o con naciones extranjeras, será considerada culpable de un delito...”

Dicha sección contempla tres tipos de ofensas a la competencia que son: i) La monopolización. ii) Intento de Monopolización iii) Conspiración para monopolizar.

“En virtud de la ley (Antitrust) de EE.UU. La “monopolización” exige la prueba de que el demandado tiene el monopolio de poder y que voluntariamente ha adquirido o mantenido su monopolio por actos contrarios a la competencia.”<sup>182</sup>

Por otro lado, el intento de monopolización requiere la prueba de que el acusado está involucrado en conductas predatorias o anticompetitivas, que tiene intenciones de monopolizar el mercado, y que hay probabilidad peligrosa de que logre alcanzar dicho monopolio.

En esta línea, la tercera conducta consagrada en la sección 2 de la Ley

---

<sup>181</sup> “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony . . . .”

<sup>182</sup> ANDREAS F. LOWENFELD. INTERNATIONAL ECONOMIC LAW. Second Edition. Oxford University Press. 2007. Página 434. Traducción nuestra.

Sherman- la conspiración para monopolizar- no se refiere al intento de un agente de competir vigorosamente, sino a la conducta encaminada a dañar la competencia o a constituir un monopolio.<sup>183</sup>

La sección 2 de la Ley Sherman, ha tenido variaciones en su interpretación por las cortes norteamericanas desde su promulgación. Algunos doctrinantes sostienen que la sección 2 del Sherman Act surgió como respuesta de la sociedad ante el crecimiento de las industrias, los cambios, y la apropiación de los mercados por parte de compañías en constante crecimiento con un enfoque socioeconómico.<sup>184</sup> Esto podría explicar en parte el hecho de que en un principio la interpretación fue estricta en la medida en que era posible sancionar a un monopolio *per se*, es decir, por su sola configuración sin consideración de la intención del agente.<sup>185</sup>

Posteriormente, la jurisprudencia y la doctrina en los Estados Unidos analizaron la problemática de los monopolios desde otros puntos de vista como el estructuralismo<sup>186</sup> y la del análisis de eficiencia.<sup>187</sup>

De acuerdo a Juan Jorge Almonacid, y Nelson Gerardo García, dicha evolución ha desembocado en la configuración de cuatro elementos fundamentales que configuran la monopolización ilegítima del mercado:

- (i) La existencia de un monopolio.
- (ii) La existencia de poder monopolístico, es decir, la capacidad de “incidir unilateralmente en las condiciones del mercado.”
- (iii) Convergencia de estructura (monopolio) y conducta (poder monopolístico). De acuerdo con los autores citados, este elemento implica que dentro del derecho antitrust norteamericano no sea viable sancionar un agente “*per se*”, por la sola configuración del monopolio, sino que es necesario

---

<sup>183</sup> ADKINSON William F., GRIMM, Karen L., and BRYAN, Christopher N. ENFORCEMENT OF SECTION 2 OF THE SHERMAN ACT: THEORY AND PRACTICE November 3 de 2008. Consultado en <http://www.ftc.gov/os/sectiontwohearings/docs/section2overview.pdf> el 15 de Agosto de 2009. Páginas 4 y 5.

<sup>184</sup> MICHAL S, Gal Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: two systems of belief about monopoly. Antitrust Bulletin, 0003603X, Spring/Summer2004, Vol. 49, Fascículo ½ Base de datos: Academic Search Complete Páginas 347 y 348.

<sup>185</sup> United Status vs. Aluminum Co. of America, 1945.

<sup>186</sup> De acuerdo con Alfonso Miranda, el criterio estructuralista “supone que la estructura de una industria, entendiendo por tal el número tamaño y distribución de las empresas que la conforman determina su comportamiento, y el comportamiento de las empresas a su turno determina los resultados que obtiene la industria en su conjunto en términos de producción, precios y calidad.” En relación con el criterio de la eficiencia el citado autor afirma que “la comunidad maximizará sus beneficios aún permitiendo mercados altamente concentrados, siempre que en él participen empresas eficientes que ofrezcan productos de mejor calidad a precios más bajos.” MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. “Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica” CEDEC III. Páginas 152 a 154.

<sup>187</sup> GAVIRIA CADAVID, Fernando. Los Monopolios. CEDEC V Página 367.

determinar la intención ilegítima de usar ese poder que implica el monopolio.

- (iv) Las acciones y sanciones previstas dentro del derecho norteamericano pueden ser económicas, o incluso civiles en las que es posible que la autoridad decreta la disolución o terminación de la compañía infractora.<sup>188</sup>

En este orden de ideas, el derecho antitrust norteamericano evolucionó desde un punto en el que se sancionaba la configuración de un monopolio *per se*, a un sistema en el cual se analiza la relación entre la configuración del monopolio y la conducta del agente. Es decir, no es viable dentro de esta nueva visión sancionar a un monopolio sólo por el hecho de haberse constituido, hasta tanto no se constate el uso de prácticas desleales o ejercicio ilegítimo del poder monopólico por parte del agente económico respectivo en la consolidación o mantenimiento de su posición en el mercado. Es así como dentro de la legislación antitrust norteamericana se busca evitar la existencia del poder de mercado que limite la libre competencia, y se usan como método de interpretación las reglas *per se* y ahora con más fuerza la regla de la *razón*.<sup>189</sup>

Es importante precisar que la legislación antimonopolio estadounidense se enfoca en prevenir o controlar la existencia de compañías que ostenten una participación significativa en el mercado, que pueda ser nociva en términos de eficiencia, más no evita la consolidación de monopolios que puedan ser beneficiosos para el mercado.

En efecto, en el caso de las ventas condicionadas a la adquisición de otro producto, (o ventas atadas) la regla *per se* ha sido revaluada en el sentido de que dichas conductas no necesariamente son castigadas. En virtud de la legislación norteamericana, dicha conducta puede beneficiar a los consumidores en términos de precios y de eficiencia, así esto implique modificar la cuota de mercado a favor de una empresa que se encuentre en posición de dominio. En esa medida las cortes aceptan los argumentos del demandado en el sentido de que el mercado puede ser más eficiente, a pesar de la eventual desaparición de competidores pequeños, ya que no existe amenaza de incremento en los precios, y por ende un

---

<sup>188</sup> SIERRA, Op. cit., p. 101 a 120.

<sup>189</sup> La regla *per se*, se utiliza para acuerdos y prácticas cuya naturaleza y efecto resultan evidentemente anticompetitivos. Es un análisis estricto que, en caso de aplicarse, termina en condena salvo que el demandado demuestre que la práctica no ocurrió. La regla de la *razón* se aplica a los acuerdos y prácticas cuyo efecto competitivo solamente puede ser evaluado de acuerdo con las características y hechos particulares de cada negocio y la naturaleza de la práctica. Tomado de MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en EEUU. Conferencia dictada en el curso “Introducción al Derecho Americano”, Cámara de Comercio de Bogotá, julio de 2005.

daño a la competencia.<sup>190</sup>

Esta tendencia se encuentra demostrada en la decisión de la Corte de Apelación de Estados Unidos en el caso de United States of America v. Microsoft Corporation en la agrupación de un navegador de un ordenador personal con un sistema operativo, en la que el tribunal determinó la inaplicabilidad de la regla per se en el caso concreto. En este sentido, analizó y valoró el caso a la luz de la regla de la razón conforme a los argumentos de eficiencia para el mercado y beneficios para el consumidor obtenidos en la conducta.<sup>191</sup>

En virtud de la ley de EE.UU., el intento de violación por parte del monopolio exige conductas anticompetitivas, la probabilidad de que una conducta peligrosa conduzca a un monopolio, y la intención específica de hacerlo. Así mismo, para ser calificada contraria a las normas existentes, la conducta debe amenazar daño a los consumidores.<sup>192</sup>

Es necesario precisar que las conductas objeto de regulación por la Sección Segunda del Sherman Act no se escapan del debate político en lo que tiene que ver con su ejecución y sanción. En efecto, durante el Gobierno de George Bush, la División Antitrust del Departamento de Justicia de Estados Unidos emitió un Reporte sobre conducta unilateral excluyente y la aplicación de la sección segunda del Sherman Act. El enfoque principal de dicho documento era el papel vigilante del gobierno de los Estados Unidos en relación con la ejecución y sanción de conductas unilaterales anticompetitivas, pero bajo unos criterios que limitaban la acción de las autoridades ante ciertas conductas.

Es así como el reporte reconocía la dificultad para las Cortes de distinguir entre conductas pro-competitivas, y conductas exclusivas dentro del mercado. En esa medida, dispone que establecer controles frente a ciertas conductas existentes en una lucha entre competidores, se desincentivan las nuevas producciones en mercados donde se debe buscar la eficiencia por encima de potenciales abusos del monopolista.<sup>193</sup>

Este reporte fue retirado posteriormente por el Gobierno Obama a través de su Assistant Attorney General de la División Antitrust del Departamento de Estado, brindando un nuevo enfoque de proactividad del Gobierno en la ejecución y sanción

---

<sup>190</sup> ANDREAS F. LOWENFELD. INTERNATIONAL ECONOMIC LAW. Second Edition. Oxford University Press. 2007. Páginas 434 a 437

<sup>191</sup> U.S. DC CIRCUIT COURT OF APPEALS. USA v MICROSOFT CORP ANDREAS F. LOWENFELD. Tomado de <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=dc&navby=docket&no=005212a> y citado por INTERNATIONAL ECONOMIC LAW. Op. Cit Página 435.

<sup>192</sup> INTERNATIONAL ECONOMIC LAW. Op. Cit Páginas 424 a 437.

<sup>193</sup> [http://www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681\\_chapter1.htm#civ](http://www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681_chapter1.htm#civ) consultada el 29 de mayo de 2009.

de todas las conductas que puedan tipificarse dentro de la sección 2 del Sherman Act. En esa medida considera desafortunadas las afirmaciones del reporte en el sentido de limitar con criterios la acción del gobierno frente a todas las conductas, como debe ser en aras del mercado en general, y no solo de la eficiencia de algunos sectores particulares.<sup>194</sup>

#### b) *Unión Europea*

El enfoque de la regulación de la posición dominante en la Unión Europea es el concepto de “abuso”. En este orden de ideas, será el abuso de la posición dominante y no su sola configuración la que dará lugar a la aplicación de medidas tendientes a restablecer el equilibrio del mercado por parte de las autoridades competentes.

La razón de evitar el abuso de la posición dominante, pero no prevenir directamente la conformación de monopolios en la Unión Europea se encuentra estrictamente ligada a las circunstancias sociales y económicas existentes en el mercado de esa región. En efecto, de acuerdo con Almonacid Sierra y García Lozada, a diferencia del caso norteamericano donde se buscaba el control de la estructura del mercado, en la Unión Europea no se buscaba controlar el tamaño de las empresas.<sup>195</sup>

Por el contrario, de acuerdo con los autores citados, la intención del legislador europeo fue incentivar el fortalecimiento de compañías fuertes en el mercado, con el fin de competir con las industrias provenientes de otras potencias mundiales como Estados Unidos y China. En este sentido, si el mercado debía tener industrias sólidas y competitivas, la forma de regular el mercado de acuerdo con la Unión Europea era regular la conducta de los agentes que llegaran a ostentar esa condición, y no prevenir la formación de empresas con posición de dominio.

La base de la normatividad que regula este tema en la Comunidad Europea es el artículo 82 del tratado de Roma,<sup>196</sup> que establece:

“Artículo 82: Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.”

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

---

<sup>194</sup> <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/245711.htm> consultado el 29 de Mayo de 2009

<sup>195</sup> SIERRA, Op. cit., p. 121 a 125.

<sup>196</sup> UNCTAD, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Competencia. Nueva York y Ginebra: Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los Acuerdos Internacionales en materia de Inversión, Naciones Unidas, 2004. p. 37.



- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva;
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.”<sup>197</sup> (Subrayado fuera del texto original)

De acuerdo con el texto de la norma se han presentado dos etapas fundamentales dentro de la interpretación y aplicación de la doctrina del abuso de la posición dominante en la Unión Europea. En primer lugar, del texto del artículo citado se entendió que eran reprochadas las conductas del que contara con una posición de dominio en la medida en que dichas conductas afectaran proveedores o consumidores, pero no necesariamente a los competidores dentro del mercado.<sup>198</sup>

Posteriormente, la Comisión Europea adoptó una posición más amplia frente a la interpretación de la norma, haciéndola aplicable no sólo a las prácticas o actividades que pudieran perjudicar directamente a los consumidores, sino también a aquellos casos en los que se presenten conductas que generen efectos nocivos a la competencia efectiva.<sup>199</sup>

En este punto es preciso anotar que dentro de la Unión Europea son reguladas las conductas abusivas del agente que detenta la posición de dominio, y no su constitución en tal posición. Es decir, el artículo 82 antes citado es contrario a la existencia de una posición de dominio, sino al ejercicio abusivo de la misma por parte de quien la tenga mediante la comisión de conductas como las descritas en la norma.<sup>200</sup> Adicionalmente, las conductas reprochables dentro de la posición de dominio no necesariamente son reprochables a aquellos agentes que no detentan dicha condición, a menos que lo establezca una norma de otra naturaleza.

En relación con la aplicación de las normas relativas a la posición de dominio y su

---

<sup>197</sup> Tomado de [http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/12002E/pdf/12002E\\_ES.pdf](http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/12002E/pdf/12002E_ES.pdf). Consulta 11 de Abril de 2009.

<sup>198</sup> MIRANDA, Op. cit., p. 62 a 64.

<sup>199</sup> GIRÓN LARRUCEA, José Antonio. La Unión Europea, La Comunidad Europea y el Derecho Comunitario. Ed. Universidad de Sevilla. Secretariado de Publicaciones. 2002. Cita la decisión del Tribunal Europeo de 1973. *Europemballage and Continental Can v. E.C.* Página 442.

<sup>200</sup> GIRÓN LARRUCEA, op. Cit. Página 441.

abuso en la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha considerado que las empresas se encuentran en posición dominante cuando “tienen la posibilidad de un comportamiento independiente que les permita actuar sin tener demasiado en cuenta a los demás competidores, proveedores o consumidores.”<sup>201</sup>

En otra oportunidad, el Tribunal precisó que la posición de dominio se refiere a “una posición de potencia económica ostentada por una empresa que le otorgue el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado en cuestión, proporcionándole la posibilidad de comportamientos independientes en una medida apreciable con respecto a sus competidores, sus clientes y, finalmente los consumidores.”<sup>202</sup>

Ahora bien, teniendo en cuenta que una vez se ha encontrado la existencia de una posición de dominio, sólo se reprocha el abuso de la misma, es oportuno mencionar que de acuerdo con el Tribunal de Justicia Europeo dicho abuso “constituye una noción objetiva que se refiere a los comportamientos de una empresa susceptibles de condicionar el funcionamiento de un sector en el mercado, en el que, precisamente como consecuencia de la presencia de dicha empresa, el nivel de competencia ya está debilitado, por lo que tales comportamientos tienen como efecto constituir un obstáculo para el mantenimiento o desarrollo de la competencia a causa del empleo de medios diferentes de los utilizados por una empresa en una situación normal de mercado.”

Conforme a lo anterior, el abuso de la posición de dominio se puede determinar mediante criterios objetivos evidenciados en el mercado donde se presenta el dominio económico por parte de un agente económico.

Particularmente, la Comisión Europea ha considerado que el análisis de la dominancia en el mercado incluirá la estructura competitiva del mercado, la posición de mercado de la empresa dominante y de sus competidores, las barreras de expansión y de entrada al respectivo mercado, así como el poder de negociación de los clientes frente al agente económico.<sup>203</sup>

Ahora bien, a diferencia del caso norteamericano, la doctrina ha considerado que para la regulación Europea se requiere una menor participación en el mercado para ser considerada como una empresa dominante. En ese orden de ideas, las Cortes Europeas son más flexibles en términos de la prueba económica, y una

---

<sup>201</sup> GIRÓN, Op, cit. Página 442.

<sup>202</sup> GIRÓN Op, cit. Página 442.

<sup>203</sup> Diario Oficial de la Unión Europea. Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes. Publicada el 24 de Febrero de 2009.

empresa puede ser dominante con un 40 o 50%<sup>204</sup> de la participación en el mercado en la medida en que puede actuar de forma autónoma con respecto a los competidores y clientes.<sup>205</sup>

Así mismo, en contraste con la posición de la Corte de apelaciones Norteamericana, la perspectiva de la Unión Europea tiende a tener en cuenta tanto los daños de los consumidores como también los derechos de los competidores a la no exclusión. Esta posición se está evidenciando en la multa impuesta a Intel por la comisión Europea por el ofrecimiento de descuentos especiales a fabricantes de computadores con la condición de que usaran sus chips con exclusividad, así como el pago a varios fabricantes por el retraso en el lanzamiento al mercado de productos que incluyeran el chip fabricado por su competencia AMD.<sup>206</sup>

Así mismo, la protección a los consumidores en virtud de las normas sobre abuso de la posición de dominio se está viendo reflejada en el pliego de cargos que la Comisión Europea envió a Microsoft el 15 de enero de 2009. En efecto, la comisión expone sus consideraciones en el sentido de que la venta vinculada por parte de Microsoft de su navegador Internet Explorer con su sistema operativo Windows es contrario al artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea entre otras razones, porque limita las opciones de elección de los consumidores.<sup>207</sup>

Finalmente, en relación con la evolución del control de las conductas de abuso de la posición de dominio en Europa, es necesario precisar que el 24 de febrero de este año la Comisión Europea expidió un documento denominado "Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes". En dicho documento la Comisión plantea prioridades de control en la aplicación del artículo 82 que realice el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, o el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.

Concretamente, el documento mencionado busca brindar una mayor claridad y previsibilidad en relación con los criterios que la Comisión usa para intervenir en relación con una posición dominante, y también busca otorgar mayor seguridad a los particulares en relación con las conductas que originan intervención de la

---

<sup>204</sup> "Según la experiencia de la Comisión, no es probable que haya dominación si la cuota de mercado de la empresa en el mercado de referencia es inferior al 40 %." Diario Oficial de la Unión Europea. Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes. Publicada el 24 de Febrero de 2009.

<sup>205</sup> INTERNATIONAL ECONOMIC LAW. Op. Cit Páginas 424 a 437.

<sup>206</sup> <http://www.derechodelacompetencia.blogspot.com/> consultado el 30 de Mayo de 2009.

<sup>207</sup> <http://euroalert.net/news.aspx?idn=8359> Consultado el 15 de Agosto de 2009.

Comisión en virtud del artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea.

Sin perjuicio del análisis que requiera la conducta en el caso concreto, la Comisión considera viable su intervención cuando existan pruebas sólidas y convincentes de que la conducta presuntamente abusiva dará lugar al cierre anticompetitivo del mercado. En términos generales, los factores pertinentes para determinar dicha intervención son:

- La posición de la empresa dominante.
- Las condiciones del mercado de referencia.
- La posición de los competidores de la empresa dominante.
- La posición de los clientes o de los proveedores de insumos.
- El alcance de la conducta presuntamente abusiva.
- Las posibles pruebas de la existencia del cierre del mercado.
- Las pruebas directas de una estrategia de cierre anticompetitivo del mercado.

En este orden de ideas, se deja abierta la posibilidad de que los tribunales desestimen una denuncia cuando carece de prioridad, por motivos como la falta de interés comunitario. Adicionalmente, se plantean como objetivos del documento establecer el criterio de prioridad a los asuntos que perjudiquen a los consumidores, y la importancia de proteger la “protección de la eficacia del juego de la competencia y no simplemente la protección de los competidores.”<sup>208</sup>

Consideramos que estas disposiciones son similares a la posición medianamente flexible adoptada por Estados Unidos en el 2008 en materia de control antimonopolio. En efecto, los dos documentos establecen criterios de interpretación a la hora de ejecutar y sancionar sus legislaciones en materia de abuso de posición de dominio, y monopolio, respectivamente. En este sentido, es interesante hacer un seguimiento de estos documentos a nivel de derecho comparado, teniendo en cuenta que Estados Unidos este año retiró el informe que planteaba dicha posición abierta, e hizo más estricto el control antitrust en su país.

Conforme a la regulación de la Comunidad Europea mostrada brevemente en este capítulo, es imposible desconocer las grandes similitudes entre esa regulación, y el régimen de abuso de la posición de dominio consagrado en la normatividad colombiana. En este orden de ideas, hay que tener en cuenta que la influencia de la regulación Europea ha tenido en el tratamiento de las conductas anticompetitivas en general previstas en el Decreto 2153 de 1992. En efecto, la normatividad Colombiana sobre la materia consagra prohibiciones generales, que después son complementadas con la descripción no taxativa de una serie de

---

<sup>208</sup> <http://eurlex.europa.eu/Notice.do?val=489239:cs&lang=es&list=489239:cs,484617:cs,&pos=1&page=1&nbl=2&pgs=10&hwords=orientaciones%20sobre%20las%20prioridades%20de%20control-&checktexte=checkbox&visu=#texte> consultado el 28 de Mayo de 2009

conductas que son reprochadas como restrictivas de la libre competencia.

Particularmente en lo que tiene que ver con el abuso de la posición de dominio, es innegable reconocer la influencia que tuvo el texto del Artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea en la redacción del artículo 50 del decreto 2153 de 1992 colombiano, tanto desde el punto de vista de su estructura, como de las conductas descritas como constitutivas de abuso de la posición de dominio en el mercado.

Lo anterior, sumado al hecho de que en nuestro sistema no se castiga la existencia de una posición dominante, sino el abuso de la misma como lo consagró inicialmente el tratado de la Comunidad Europea. Por su parte, los agentes económicos que no cuentan con una posición dominante en el mercado relevante, no son sujetos de las prohibiciones aplicables a los agentes económicos que ostentan dicha condición en nuestro país, en línea con la norma aplicable dentro de la Unión Europea.

### *c) Latinoamérica*

#### i) Normas Comunitarias.

A nivel latinoamericano es pertinente hacer referencia a las normas de carácter supranacional aplicables a los miembros de la comunidad andina. En la decisión 608 dada en Lima el 29 de marzo de 2005, se dictaron normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina.

La mencionada decisión es aplicable a las conductas anticompetitivas practicadas en el territorio de uno o más países miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más países miembros, y en el evento de que los efectos reales de una conducta anticompetitiva practicada en un país no miembro se produzcan en dos o más países miembros.<sup>209</sup>

Por su parte, el artículo 9 de la norma citada define la posición de dominio en los siguientes términos:

Artículo 9.- Se entenderá que uno o más agentes económicos tienen posición de dominio en el mercado relevante, cuando tengan la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar, en forma sustancial, las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad.

Siendo similar a la normatividad colombiana sobre la materia, es de resaltar uno

---

<sup>209</sup> Artículo 5, Decisión 608 de 2005.

de los criterios expresos establecidos en la normatividad andina es la capacidad presente o futura de los competidores para reaccionar ante la posibilidad de que las condiciones de oferta o demanda sean fijadas por un solo agente en el mercado.

Pero la norma va más allá, al establecer una presunción de abuso de la posición de dominio en caso de que el agente económico incurra en las siguientes conductas:

“a) La fijación de precios predatorios;

b) La fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios;

c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

d) La adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva;

e) La negativa injustificada, a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios;

f) La incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su prestación o adquisición; o, a no vender materias primas o insumos, o prestar servicios, a otros; y,

g) Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.”<sup>210</sup>

En este orden de ideas, la aplicación de esta norma es *ex ante*, pues busca evitar que los agentes económicos cuya conducta tenga efectos a nivel supranacional incurran e abuso de la posición dominante y afecten el mercado. Adicionalmente, se nota que en los términos del derecho europeo se hace reprochable el abuso de la posición dominante, pero no se evita la existencia de posiciones de dominio en el mercado.

Siguiendo la normatividad andina, la tendencia en la regulación interna de los países suramericanos en la regulación de la posición dominante es el castigo del

---

<sup>210</sup> Artículo 8 de la Decisión 608 de la Comunidad Andina.

“abuso” de la posición de dominio<sup>211</sup>. Sin embargo, consideramos importante hacer referencia al caso Venezolano, pues ha mostrado alguna variación en este punto.

## ii) Venezuela

De acuerdo con el artículo 14 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia existe posición de dominio en los siguientes eventos:

“Artículo 14. A los efectos de esta Ley, existe posición de dominio:

1º Cuando determinada actividad económica es realizada por una sola persona o grupo de personas vinculadas entre sí, tanto en condición de comprador como de vendedor y tanto en su condición de prestador de servicios como en su calidad de usuario de los mismos; y

2º Cuando existiendo más de una persona para la realización de determinado tipo de actividad, no haya entre ellas competencia efectiva.””

De la misma manera, el artículo 13 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia define el abuso de la posición de dominio como:

“Artículo 13. Se prohíbe el abuso por parte de uno o varios de los sujetos de esta Ley de su posición de dominio, en todo o parte del mercado nacional y, en particular, quedan prohibidas las siguientes conductas:

1º La imposición discriminatoria de precios y otras condiciones de comercialización o de servicios;

2º La limitación injustificada de la producción, de la distribución o del desarrollo técnico o tecnológico en perjuicio de las empresas o de los consumidores;

3º La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios;

4º La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros;

---

<sup>211</sup> Decreto Legislativo 701 de 1991 de Perú y Ley 25.156 (Ley de defensa de la competencia) de Argentina.

5º La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos; y

6º Otras de efecto equivalente.”

Si bien se hace referencia al “abuso” de la posición dominante, es claro que en Venezuela es reprochable la existencia de un monopolio. En efecto, el artículo 113 de la Constitución venezolana contempla una prohibición expresa a la existencia de monopolios en los siguientes términos:

“Artículo 113. No se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualesquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquellos o aquellas, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad. También es contrario a dichos principios el abuso de la posición de dominio que un o una particular, un conjunto de ellos o de ellas, o una empresa o conjunto de empresas, adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada. En todos los casos antes indicados, el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, de los productores y productoras y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía.

Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público.”(Subraya fuera del texto original)

En este sentido, es sujeto de intervención estatal cualquier monopolio que se constituya, por lo que se trata de una sanción impuesta *per se* a cualquier agente económico que ostente dicha condición. Por otro lado, si bien pueden existir casos de posición de dominio que no impliquen un monopolio, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia de Venezuela – Procompetencia- considera que se hace necesario regular estos casos



considerando no sólo la protección del mercado y de los competidores en el marco de la normativa antitrust, sino también el derecho a la libertad de empresa.<sup>212</sup>

Este acercamiento al tema de la regulación de los monopolios difiere con el tratamiento de la posición de dominio en Colombia. En efecto, en Venezuela existe un control más estricto de los agentes del mercado, lo cual puede explicarse en términos políticos. Mientras tanto, en Colombia continúa la tendencia de ejercer control sobre las posiciones de dominio sólo cuando se abuse de las mismas en procura del mantenimiento de la libre competencia en el mercado.

## ii) Brasil

La regulación en materia de la competencia en Brasil se encuentra consagrada fundamentalmente en la ley 8884 de 1994.<sup>213</sup> Dicha ley consagra una lista de efectos que independientemente de si se realizan con intención del agente o sin ella, constituyen violaciones al orden económico si producen el resultado descrito en la norma o tienen la potencialidad de ocasionarlo.

Los efectos anticompetitivos descritos, dentro de los que se encuentra el abuso de la posición de dominio, son los siguientes:

1. Limitar, restringir o de cualquier forma perjudicar la competencia abierta y la libre empresa.
2. Controlar un mercado relevante de determinado producto o servicio.
3. Elevar utilidades de forma discrecional
4. Abusar de la posición de dominio en el mercado.

En principio llama la atención que la ley brasilera proscriba el hecho de controlar un mercado relevante. Sin embargo, es preciso anotar que a renglón seguido de las prohibiciones citadas, la ley establece claramente que no se aplicará la prohibición de controlar un mercado cuando dicha posición se ha obtenido como resultado de la eficiencia en la competitividad. Sin embargo, no resulta expresa la división entre aquellos casos en los que el control del mercado está originado en conductas anticompetitivas y aquellas en las que está originado en la eficiencia en la competencia. Por lo anterior, quedará a estudio en el caso concreto dicha diferenciación.

Por otro lado, la ley de competencia de Brasil define el control del mercado como

---

<sup>212</sup> SARMIENTO CUEVAS, Alejandro. La posición de dominio. Precompetencia- Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. <http://www.procompetencia.gov.ve/posicion%20de%20dominio.pdf> Consulta realizada el 11 de Abril de 2009.

<sup>213</sup> Latin Lawyer. Brazil Trade and Antitrust. Marcelo Calliari & José Augusto Caleiro Regazzini. <http://www.latinlawyer.com/article.php?id=13694> Consulta Agosto 15 de 2009.

aquel fenómeno que ocurre cuando una compañía o grupo de compañías controla una porción sustancial del mercado relevante como proveedor, agente, comprador, o financiero de un producto, servicio o tecnología relacionada.

En este punto es importante precisar que la posición de dominio mencionada anteriormente, se presume en virtud de la ley Brasileira cuando una compañía o grupo de compañías controla el veinte por ciento (20%) del mercado relevante; dicho porcentaje está sujeto a cambios por parte de CADE para mercados específicos. (Consejo Administrativo de Defensa Económica)<sup>214</sup>

Este tipo de presunciones le brinda una mayor certeza a la aplicación de la ley. Además de lo anterior, Brasil cuenta con una enunciación no taxativa de conductas que constituyen violación al orden económico<sup>215</sup>, que, al lado de la

---

<sup>214</sup> Brasil. Law 8884 of 1994. CHAPTER II VIOLATIONS

Article 20. Notwithstanding malicious intent, any act in any way intended or otherwise able to produce the effects listed below, even if any such effects are not achieved, shall be deemed a violation of the economic order:

- I - to limit, restrain or in any way injure open competition or free enterprise;
- II - to control a relevant market of a certain product or service;
- III - to increase profits on a discretionary basis; and
- IV - to abuse one's market control.

Paragraph 1. Achievement of market control as a result of competitive efficiency does not entail an occurrence of the illicit act provided for in item II above.

Paragraph 2. Market control occurs when a company or group of companies controls a substantial share of a relevant market as supplier, agent, purchaser or financier of a product, service or related technology.

Paragraph 3. The dominant position mentioned in the preceding paragraph is presumed when a company or group of companies controls twenty percent (20%) of the relevant market; this percentage is subject to change by CADE for specific sectors of the economy.

<http://www.cade.gov.br/english/internacional/Law-8884-1994b.pdf> Agosto 15 de 2009

<sup>215</sup> Article 21. The acts spelled out below, among others, will be deemed a violation of the economic order, to the extent applicable under article 20 and items thereof:

- I - to set or offer in any way--in collusion with competitors--prices and conditions for the sale of a certain product or service;
- II - to obtain or otherwise procure the adoption of uniform or concerted business practices among competitors;
- III - to apportion markets for finished or semi-finished products or services, or for supply sources of raw materials or intermediary products;
- IV - to limit or restrain market access by new companies;
- V - to pose difficulties for the establishment, operation or development of a competitor company or supplier, purchaser or financier of a certain product or service;
- VI - to bar access of competitors to input, raw material, equipment or technology sources, as well as to their distribution channels;
- VII - to require or grant exclusivity in mass media advertisements;
- VIII - to agree in advance on prices or advantages in public or administrative biddings;
- IX - to affect third-party prices by deceitful means;
- X - to regulate markets of a certain product or service by way of agreements devised to limit or control technological research and development, the production of products or services, or to dampen investments for the production of products and services or distribution thereof;

normatividad mencionada anteriormente constituyen un marco a partir del cual se regulan las conductas anticompetitivas en Brasil, incluyendo el ya mencionado abuso de la posición de dominio.

### iii) Chile

La Ley que promueve y defiende la competencia en los mercados de Chile, recientemente modificada<sup>216</sup> consagra los siguientes puntos entre hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que

---

XI - to impose on distributors, retailers and representatives of a certain product or service retail prices, discounts, payment conditions, minimum or maximum volumes, profit margins, or any other marketing conditions related to their business with third parties;

XII - to discriminate against purchasers or suppliers of a certain product or service by establishing price differentials or discriminatory operating conditions for the sale or performance of services;

XIII - to deny the sale of a certain product or service within the payment conditions usually applying to regular business practices and policies;

XIV - to hamper the development of or terminate business relations for an indeterminate period, in view of the terminated party's refusal to comply with unreasonable or non-competitive clauses or business conditions;

XV - to destroy, render unfit for use or take possession of raw materials, intermediary or finished products, as well as destroy, render unfit for use or constrain the operation of any equipment intended to manufacture, distribute or transport them;

XVI - to take possession of or bar the use of industrial or intellectual property rights or technology;

XVII - to abandon of cause abandonment or destruction of crops or harvests, without provenly good cause;

XVIII - to unreasonably sell products below cost;

XIX - to import any assets below cost from an exporting country other than those signatories of the GATT Antidumping and Subsidies Codes;

XX - to discontinue or greatly reduce production, without provenly good cause;

XXI - to partially or fully discontinue the company's activities, without provenly good cause;

XXII - to retain production or consumer goods, except for ensuring recovery of production costs;

XXIII - to condition the sale of a product to acquisition of another or contracting of a service, or to condition performance of a service to contracting of another or purchase of a product; and

XXIV - to impose abusive prices, or unreasonably increase the price of a product or service.

Sole Paragraph. For the purpose of characterizing an imposition of abusive prices or unreasonable increase of prices, the following items shall be considered, with due regard for other relevant economic or market circumstances:

I - the price of a product or service, or any increase therein, vis-à-vis any changes in the cost of their respective input or with quality improvements;

II - the price of a product previously manufactured, as compared to its market replacement without substantial changes;

III - the price for a similiar product or service, or any improvement thereof, on like competitive markets; and

IV - the existence of agreements or arrangements in any way, which cause an increase in the prices of a product or service, or in their respective costs.

<http://www.cade.gov.br/english/internacional/Law-8884-1994b.pdf> Agosto 15 de 2009

216 LEY Núm. 20.361. MODIFICA EL DECRETO CON FUERZA DE LEY N°1 DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y RECONSTRUCCIÓN, DE 2005, SOBRE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tiendan a producir dichos efectos:

“Artículo 3 °...

b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.”

En este punto es importante resaltar que en Chile se sanciona tanto el abuso de la posición de dominio, como llegar a dicha posición a través de prácticas anticompetitivas. Más aún, se puede ser objeto de sanciones cuando aún sin tener la posición de dominio, se realicen las conductas anticompetitivas descritas en la ley con el “objeto” de obtener dicha posición.

En Colombia por el contrario, el control del abuso de la posición de dominio se da con posterioridad a que se constituya dicha posición en el mercado. Lo anterior, sin perjuicio de los controles que ejerce la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las integraciones empresariales, y su objeción en los casos en los que amenace la determinación de precios del mercado, así como frente a las demás conductas anticompetitivas consagradas en nuestro ordenamiento jurídico.

iv) Argentina

Los artículos 4 y 5 de la ley 25.156 de 1999 establecen:

“ARTICULO 4º- A los efectos de esta ley se entiende que una o más personas gozan de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado, en perjuicio de éstos.

ARTICULO 5º- A fin de establecer la existencia de posición dominante en un mercado, deberán considerarse las siguientes circunstancias:

a) El grado en que el bien o servicio de que se trate, es sustituible por otros, ya sea de origen nacional como extranjero; las condiciones de tal

sustitución y el tiempo requerido para la misma;

b) El grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate;

c) El grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir al abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder.”<sup>217</sup>

De las normas citadas se puede ver cómo la legislación argentina no define expresamente lo que se considera como abuso de la posición de dominio, pero si establece claramente los casos en los que se considera que hay abuso de la misma.<sup>218</sup> Sin embargo, es importante tener en cuenta que la determinación del abuso se consagra legalmente en dicho país en términos muy similares a los aplicables por la Superintendencia de Industria y Comercio en Colombia. Así mismo, consagra legalmente los criterios a tener en cuenta para la determinación de la posición dominante en un mercado, en una línea que concuerda con los criterios aplicados en nuestro país.

v) México

El Artículo 10 de la Ley de Competencia Económica establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 10.- Sujeto a que se comprueben los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esta ley, se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

I. Entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por períodos de tiempo determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable;

II. La imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o

---

<sup>217</sup> <http://www.enre.gov.ar/web/bibliotd.nsf/042563ae0068864b04256385005ad0be/b5d5a4228beecf900325675f0053c22e?OpenDocument> consultada el 27 de Mayo de 2009.

<sup>218</sup> ASOCIACIÓN ARGENTINA DE ECONOMÍA POLÍTICA. XXXII Reunión Anual. Ley Argentina de Defensa de la Competencia. Página 6 Consultado en <http://www.aaep.org.ar/espa/anales/pdf/coloma.pdf> el 27 de Mayo de 2009.

proveedor debe observar al expender o distribuir bienes o prestar servicios;  
III. La venta o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre bases de reciprocidad:

IV. La venta o transacción sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;

V. La acción unilateral consistente en rehusarse a vender o proporcionar a personas determinadas bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros;

VI. La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a éstos, para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirle de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado; o

VII. En general, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios.”<sup>219</sup>

Es necesario precisar, que conforme lo establece el artículo citado, para que las prácticas descritas se consideren como monopólicas en los términos de la ley, se requiere que se cumplan con los supuestos descritos en los artículos 11, 12 y 13 de la ley. En primer lugar, el artículo 11 establece que para que las prácticas descritas se consideren violatorias de la ley, se requiere que el agente ostente un poder sustancial dentro del mercado relevante, y que las conductas se realicen con respecto de productos de dicho mercado. Conforme a lo anterior, los artículos 12 y 13 de la ley establecen criterios legales para la determinación de mercados relevantes y del poder sustancial de un agente dentro del respectivo mercado.

Estas últimas consideraciones son muy similares a los criterios adoptados en Colombia para la determinación de la posición de dominio en el mercado, y el abuso de dicha posición. Por otro lado, es importante resaltar que el artículo 10 citado que contiene la descripción de las conductas monopólicas es más amplio que el artículo 50 del Decreto 2153 colombiano. En esa medida, Colombia consagra algunas de las conductas descritas en la legislación Mexicana, como actos o acuerdos reprochables desde el punto de vista de la competencia, independientemente del poder de mercado que ostente el agente que incurra en ellas.

vi) Perú

---

<sup>219</sup> COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA- MEXICO. Compendio Normativo en Materia de Competencia Económica. 2009. <http://www.cfc.gob.mx/images/stories/normatividad/CompendioCE2009.pdf> consultado el 27 de Mayo de 2009.

Por su parte, la normatividad peruana sobre la materia establecida en el Decreto Legislativo 701 lo siguiente:

“Artículo 7.- De la posición de dominio en el mercado.-

7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o Distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en Dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

- (a) Una participación significativa en el mercado relevante.
- (b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- (c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- (d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- (e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- (f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

7.2. La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita.”

En relación con el abuso de la posición del dominio propiamente dicha, la citada norma establece:

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:

- a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
- b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;

- c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
  - d) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;
  - e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;
  - f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;
  - g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o,
  - h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.
- 10.3. La presente Ley se aplica inclusive cuando la posición de dominio deriva de una ley u ordenanza, o de un acto, contrato o reglamento administrativo.
- 10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas.
- 10.5. No constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales.”<sup>220221</sup>

Al igual que los casos de Argentina, México y Chile mencionados anteriormente, existen grandes similitudes en el tratamiento del abuso de la posición de dominio en Perú, con el régimen aplicable en Colombia. Dentro de los países latinoamericanos se encuentra una tendencia que coincide con el criterio de sanción de “abuso” de la posición de dominio, inspirada en el texto del artículo 82 del tratado de la Comunidad Europea. Las diferencias entre cada uno radica en la consagración de las causales sancionables en la legislación interna, pero en todo caso, dichas conductas no constituyen una camisa de fuerza, y como en el caso peruano, es posible investigar y sancionar conductas de abuso de la posición de dominio que no se encuentren previstos expresamente en la ley.

---

<sup>220</sup> ASPEC. <http://www.aspec.org.pe/documentos/legal/D.L.1034.pdf>. Consultada el 30 de Agosto de 2009.

<sup>221</sup> En el caso peruano, la aplicación de la ley de competencia al sector de los servicios públicos de telecomunicaciones está a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, cuyas normas definen los procedimientos facultades e instancias competentes para su aplicación.



## 10. CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo del presente escrito hemos presentado una visión general del régimen del abuso de la posición de dominio en Colombia. A manera de conclusión podemos afirmar que la posición de dominio y su abuso son temas que evolucionan constantemente a la velocidad que cambian los mercados donde se producen.

Particularmente quisiéramos resaltar:

La posición de dominio es una conducta que realizan las empresas o grupos empresariales que ostentan un control efectivo de un mercado relevante y esta situación les brinda la posibilidad de obstaculizar la competencia sin importar el comportamiento de sus competidores, productores o consumidores.

Para determinar si un agente ostenta posición de dominio deben las agencias de competencias (i) definir el mercado relevante, (ii) valorar la posición de la empresa en el mercado y (iii) determinar los potenciales competidores los cuales no alcanzan a debilitar la posición de dominio<sup>222</sup>.

En Colombia la posición de dominio, no es una conducta anticompetitiva ni prohibida por la ley, el abuso de la posición de dominio es lo que castiga las normas de competencia y por lo que la autoridad de competencia vela que no ocurra.

A nivel de derecho comparado, es importante tener en cuenta que la tendencia hacia la globalización económica y la influencia que otras normatividades han tenido influencia frente a la consagración del abuso de la posición de dominio en nuestro ordenamiento jurídico, y sobre los criterios adoptados por nuestra autoridad de competencia para determinar su existencia. Como fuente del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 sobre el abuso de la posición de dominio se encuentra el Tratado Roma, específicamente el artículo 82 del texto actual. Adicionalmente, no se puede desconocer la influencia que tiene el régimen norteamericano en los criterios para determinar si una conducta es contraria a la libre competencia.

En efecto, las reglas per se y de la razón contempladas en el derecho antitrust norteamericano son herramientas útiles dentro del derecho de la competencia colombiano, y permiten adoptar medidas menos arbitrarias y más concientes de los efectos reales de una conducta dentro del mercado. Sin embargo, no se puede

---

<sup>222</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 1001016 de febrero de 2001.

perder de vista que el enfoque norteamericano se encuentra dirigido hacia la eficiencia del mercado, mientras que nuestro criterio de interpretación es la libre competencia económica en el mercado para salvaguardar los derechos tanto de los competidores como de los consumidores del mismo.

Continuando con la perspectiva internacional, a nivel latinoamericano existe un tratamiento similar de la posición de dominio en el mercado, en donde a excepción del caso venezolano, los ordenamientos reprochan el abuso de la posición de dominio, pero no consagran como ilícita su existencia cuando se haga respetando las normas sobre libre competencia. Lo cierto es que el tema está en constante evolución, y dentro de las tendencias a nivel mundial algunas regulaciones están enfocando el control del abuso de la posición de dominio en aquellas conductas que perjudiquen a los consumidores más que en el control de las que produzcan un efecto anticompetitivo. Sobre este punto será interesante la evolución del tema en el derecho antitrust Norteamericano, y el en Derecho Comunitario Europeo, cuya influencia podríamos ver reflejada en nuestro país.

Por otro lado, esta circunstancia de cambio constante en las normas sobre posición de dominio se manifiesta en que la regulación cada vez es más específica, tanto en materia de causales, como en materia de sectores regulados.

A nivel del ordenamiento jurídico nacional, el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia consagra la libertad económica en general, pero se ha visto la necesidad de especificar el tema mediante las leyes y Decretos especiales que se han mencionado en este escrito. Lo anterior, ya que a pesar de que el fin se puede catalogar como la prevención de indebidas restricciones a la competencia, siempre hay matices que hacen pertinente regulaciones específicas dependiendo del mercado que se trate, y de los agentes que intervienen.

En esta medida cada vez se involucran más autoridades en el control de la posición de dominio en los mercados, pues a medida que avanza el tiempo, se aclaran más formas de regular el tema, y se busca que sea un órgano especializado el que se encargue de controlar el abuso de la posición de dominio en el mercado.

Ahora, si bien la importancia que se brinda al tema de la posición de dominio dentro del derecho de la competencia contemporáneo es lógica teniendo en cuenta las implicaciones que tiene su abuso para el mercado, también resulta prioritario obtener uniformidad en los criterios de la regulación.

En efecto, consideramos indispensable la unificación de criterios en materia de conductas prohibidas, y la procedencia de las sanciones para que los agentes económicos tengan claridad de sus límites de conducta en el mercado, pero también de sus libertades para seguir creciendo de una forma legítima. Lo anterior, en la medida en que consideramos pertinente la búsqueda de la

eficiencia del mercado, pero sin limitar actuaciones de los agentes del mercado por medio de interpretaciones que han permitido la existencia de medidas en contra de agentes que ostenten una posición de dominio, aunque no necesariamente hayan abusado de la misma.

## 11. BIBLIOGRAFÍA

CONCHA DELGADO, Santiago; El abuso de la Posición dominante en la Ley 142 de 1994. Publicaciones del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC II, Pontificia Universidad Javeriana, Colección seminarios 8, 1998.

DEVIS GRANADOS, Isaac Alfonso. RINCÓN CÁRDENAS, Erick. Derecho de los usuarios de las telecomunicaciones. Editorial Universidad del Rosario, 2008.

DUSSÁN HITSCHERICH, Jorge. El régimen de los servicios públicos domiciliarios, Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

ELHAUGE, Einer. y GERADIN, Damien. Global Competition Law and Economics. Hart Publishing. 2007.

GAVIRIA CADAVID, Fernando. “Los Monopolios” CEDEC V

GIRÓN LARRUCEA, José Antonio. La Unión Europea, La Comunidad Europea y el Derecho Comunitario. Ed. Universidad de Sevilla. Secretariado de Publicaciones. 2002.

GÓMEZ HUERTAS, Carolina y Alfonso, Gerardo. Las telecomunicaciones en la telefonía móvil celular. Bogotá: Librería del Profesional- ABC, 2000.

GOMEZ LEYVA, Delio. De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en el competencia económica. Camara de Comercio de Bogotá 1998.

JARAMILLO, Esteban. Tratado de ciencia de la hacienda pública, tI, Imprenta de “La Luz”, 1925.

LOWENFELD, Andreas F. International Economic Law. Second Edition. Oxford University Press. 2007.

MIRANDA, Alfonso. Abuso de la Posición Dominante: Perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado. Universidad Javeriana. En: Revista Universitas, No. 85.

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. “Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica” CEDEC III.

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. El Derecho de la Competencia en el Sector de las Telecomunicaciones.

MIRANDA, Alfonso. El régimen general de la libre competencia. CEDEC III Ed. Pontificia Universidad Javeriana.

MIRANDA, Alfonso y GUTIERREZ, Juan David. Fundamentos económicos del derecho de la competencia: Los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia. Revista de derecho a la Competencia, Universidad Javeriana, Bogotá. Vol. 2.

QUINTANA SANCHEZ, Eduardo. Abuso de Posición de Dominio Conjunta y Colusión Tácita. ¿Infracciones sin contenido Real? Thémis, 2005.

RENGIFO GARCIA, Ernesto. Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Universidad Externado de Colombia, 2004.

RUBIO ESCOBAR Jairo. Derecho de los mercados. Editorial Legis.

SALDARRIAGA LOPERA Gustavo. Instrumentos de análisis económico para el estudio de la competencia. Navegante Editores. Bogotá. 1998

SARMIENTO CUEVAS, Alejandro. La posición de dominio. Precompetencia-Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia.

SIERRA ALMONACID, Juan Jorge y GARCIA, Nelson Gerardo. Derecho de la Competencia. Editorial Legis, 1998.

THOMPSON JR. Samuel C. A Practitioner's guide to the economics of the antitrust Merger Guidelines.

UNCTAD, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Competencia. Nueva York y Ginebra: Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los Acuerdos Internacionales en materia de Inversión, Naciones Unidas, 2004.

VARIAN. Hal R. Microeconomía Intermedia. Antoni Bosch Editor. 5ta Edición

VELILLA MORENO, Marco Antonio. Una aproximación al concepto de abuso de la posición dominante, en Derecho de la Competencia, Biblioteca Milenio, Colección Derecho Económico y de los Negocios, El Navegante Editores, Bogotá, 1998.

WHISH, Richard. Competition Law. Oxford University. Fifth Edition.

## **NORMAS**

Decisión 608 de la Comunidad Andina.

Decreto 1663 de 1994.

Decreto 1130 de 1999.

Decreto 2153 de 1992.

Decreto Legislativo 701 de 1991 de Perú y Ley 25.156 (Ley de defensa de la competencia) de Argentina.

Ley 142 de 1994.

Ley 155 de 1959.

Ley 1340 de 2009

Superintendencia de Industria y Comercio:

Concepto 99023222 de 1996

Concepto 301761114 de 2003

Resolución 28037 de 2004

Resolución 30835 de 2004

Resolución 111 de 2008

Resolución 4285 de 2002

Resolución 588 de 2003

Resolución 7805 de 2008

Resolución 22195 de 2006

Resolución 5487 de 2005

Resolución 16453 de 2004

Resolución 923 de 2006

Resolución 24374 de 2007

Resolución 29437 de 2001

## **JURISPRUDENCIA**

Corte Constitucional Sentencia C-616 de 2001, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia T-240 de 1993 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia C-001 de 1998 Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

## **FUENTES TOMADAS DE INTERNET**

Disponible en Internet:

[http://www.eltiempo.com/enter/telecomunicaciones/asi-tendra-que-bajar-comcel-sus-tarifas-de-llamadas\\_4885112-1](http://www.eltiempo.com/enter/telecomunicaciones/asi-tendra-que-bajar-comcel-sus-tarifas-de-llamadas_4885112-1)

Disponible en Internet:

<http://www.procompetencia.gov.ve/posicion%20de%20dominio.pdf>

Consulta

realizada el 11 de Abril de 2009.

Disponible en Internet:

[http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/12002E/pdf/12002E\\_ES.pdf](http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/12002E/pdf/12002E_ES.pdf).

Consulta 11

de Abril de 2009.

Disponible en Internet:

<http://www.auladeeconomia.com/micro-ejerciciosresueltos8.htm>

Disponible en Internet:

[http://ec.europa.eu/competition/consumers/legislation\\_dominance\\_es.html](http://ec.europa.eu/competition/consumers/legislation_dominance_es.html)

Disponible en Internet:

<http://www.ftc.gov/os/sectiontwohearings/docs/section2overview.pdf>

Disponible en Internet:

[http://www.cidac.org/redcompetencia/index.php?\\_module=Conceptos&concepto\\_id=27](http://www.cidac.org/redcompetencia/index.php?_module=Conceptos&concepto_id=27)

Disponible en Internet:

[http://www.sic.gov.co/Articulos\\_Pagina\\_Principal/Noticias/2006/Competencia/Integraciones.php](http://www.sic.gov.co/Articulos_Pagina_Principal/Noticias/2006/Competencia/Integraciones.php) consultada el 29 de Mayo de 2009.

Disponible en Internet:

INSTITUTE OF COMPETITION LAW tomado de:

[http://www.concurrences.com/rubrique.php3?id\\_rubrique=577](http://www.concurrences.com/rubrique.php3?id_rubrique=577) consultado el 15 de Abril de 2009

Disponible en Internet:

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES

[http://www.crt.gov.co/images/stories/crtdocuments/ActividadRegulatoria/MercadosRelevantes/Metodologia\\_MR.pdf](http://www.crt.gov.co/images/stories/crtdocuments/ActividadRegulatoria/MercadosRelevantes/Metodologia_MR.pdf) el 29 de Mayo de 2009.

Disponible en Internet:

U.S. DC CIRCUIT COURT OF APPEALS. USA v MICROSOFT CORP ANDREAS F. LOWENFELD. Tomado de <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=dc&navby=docket&no=005212a>

Disponible en Internet:

<http://www.derechodelacompetencia.blogspot.com/>

Disponible en Internet:

Latin Lawyer. Brazil Trade and Antitrust. Marcelo Calliari & José Augusto Caleiro Regazzini. <http://www.latinlawyer.com/article.php?id=13694>

Disponible en Internet:

[http://www.pwc.com/es\\_ES/es/servicios/corporate-finance/assets/precios-abusivos-discriminatorios.pdf](http://www.pwc.com/es_ES/es/servicios/corporate-finance/assets/precios-abusivos-discriminatorios.pdf)

Disponible en Internet:

[http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=enrique\\_pasquiel](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=enrique_pasquiel)

Disponible en Internet:

[http://media.gibsondunn.com/fstore/documents/pubs/07.12.05\\_CompLawInsight-DWood-Article%2082.pdf](http://media.gibsondunn.com/fstore/documents/pubs/07.12.05_CompLawInsight-DWood-Article%2082.pdf)

Disponible en Internet:

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/245711.htm>

Disponible en Internet:

[http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/12002E/pdf/12002E\\_ES.pdf](http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/12002E/pdf/12002E_ES.pdf)

OTROS



Diario Oficial de la Unión Europea. Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes. Publicada el 24 de Febrero de 2009. Dicho documento cita el asunto 27/76, United Brands Company y United Brands Continental/Comisión, Rec. 1978, p. 207, apartado 65; y el asunto 85/76, Hoffmann-La Roche & Co./Comisión, Rec. 1979,

MICHAL, Gal. Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: two systems of belief about monopoly. Antitrust Bulletin, 0003603X, Spring/Summer2004, Vol. 49, Fascículo ½ Base de datos: Academic Search Complete.

