

**FUNDAMENTOS ECONÓMICOS  
PARA LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LIBRE  
COMPETENCIA Y EL CASO ANDEVIP  
Y LA EXISTENCIA DE PRÁCTICAS  
RESTRICTIVAS ABSOLUTAS EN COLOMBIA**

RAFAEL TAMAYO ÁLVAREZ\*<sup>1</sup>

RESUMEN

Contribuir con la eficiencia económica es el principal designio de la libre competencia. Su consecución se refleja en el correcto funcionamiento del mercado y en el ulterior beneficio para los consumidores. Cuando las normas sobre libre competencia proscriben conductas empresariales, es porque se trata de acuerdos o prácticas comerciales que menoscaban la eficiencia del mercado. En consecuencia, para determinar el carácter anticompetitivo de una conducta, se analizan sus efectos sobre el principio de eficiencia económica. Facilitando este estudio, las

---

\* Carrera 74B #39B-32, Medellín, y Carrera 2 Este #76-47 Bogotá. Tel.: 314-772-41-69 - Fax: (04) 416-60-99. E-mail: [rafaeltamayoalvarez@hotmail.com](mailto:rafaeltamayoalvarez@hotmail.com)

1 El autor es abogado egresado de la Universidad de Medellín, especializado en Derecho de los Negocios en la Universidad Externado, y Master en Derecho Internacional de las Universidades de Heidelberg y Chile. Actualmente se desempeña como consultor en asuntos corporativos.

normas de competencia incorporan sistemas de valoración que permiten identificar la naturaleza anticompetitiva de una conducta, en contraste con su contribución en la obtención de ventajas pro-competitivas, para ponderar cuál es su efecto general sobre la competencia. No obstante, existen conductas tan graves para la eficiencia del mercado, que su ilegalidad resulta connatural a su existencia. Colombia no cuenta con disposiciones claras que permitan inferir la existencia de este último tipo de conductas. Esta situación quedó en evidencia cuando el Consejo de Estado tuvo que decidir acerca del carácter restrictivo de un acuerdo de precios. ¿Existen en Colombia acuerdos comerciales inherentemente restrictivos, o su anticompetitividad depende de que sí causen detrimento real a la eficiencia económica? Estas y otras cuestiones serán analizadas.

**Palabras clave:** eficiencia económica, competencia, regla de la razón, análisis económico y fijación de precios.

***ECONOMIC BASE FOR THE APPLICATION OF  
COMPETITION LAW RULES AND THE ANDEVI  
CASE AND ABSOLUTE RESTRICTIVE COMPETITION  
LAW PRACTICES IN COLOMBIA***

*ABSTRACT*

*The ultimate goal of antitrust policy is promoting a healthy and fair contest between competitors within a relevant market. The achievement of this objective brings two important rewards: economic efficiency and consumer welfare. Conversely, cartels and other antitrust conducts undermine the benefits associated with competition.*

*Therefore, when enforcing antitrust law, competition authorities carry out an assessment focused on analyzing the overall effect on competition produced by the conduct. Nevertheless, practices that entail an egregious and evident violation of antitrust law are regarded as per-se infractions. Many States have developed guidelines to differentiate per-se infractions from those which are declared anticompetitive only after studying their real impact over market's efficiency. Colombia does not have this type of guidelines, and neither a clear regulation on the matter. This situation was exposed in a recent judgment regarding a price-fixing agreement. The controversy on whether per-se infractions are possible under Colombian competition law, vis-à-vis the importance of conducting an economic analysis before deciding whether a practice has negatively affected Colombian markets, is the main focus of this essay.*

**Key words:** *antitrust, rule of reason, economic efficiency, consumers' welfare, per se illegal, and price fixing.*

## INTRODUCCIÓN

Entre los años 2000 y 2001, la Superintendencia de Industria y Comercio - SIC, sancionó a un grupo de compañías dedicadas a la prestación de servicios de vigilancia, por su participación en un acuerdo de precios para la prestación del servicio de vigilancia privada. Inconforme con esta determinación, la Asociación Nacional de Entidades de Seguridad Privada - ANDEVIP, en conjunto con las empresas sancionadas, demandaron, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, los actos administrativos<sup>2</sup> con los que la SIC declaró la existencia de un acuerdo de fijación horizontal de precios, y, por

---

2 Se trata de la Resolución 29302 de 2000, confirmada por la Resolución 00670 de 2001.

considerarlo atentatorio de la libre competencia, sancionó pecuniariamente a las empresas que lo suscribieron.

El proceso contencioso administrativo, que concluyó a principios de 2010 con el fallo de segunda instancia proferido por el Consejo de Estado<sup>3</sup>, se constituyó en un verdadero hito para el desarrollo jurisprudencial del Derecho de la Competencia en Colombia, debido a que en él se ventiló como cuestión fundamental la necesidad de efectuar un análisis económico como presupuesto para determinar el carácter anticompetitivo de una práctica empresarial.

En efecto, la cuestión de fondo en el proceso era dilucidar si, de acuerdo con la normatividad colombiana en materia de libre competencia<sup>4</sup>, un acuerdo de precios entre competidores, por el solo hecho de existir o convenirse, debía ser considerado contrario a la libre competencia. Es decir, el debate jurídico se centró en establecer si en la legislación colombiana un acuerdo de precios puede declararse anticompetitivo sin necesidad de realizar un análisis económico previo, con el fin de explorar sus posibles efectos pro-competitivos, en contraste con sus efectos restrictivos, y, así, poder determinar cuál es el efecto general del acuerdo sobre el mercado.

El principal propósito de este artículo es analizar, con fundamento al pronunciamiento emitido por el Consejo de Estado, la pertinencia de efectuar un análisis económico con el fin de establecer el carácter restrictivo de todo acuerdo celebrado entre comerciantes. O, por el contrario, al tenor de los artículos 46 y 47 del decreto 2153 de 1992<sup>5</sup>, si es posible afirmar que en Colombia algunos acuerdos comerciales resultan absolutamente restrictivos, ello es, intrínsecamente contrarios

---

3 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1. CP MARÍA CLAUDIA ROJAS LASO. Enero 28 de 2010.

4 En Colombia, el régimen general de promoción y protección de la libre competencia lo integran la Ley 155 de 1959, el decreto 2153 de 1992, y la Ley 1340 de 2009.

5 La primera de estas disposiciones consagra una prohibición de carácter general, que proscribía toda práctica o acuerdo contraria a la libre competencia económica; mientras que la segunda, establece una lista –no taxativa–, de una serie de prácticas consideradas como restrictivas, entre las cuales, se resalta la fijación de precios entre competidores.

a la competencia con independencia de cualquier valoración económica que se efectúe sobre ellos.

En la primera sección del artículo se hará precisión conceptual sobre los objetivos de las leyes de competencia y los bienes jurídicos tutelados por éstas, para trazar los principios rectores de todo análisis económico en su aplicación. En la segunda sección se hará un recuento del funcionamiento de los sistemas de valoración de los acuerdos restrictivos, tanto en el Derecho Antitrust de los Estados Unidos como en el Derecho Comunitario de la Unión Europea. En la tercera, se examinará el contenido normativo del fallo emitido por el Consejo de Estado, analizando las posturas asumidas por cada uno de los sujetos procesales, y se tratará de determinar el papel que en el derecho colombiano sobre la competencia cumple el análisis económico como instrumento valorativo diseñado para establecer el carácter anticompetitivo de los acuerdos empresariales. Finalmente se precisarán las conclusiones.

## 1. EL OBJETIVO PRINCIPAL DE LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA

La función principal de las políticas de libre competencia es la de contribuir a la eficiencia económica del mercado. Las normas que regulan la ocurrencia de prácticas comerciales restrictivas se construyen entorno a este objetivo marco, mediante la promoción y el mantenimiento de un adecuado grado de competitividad interempresarial, con la finalidad de lograr un entorno de libre competencia que beneficie a los consumidores, permitiéndoles elegir entre una amplia gama de productos y servicios de buena calidad, producidos o prestados con un mayor grado de eficiencia, y que podrán adquirir a un menor precio.

Este objetivo marco está directamente relacionado con un propósito de mayor dimensión: contribuir con el desarrollo económico de una nación<sup>6</sup>. En consecuencia, la aplicación de las normas de competencia

---

6 Véase: *United Nations Set of Principles on Competition*, Section E, Paragraph 2. En esta disposición, cuya finalidad es fijar, como estándares internacionales, principios y reglas para el control de prácticas comerciales restrictivas, se sugiere que los

debe hacerse en consideración a su objeto esencial, concretado en dos principios: (i) la promoción de la eficiencia del mercado por el buen desempeño de los agentes económicos y (ii) la protección de los intereses de los consumidores<sup>7</sup>.

Los jueces como las agencias antimonopolio de cada país, al aprestarse a interpretar o aplicar las normas sobre competencia, a efectos de determinar si una conducta empresarial es restrictiva o no, deberán enmarcarse en el contexto económico y valorar los efectos pro y anticompetitivos de las conductas investigadas. Así podrán hallar acertadas respuestas para estos interrogantes: (i) ¿el comportamiento objeto de censura favorece el eficiente funcionamiento del mercado?; y (ii) ¿beneficia el comportamiento del agente el interés de los consumidores, porque mantiene incólume en el consumidor su capacidad para elegir libremente los bienes o servicios que adquieren?

En la mayoría de los países que actualmente cuentan con elaborada legislación en materia de libre competencia, la aplicación de las normas está precedida de un análisis económico con un doble enfoque analítico: determinar, en primer lugar, si la práctica comercial causa o puede causar efectos anticompetitivos, y, de ser así, proceder a poner en la balanza, de un lado, el efecto restrictivo de la competencia, y, del otro, las posibles eficiencias o bondades procompetitivas ligadas a la práctica o acuerdo comercial. Sólo así podrá determinarse con certeza el carácter anticompetitivo de la conducta, en atención a su verdadero impacto sobre el principio de eficiencia económica.

Las raíces económicas de las leyes de competencia demandan que su aplicación sea el producto de la valoración económica de cada caso,

---

Estados fundamenten sus normas de competencia bajo el principio de prohibir todas aquellas prácticas restrictivas que, al restringir el acceso al mercado o eliminar la competencia en él, causen efectos adversos para el comercio o el desarrollo económico del país.

7 Para una completa aproximación a los principios que inspiran las políticas de competencia, véase: “*The Fundamental Principles of Competition Policy*”, WTO Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy [WGTC], Working paper 127 (1999). Disponible en [www.wto.org/english/tratop\\_e/comp\\_e/wgtcp\\_docs\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/wgtcp_docs_e.htm). Visitado por última vez en 07/06/2010.

estableciendo: (i) si hubo un efecto contrario a la libre competencia; (ii) si existen eficiencias procompetitivas razonablemente asociadas a la conducta analizada; y (iii) si priman las eficiencias sobre las distorsiones, de manera tal que justifiquen las externalidades negativas causadas por la práctica o acuerdo restrictivo.

Para hacer más fácil esta forma de valoración de las conductas restrictivas, algunas legislaciones<sup>8</sup> distinguen entre *prácticas restrictivas absolutas*<sup>9</sup>, cuya ilicitud es inherente porque afectan la competencia de manera evidente, pernicioso e irredimible, que carece de todo sentido indagar si también comportan eficiencias procompetitivas, que de hecho, se dan por inexistentes; y las *prácticas restrictivas relativas* que son las que demandan propiamente la realización del análisis económico, porque su contrariedad con los principios de las políticas de competencia no resulta tan clara, en atención a que, además de restrictivas, son el medio para obtener eficiencias económicas, y por ello, más que una amenaza real para la libre competencia, son el presupuesto para un correcto funcionar del mercado, y para la generación de beneficios en favor de los consumidores. A continuación analizaremos el trato dado a los acuerdos empresariales en los Estados Unidos de América y en la Unión Europea, y los rasgos característicos de cada sistema.

## 2. EL DOBLE SISTEMA ANALÍTICO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO ANTITRUST DE LOS ESTADOS UNIDOS: ACUERDOS ILEGALES PER SE Y ACUERDOS ANALIZADOS BAJO LA “REGLA DE LA RAZÓN”

Un rasgo característico del derecho antitrust de los Estados Unidos, es que la violación a las leyes antitrust<sup>10</sup>, se determina por las autoridades

8 En el contexto latinoamericano, véase, por ejemplo, el Artículo 9, Capítulo II, de la Ley Federal de Competencia Económica de México.

9 También conocidas como prácticas ilegales *per se*, restricciones por objeto o prácticas monopolísticas absolutas.

10 Éstas principalmente son tres: “The Sherman Antitrust Law”, “The Federal Trade Commission Act”, y “The Clayton Act” cada una con sus respectivas enmiendas. Véase: “*The Three Core Federal Antitrust Laws*”, Federal Trade Commission Fact-

de competencia del país<sup>11</sup> utilizando un doble sistema analítico desarrollado esencialmente por vía jurisprudencial. En efecto, allí los acuerdos son considerados como anticompetitivos *per se*, cuando son evidentes sus efectos negativos sobre el libre comercio y el interés de los consumidores. Como regla general, para juzgar un convenio como anticompetitivo, se aplica la denominada *rule of reason* (regla de la razón), que consiste, dentro de un enfoque de tipo económico, en estudiar el impacto o efecto del acuerdo, para verificar si de manera injustificada afecta el buen funcionamiento del mercado y vulnera el interés legítimo de los consumidores.

## 2.1. ACUERDOS ILEGALES *PER SE*

En el derecho antitrust norteamericano, ciertos acuerdos concebidos por los empresarios son catalogados como ilegales *per se*, puesto que constituyen una amenaza de magnitud para la libre competencia, porque su carácter siempre es restrictivo sin interesar bajo qué punto de vista se observen. Basta que se verifique la existencia del acuerdo pernicioso para el consumidor, para tenerlo como ilegal, dejando como única defensa, la no participación en su conclusión o implementación.

Expresado de otra forma, este tipo de acuerdos tienen un carácter anticompetitivo inherente o intrínseco. Si en el transcurso de la investigación, la respectiva autoridad de competencia establece su existencia, inmediatamente queda relevada del deber de realizar, *a posteriori*, cualquiera otra valoración tendiente a comprobar lo nocivo para el mercado y los consumidores, porque el carácter pernicioso se presume de manera irrefutable. Tratándose de estos acuerdos, resulta

---

Sheet. Disponible en: <http://www.ftc.gov/bc/antitrust/index.shtm>, Visitado por última vez en 25/07/2010.

11 Es decir, la Comisión Federal de Comercio como agencia encargada de promover la libre competencia y defender el interés de los consumidores; y la División Antitrust del Departamento de Justicia, como ente encargado de ejercer las acciones penales y civiles que correspondan ante una práctica restrictiva tipificada como infracción penal.

innecesario examinar el propósito motivador que llevó a las partes a realizarlos. También se eximen consideraciones de orden económico, como, por ejemplo, comprobar que las empresas participes detentan determinante poder de mercado o averiguar si con ellos se trataba de alcanzar eficiencias pro-competitivas, las cuales, en realidad, se reputan inexistentes<sup>12</sup>.

En la práctica, estos acuerdos son nulos de pleno derecho. Los empresarios que los suscriben son merecedores de la sanción jurídica de forma casi automática. Debido al trato severo que reciben estas prácticas anticompetitivas, resulta imperioso dotar a las autoridades de competencia como a las distintas cortes, de directrices que faciliten su tarea de identificación de los acuerdos que se presumen anticompetitivos, diferenciándolos con claridad de aquellos con carácter restrictivo menos evidente. Estos últimos, sometidos al análisis de la regla de la razón<sup>13</sup>.

Las directrices, para distinguir entre los dos tipos de prácticas restrictivas, trazan una línea divisoria entre los acuerdos comerciales horizontales y los verticales. Los primeros, los horizontales, comprenden todo arreglo o convenio, expreso o tácito, entre empresas que normalmente compiten entre sí con productos o servicios similares que ofrecen al mismo mercado relevante<sup>14</sup>. Los segundos son los celebrados por las empresas que se encuentran en niveles diferentes de la cadena de producción o comercialización de un producto o servicio<sup>15</sup>. No compiten de forma directa.

---

12 Mediante el uso de terminología semejante, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que: “There are certain agreements or practices which, because of their pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue, are conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal without elaborate enquiry as to the precise harm they have cause”. Véase *Northern, Pacific Railway Co. v United States*, 356 US 1 (1958).

13 Véase: U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, “*Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*”, y “*Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*”, disponibles en <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/guidelin.htm>, visitado por última vez en 31/07/2010.

14 WGTCP, Supra n° 7, pág. 10.

15 *Ibidem*.

Los acuerdos horizontales tienen mayores probabilidades de impedir el buen funcionamiento del mercado y lesionar el interés de los consumidores porque propician la creación y consolidación de poderes de mercado de corte monopolístico. Dentro de esta categoría, se encuentran los denominados internacionalmente como *Hard Core Cartels*, que son hoy el principal foco de preocupación de los organismos internacionales encargados de promover y fortalecer la libre competencia en el ámbito supranacional<sup>16</sup>.

Algunos acuerdos, que generalmente se catalogan como ilegales *per se*, son los encaminados a: i) dividir, distribuir o asignar mercados o segmentos de un mercado, así como a fijar territorios o líneas de comercio para la distribución de productos o la prestación de servicios; ii) coordinar ofertas con ánimo colusorio para interferir el resultado de licitaciones, concursos o subastas públicas; iii) establecer cuotas o volúmenes de producción; y iv) fijar los precios de compra o de venta de bienes y servicios, sin atender la dinámica de la oferta y demanda.

Las restricciones al comercio, que son el producto de acuerdos verticales, tienden a servir como facilitadores para la consecución de propósitos legítimos que conllevan resultados pro-competitivos. Deben ser analizados, caso por caso, bajo un enfoque costo-beneficio, a fin de determinar su efecto general sobre la competencia. Deben ser examinados aplicando la regla de la razón, cuyos rasgos se explican a continuación.

## 2.2. RULE OF REASON, “REGLA DE LA RAZÓN”

En Estados Unidos todo acuerdo comercial no catalogado como ilegal *per se*, será analizado bajo la regla de la razón. Para ello, se compara

---

16 De tiempo atrás, la OECD insta a sus Estados miembros para que tomen una acción más rigurosa frente a este tipo de acuerdos horizontales, a fin de contrarrestar los graves efectos para el comercio mundial que son inherentes a ellos. Véase: OECD “*Recommendation of the Council Concerning Effective Action against Hard Core Cartel*”s (1998), disponible en [www.oecd.org/competition/cartels](http://www.oecd.org/competition/cartels), última visita: 31/07/2010.

el nivel de eficiencia existente en el mercado con presencia y en ausencia del acuerdo, indagando si éste menoscaba la libre competencia, pero también si existen eficiencias asociadas al acuerdo, que traen un efecto tan benéfico para la eficiencia del mercado, que prevalece sobre el menoscabo causado.

En efecto, aunque un acuerdo empresarial parezca anticompetitivo a primera vista, luego de un análisis más detallado, la percepción sobre su carácter restrictivo puede variar si se logra demostrar que el acuerdo facilita a quienes lo han suscrito, ofrecer sus productos o servicios con mejor calidad y a menor precio. Por lo tanto, cuando un acuerdo no es ilegal *per-se*, la regla de la razón demanda ponderar sus pros y contras, y así, identificar su efecto general sobre la competencia, lo cual se reflejará en su incidencia sobre la eficiencia económica del mercado.

El análisis de una conducta empresarial en el contexto de la regla de la razón, comprende su estudio o valoración en dos fases:

### 2.2.1. IDENTIFICAR LA NATURALEZA DEL ACUERDO.

Lo que se busca aquí es la comprobación de factores que, aunados, dan pie para deducir una naturaleza presumiblemente anticompetitiva. Por ejemplo, se examina el propósito comercial que motivó a que las partes celebraran el acuerdo; también se estudia si a raíz de este, las empresas que lo suscribieron lograron consolidar, de manera conjunta o individual, poder de mercado para imponer o alterar unilateralmente, las condiciones de entrada al mercado o su funcionamiento.

En relación con el proceso para identificar la naturaleza de los acuerdos comerciales restrictivos, la jurisprudencia de los Estados Unidos ha desarrollado el concepto de *Antitrust Safety Zones*, que son supuestos fácticos en los que se presume la legalidad de todo acuerdo que se acomode a ellos. Por ejemplo, cuando la participación o cuota de mercado no es significativa, el acuerdo resulta inocuo para afectar gravemente la competencia; o también, tratándose de cierta clase de acuerdos que, con marcada frecuencia, han demostrado ser

idóneos para generar eficiencias que promuevan una mejor dinámica del mercado<sup>17</sup>.

La razón para establecer estas *Antitrust Safety Zones*, es para brindar a las empresas un mayor grado de certidumbre, que les permita celebrar negocios de colaboración empresarial con la seguridad que éstos se ajustan en debida forma a la normatividad antitrust. De esta manera, se evita que acuerdos potencialmente benéficos para la competencia, dejen de concluirse porque quienes los suscriben temen que, de hacerlo, se exponen a ser sancionados por violación a las normas antitrust<sup>18</sup>.

### 2.2.2. DETERMINAR EL EFECTO GENERAL SOBRE LA COMPETENCIA DEL ACUERDO

Cuando cumplida la primera parte del estudio, éste no arrojó evidencia alguna para inferir un efecto contrario a la libre competencia, la autoridad a cargo de la investigación finaliza sus indagaciones sin necesidad de ahondar en consideraciones adicionales<sup>19</sup>. Por el contrario, cuando el estudio demuestra que el acuerdo sí causa efectos anticompetitivos, o que al menos es susceptible de hacerlo con el transcurso del tiempo<sup>20</sup>, la investigación debe proseguir con el propósito

---

17 Véase: U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, “*Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*”, 25-26 (2000).

18 Sin embargo, es importante anotar, primero, que estas “zonas de seguridad” no cobijan acuerdos calificados como ilegales *per se*; y segundo, que la naturaleza de un acuerdo, por el solo hecho de encontrarse éste por fuera del ámbito de la “zona de seguridad”, no torna anticompetitiva automáticamente, es decir, deberá ser examinado aplicando la “regla de la razón”.

19 U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Supra* n° 18, pág. 10.

20 En consecuencia, el efecto sobre la competencia de un acuerdo comercial puede variar con el tiempo. Ello obedece a cambios en la estructura interna del acuerdo, como el ingreso de una empresa con mayor poder de mercado, o cualquier nueva condición que afecte el mercado relevante. Por lo tanto, al analizar la legalidad de un acuerdo comercial, se deberá evaluar su efecto sobre la competencia al momento del análisis, pero también sus efectos futuros.

de indagar si: i) el acuerdo está razonablemente asociado con la obtención de ventajas pro-competitivas susceptibles de ser verificadas; ii) el alcance de estas ventajas contrarresta el efecto negativo sobre la competencia; iii) el acuerdo es una condición sin la cual no sería posible obtener dichas ventajas; y iv) no existen mecanismos alternativos, de carácter menos restrictivo, que sirvan para obtener estas ventajas.

Como ejemplos de acuerdos comerciales que, pese a su carácter restrictivo también generan eficiencias pro-competitivas, encontramos, entre otros, i) los que contribuyen a disminuir los precios; ii) aquellos que permiten producir con mayor eficacia o estimulan la innovación para el desarrollo de nuevos productos; iii) los que facilitan la canalización de recursos de inversión hacia actividades de investigación tendientes a mejorar la calidad de los productos o la forma en que se prestan los servicios; y iv) aquellos que facilitan la implementación de esquemas de economía de escala, que de no ser por el acuerdo, estarían fuera del alcance de las partes<sup>21</sup>.

Cuando la autoridad de competencia verifica que el acuerdo sí es una condición *sine qua non* para obtener las eficiencias que se le atribuyen, procederá a efectuar un balance entre éstas y el efecto anticompetitivo, para poder determinar el efecto general sobre la competencia (*overall competitive effect*) del acuerdo. En consecuencia, bajo el análisis de la regla de la razón, un acuerdo puede parecer anticompetitivo, pero luego se puede comprobar que, por la manera como ha sido concebido e implementado, en realidad genera beneficios que prevalecen sobre su aspecto contrario a la competencia. De ser así, el acuerdo será lícito porque contribuye a una mejor eficiencia económica del mercado, y consecuentemente, genera mayores beneficios para los consumidores.

En suma, con la distinción entre acuerdos ilegales *per-se* y acuerdos analizados bajo la regla de la razón, la normativa antitrust estadounidense cuenta con un sistema analítico en donde el carácter anticompetitivo de un acuerdo se determina, por regla general, con fundamento en un

---

21 En todo caso, es imprescindible para la eficiencia atribuida al acuerdo sea verificable, es decir, que las ventajas asociadas al acuerdo no resulten en mera especulación.

análisis de corte económico que se realiza en consideración al objetivo marco que sirve como pilar para la construcción de las políticas de competencia: la eficiencia económica manifestada en un mejor funcionamiento del mercado y el bienestar de los consumidores.

### 3. LA VALORACIÓN DE LOS ACUERDOS RESTRICTIVOS EN EL DERECHO EUROPEO DE LA LIBRE COMPETENCIA

La normatividad comunitaria Europea en materia de competencia también cuenta con un sistema dual para la valoración de los acuerdos comerciales restrictivos. En efecto, el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 81 TCE), comprende un primer apartado, el cual señala una prohibición general que proscribe cualquier conducta anticompetitiva para el mercado comunitario.<sup>22</sup>; así como un tercer apartado, el cual señala un sistema de exenciones y excepciones, en virtud del cual, no son restrictivos los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas que, no obstante adecuarse típicamente a los supuestos fácticos del apartado primero del artículo, *“contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico...”*<sup>23</sup> (cursivas fuera del texto).

Por su parte, el Reglamento 1 de 2003 del Consejo de la Unión Europea, que trata sobre la implementación de las normas de competencia previstas en el artículo 101, señala que los acuerdos comerciales que, no obstante estar inmersos en la prohibición general, o tipificar uno de los supuestos fácticos también señalados en el artículo<sup>24</sup>, cumplan a su vez con todos los requisitos del apartado 3,

---

22 El primer apartado del artículo 101 señala: “Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior...”.

23 Apartado 3 del artículo 101 del Tratado de la Unión Europea.

24 Estos supuestos particulares son: **a)** fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; **b)** limitar o controlar la

serán válidos. En consecuencia, las partes interesadas podrán concluir estos acuerdos sin tener que solicitar autorización especial a las autoridades comunitarias de competencia, puesto que en virtud de esta nueva normativa, son los particulares quienes auto examinan la legalidad de sus acuerdos, y su decisión sólo es susceptible de un control posterior tendiente a verificar si, en efecto, el acuerdo sí cumplía con los requisitos constitutivos de la exención de eficiencia<sup>25</sup>.

Para facilitar este autoexamen y permitir que posteriormente las autoridades, nacionales y comunitarias, cuenten con mejores herramientas de juicio para verificar la autovaloración efectuada por los particulares, se han elaborado, para cada tipo de acuerdo según su carácter vertical u horizontal, un conjunto de directrices que han sido impartidas mediante comunicaciones de la Comisión Europea. Con estas directrices, se precisa el alcance de los conceptos contenidos en el artículo 101, y se establecen parámetros interpretativos que permiten una mejor aplicación de la norma.

De esta manera, en las “Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado”, la Comisión hizo énfasis en la distinción entre las prácticas o acuerdos comerciales que tienen por *objeto*, y las que tienen por *efecto*, impedir, restringir o falsear la libre competencia dentro del mercado comunitario<sup>26</sup>.

En efecto, la importancia de distinguir entre los términos *objeto* y *efecto*, radica en que “una vez demostrado que un acuerdo tiene por

---

producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; **c)** repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; **d)** aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; y **e)** 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.

- 25 Con esto se persigue facilitar el comercio y la libertad empresarial. Antes, los comerciantes debían solicitar una autorización previa para concluir sus acuerdos comerciales. Este sistema podía desincentivar la celebración de acuerdos beneficiosos para la eficiencia del mercado.
- 26 Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión-Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado” numeral 19 (2004/C 101/08).

objeto restringir el juego de la competencia, huelga atender a sus efectos concretos”<sup>27</sup>. Es decir, cuando un acuerdo tiene por objeto restringir la competencia, no hay que comprobar que realmente sí hubo un efecto restrictivo sobre la competencia, pues ello se da por sentado. Lo anterior, “se basa en la gravedad intrínseca de la restricción y en la experiencia, que demuestra que las restricciones de la competencia que lo sean por su objeto pueden surtir efectos negativos para el mercado y poner en peligro los objetivos de las normas comunitarias de competencia”<sup>28</sup>.

Por otro lado, cuando un acuerdo no tiene por objeto restringir la competencia, se trata de una restricción por efecto, y por lo tanto, habrá que comprobarse que sus efectos, reales o potenciales, sí sean restrictivos de la libre competencia. En consecuencia, como no se sobrentienden, los efectos anticompetitivos deberán ser probables<sup>29</sup>, además de sensibles, esto último, en el sentido que su grado de afectación a la libre competencia vaya más allá de lo insignificante<sup>30</sup>.

Aunque el binomio restricciones por objeto y por efecto, en principio, se podría asimilar a la dualidad de acuerdos ilegales *per se* y acuerdos analizados bajo la regla de la razón existente en la normativa antitrust de los Estados Unidos, tal inferencia resulta imprecisa. En efecto, luego de que un acuerdo ha sido catalogado como ilegal *per-se*, no es posible

---

27 Ibídem, numeral 20.

28 Ibídem, numeral 21.

29 Es decir, que debido al acuerdo se pueda prever, de forma razonable, efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de los productos y servicios que se ofrecen en el mercado relevante.

30 En efecto, la aplicación del derecho antitrust comunitario presupone que la afectación a la competencia sea sensible, por lo tanto, el apartado primero del artículo 101 no es aplicable cuando los efectos sobre el comercio intracomunitario o sobre la competencia no son sensibles. En consecuencia, existen umbrales de cuotas de mercado y otros unos criterios cuantitativos para determinar lo que no constituye una restricción sensible de la competencia Véase: Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea” (2001/C 368/07). Para una mayor comprensión de cómo opera la *regla de minimis* en el derecho antitrust europeo, véase: INGRID, ORTIZ BAQUERO, “La regla de minimis en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la libre competencia”, Revista *e-mercatoria*, 2009, vol. 8 n° 2.

alegar ninguna excepción de eficiencia, porque su mera existencia basta para dar por hecho que hubo un real menoscabo para la libre competencia; y es suficiente para endilgar responsabilidad a las empresas que lo suscribieron, las cuales serán sancionadas salvo que consigan demostrar la no ocurrencia del acuerdo, o su falta de participación en el mismo.

Entre tanto, en el sistema comunitario europeo, la distinción entre restricciones por *objeto* y por *efecto*, no excluye la posibilidad de aplicar, para ambos casos, la exención de eficiencia del apartado tercero del artículo 101. En efecto, el hecho de identificar que un acuerdo constituye una violación por efecto u objeto, es importante tan solo para comprobar la existencia de un efecto contrario a la competencia, en caso que éste no se dé por sentado. No obstante, en uno u otro evento, será menester examinar la procedencia de aplicar el apartado 3 del artículo 101, para verificar si se dan los supuestos de la exención de eficiencia. En tal caso, “cuando los efectos favorables a la competencia de un acuerdo superan a los restrictivos, el acuerdo es en definitiva beneficioso para la competencia y compatible con los objetivos de la normativa comunitaria en esta materia”<sup>31</sup>.

En suma, en el contexto de la Normativa europea de la competencia, el estudio del carácter restrictivo de un acuerdo, también demanda un análisis económico en el que se aprecian, de manera comparativa, los efectos positivos y negativos del acuerdo, y con base a ello, se determinará si el acuerdo es ilegal, en la medida que menoscabe la eficiencia económica del mercado de forma tal, que la exención de eficiencia no sirva como justificante.

#### 4. EL ANÁLISIS ECONÓMICO PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA. ANÁLISIS NORMATIVO Y DE LA SENTENCIA DEL CASO ANDEVIP v. SIC

En las secciones segunda y tercera de este escrito, se demostró que, tanto en el derecho antitrust de los Estados Unidos como en el Derecho

31 Comisión Europea, Supra n° 27, numeral 21.

Comunitario Europeo de la competencia, existe una estructura analítica diseñada para identificar cuando un acuerdo lesiona verdaderamente el principio de eficiencia económica. Con el propósito de facilitar esta labor, ambos sistemas incorporan directrices que sientan bases para la interpretación y aplicación de las normas de competencia.

Estas guías clasifican los acuerdos comerciales según su naturaleza, atendiendo a una serie de factores, entre los cuales, están el carácter vertical u horizontal del acuerdo, o la magnitud del menoscabo sobre la libre competencia, puesto que hay acuerdos que se consideran más graves que otros, porque la experiencia ha demostrado que lesionan, de manera más sensible, bienes de interés público tutelados por el derecho de la competencia: el correcto funcionamiento del mercado y el bienestar de los consumidores.

En consecuencia, cuando las autoridades antimonopolio de un país se encuentran en presencia de un acuerdo de esta índole, están relevadas de comprobar la real ocurrencia del efecto restrictivo que es atribuido al acuerdo comercial, e incluso, en el ámbito del derecho estadounidense, el acuerdo será ilegal *per se*, es decir, ni siquiera será factible alegar justificaciones de eficiencia.

Con excepción de las legislaciones en donde se admite la categoría de acuerdos ilegales *per se*, el carácter efectivamente anticompetitivo e ilícito de un acuerdo comercial siempre debe ser valorado, atendiendo a la manera como este menoscaba los fundamentos económicos del derecho de la competencia. Inclusive, cuando los efectos restrictivos asociados al acuerdo se presumen, ello no es óbice para efectuar este análisis económico, ya que aquellos pueden ser compensados, e incluso justificados, por eficiencias económicas ligadas a la manera como el acuerdo ha sido concebido por las partes.

Dicho de otro modo, cuando las ventajas asociadas a un acuerdo comercial priman sobre su efecto restrictivo, el acuerdo no puede ser tildado de anticompetitivo, por el contrario, éste contribuye a lograr una mejor eficiencia económica, y por lo tanto, no lesiona los bienes jurídicamente tutelados por el derecho de la competencia: libre mercado y bienestar de los consumidores.

No obstante, no todos los países del mundo cuentan con este tipo de directrices, y por lo tanto, carecen de una adecuada estructura para una mejor valoración de las prácticas comerciales restrictivas. Colombia es uno de estos países, porque sus normas sobre competencia ofrecen poca claridad con relación a la existencia de prácticas anticompetitivas absolutas, y tampoco existen guías concretas para evaluar la legalidad de las conductas empresariales con un criterio de eficiencia económica<sup>32</sup>. En este sentido, en Colombia no es tan fácil inferir que, por la mera existencia de un acuerdo entre comerciantes, se configuró una infracción a la libre competencia.

Precisamente, sobre este asunto recayó el caso ANDEVIP v. SIC, resuelto por el Consejo de Estado mediante fallo que se analizará a continuación, pero antes, es necesario hacer una breve introducción al Decreto 2153 de 1992, el cual define qué tipo de prácticas comerciales se consideran contrarias a la libre competencia en Colombia.

#### 4.1. LOS ACUERDOS COMERCIALES EN EL DECRETO 2153 DE 1992

En Colombia los acuerdos comerciales con carácter restrictivo se rigen por los artículos 46 y 47 del Decreto 2153 de 1992. La primera de estas disposiciones establece una prohibición general en razón de la cual adolecen de objeto ilícito, “*todas las conductas que afectan la libre competencia en los mercados*”<sup>33</sup>. En contraste con el carácter abierto de la anterior disposición, el artículo 47 es más específico, puesto que

---

32 El artículo 1 parágrafo de la Ley 155 de 1959 señala que “el Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general”. Sin embargo, esta norma adolece de vaguedad, puesto que no es tan clara como el apartado 3 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y tampoco existen guías oficiales al respecto.

33 El texto completo de la disposición señala: “En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito”.

enuncia, aunque de forma no taxativa, algunos acuerdos contrarios a la libre competencia, entre ellos, “*los tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios*”<sup>34</sup>.

De la lectura en conjunto de ambas disposiciones, surgen varios interrogantes como: (i) si la prohibición general del artículo 46 hace referencia a las conductas que *afectan* la libre competencia, ¿significa ello que en Colombia el carácter anticompetitivo de toda conducta, dependerá de que se logre verificar que realmente se causó detrimento a la eficiencia económica del mercado?, (ii) ¿tal verificación debe hacerse mediante un examen similar a la regla de la razón, o la excepción de eficiencia, es decir, determinando el efecto general sobre la competencia luego de sopesar los pros y contras de un acuerdo?; (iii) ¿es posible equiparar el numeral 1 del artículo 47 con el artículo 101 del Tratado de la Unión Europea, puesto que ambos emplean los términos *objeto* y *efecto* con carácter distintivo?; de ser así, iv) ¿quiere esto decir que en Colombia, el efecto restrictivo de un acuerdo de precios no requiere probarse, pues éste se presume por el solo hecho de haber existido dicho acuerdo?

Para darle respuesta a estos cuestionamientos, se procede ahora a examinar el contenido del fallo proferido por el Consejo de Estado en el caso ANDEVIP v. SIC, con respecto al estudio de los acuerdos de fijación de precios en Colombia.

#### 4.2. EL CASO ANDEVIP v. SIC: ANÁLISIS DE LOS ACUERDOS DE FIJACIÓN DE PRECIOS SEGÚN EL DERECHO COLOMBIANO DE LA COMPETENCIA

Como breve recuento de los hechos, un grupo de empresas de vigilancia acordaron las tarifas que cobrarían por la prestación del servicio de vigilancia privada, con el único propósito, según lo manifestaron durante el proceso, de cumplir con una recomendación de la Superintendencia

---

34 Numeral 1 artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

de Vigilancia y Seguridad Privada<sup>35</sup>. No obstante, la SIC les impuso sanciones por incurrir en una práctica contraria a la libre competencia, sin detenerse en los motivos por los que las sancionadas acordaron sus precios.

Inconformes con esta determinación, ANDEVIP y las empresas sancionadas instauraron una acción de nulidad en contra de los actos administrativos mediante los cuales fueron sancionadas. Como fundamento de su demanda, adujeron que la sola existencia de un acuerdo de fijación de precios “no debió servir de único fundamento para imponer las sanciones correspondientes”<sup>36</sup>, ya que según el tenor literal del numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 2002, para que un acuerdo sobre precios sea anticompetitivo, además de su existencia, se requiere demostrar que el acuerdo tuvo por *objeto* o como *efecto* la fijación de precios, lo que, a juicio de la parte demandante, presupone la existencia de un ingrediente volitivo entre quienes celebran el acuerdo, el cual fue ignorado por la SIC. Según este razonamiento, antes haber impuesto sanciones, la SIC debió indagar el propósito que motivó a que las empresas coordinaran sus precios. Lo contrario equivale a aceptar una forma de responsabilidad objetiva proscrita por el ordenamiento jurídico colombiano.

En contraposición, para la SIC resulta claro que, para la procedencia de sanciones producto de una fijación de precios, basta con que se acredite que existió el acuerdo, sin que sea necesario examinar la finalidad que tuvieron las partes al suscribirlo. Para la entidad demandada, lo que en realidad consagra el numeral 1, artículo 47 del decreto 2153 de 1992, es un clásico caso de responsabilidad objetiva<sup>37</sup>.

---

35 Recomendación contenida en la Circular 16 de 1995, Numerales 7 y 8. Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.

36 Consejo de Estado, Supra n° 3, pág. 12.

37 En efecto, en la parte resolutive, numeral segundo de la Resolución 670 de 2001, la SIC, refiriéndose a la fijación de precios, expresó que: “la perceptiva legal en materia de competencia es bastante celosa en cuenta al proceso de formación de precios, en esa medida, no sólo permite sino además exige que sea cada productor quien determine autónomamente el precio de sus distintos productos o servicios, es este el sustento en que se erige el numeral 1 del artículo 47 y su propia razón de ser. Así, merece

Al dirimir en primera instancia la controversia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca manifestó que, tratándose de prácticas comerciales restrictivas, “cada conducta o resultado del mercado debe ser analizado de manera particular, pues se presentan circunstancias que permiten desvirtuar la ilegalidad de los acuerdos”<sup>38</sup>. Esto es, un análisis similar al de la regla de la razón en los Estados Unidos, o la exención de eficiencia del sistema Comunitario Europeo, aceptando que la aparente ilegalidad de un acuerdo de fijación de precios es susceptible de ser desvirtuada, como consecuencia del referido análisis. Más aún, para el Tribunal, la participación en el mercado de las empresas de vigilancia que suscribieron el acuerdo no era significativa en comparación con el tamaño del mercado relevante<sup>39</sup>, y en consecuencia, resultaba inocuo<sup>40</sup>.

Al decidir el recurso de apelación interpuesto por la SIC, el Consejo de Estado optó por revocar la decisión tomada en primera instancia por el Tribunal, perfilando su propia interpretación sobre el alcance del numeral 1, artículo 47 del decreto 2153 de 1992. De acuerdo al fallo, para que se configure una violación a las normas de libre competencia, se requiere más que la simple demostración de la existencia de un acuerdo de precios, con lo cual se apartó en principio de la postura de la SIC. Sin embargo, acto seguido, el Consejo de Estado también negó que haya que probarse la intención de las partes al momento de

---

rechazo, tanto el acuerdo que está orientado a la fijación de un precio-objeto-aunque no produzca una afectación final sobre el producto, como el que sin tener por objeto su determinación artificial, termina generando ese resultado en el mercado-efecto-“.

38 Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera-Subsección B, del 27 de noviembre de 2003, MP LIGIA OLAYA DE DÍAZ, radicado 2001-0364.

39 Según encontró el Tribunal, en el mercado de empresas que prestan servicios de vigilancia operan más de novecientas empresas, mientras que sólo quince fue el número de empresas que suscribieron el acuerdo de precios.

40 Aquí el razonamiento del Tribunal Administrativo fue similar al que aplican las autoridades de competencia de los Estados Unidos cuando detectan la existencia de una “antitrust safety zone”, en razón a la poca participación en el mercado de las empresas investigadas.

coordinar precios, con lo cual también se apartó de la tesis esgrimida por la parte demandante<sup>41</sup>.

Para el Consejo de Estado, lo determinante, además de la existencia del acuerdo, es que éste haya tenido por *objeto* o como *efecto* la fijación directa o indirecta de precios. La imposición de sanciones debe ser el producto de un análisis de adecuación típica que consta de dos fases: la primera, para comprobar que sí existió un acuerdo de voluntades entre empresas, y la segunda, en la que se verifica que el objeto o efecto de dicho acuerdo haya consistido en fijar los precios de un producto o servicio. El problema está en que el Consejo de Estado omitió definir el sentido de las expresiones por *objeto* o como *efecto*, ni estableció criterios para poder distinguir un concepto del otro.

Fue esta imprecisión la que condujo a que el Consejo fundamentara su decisión en consideraciones que no guardan relación con el principio de eficiencia económica. Por el contrario, su análisis del caso conduce al campo de la responsabilidad objetiva, debido a que para el Consejo de Estado las expresiones por *objeto* u *efecto*, guardan relación con el hecho de poder identificar el componente subjetivo que motivó a las partes a coordinar sus precios; más no con la función de analizar la manera como el acuerdo incide sobre el buen funcionamiento del mercado y el interés de los consumidores.

Habría sido preferible que el Consejo de Estado, de modo similar a como ocurre en los sistemas normativos foráneos explicados en este artículo, enfocara su análisis en verificar de manera objetiva si, además de existir un efecto anticompetitivo<sup>42</sup>, existieron ventajas procompetitivas razonablemente ligadas al acuerdo de precios, y que justificaran su existencia en aras de la llamada excepción de eficiencia<sup>43</sup>. Además, como fue

41 “Ciertamente, como lo dicen los demandantes, que no basta con la sola demostración de la existencia del acuerdo de precios, sin embargo, no lo es tanto que además sea menester probar la intención que tenían las sociedades infractoras al momento de su celebración...” Consejo de Estado, Supra n° 2.

42 Por ejemplo, se debió haber puesto mayor cuidado en comprobar si, en efecto, era poca la participación en el mercado por parte de las empresas de vigilancia sancionadas, y si en virtud de esta situación, las empresas no tenían la forma de afectar gravemente el mercado, aún cuando hayan acordado coordinar sus precios.

43 Incluso, aunque ello implicara el estudio de conceptos tan amplios como los expresados en el artículo 1 parágrafo, de la Ley 155 de 1959.

planteada la controversia, el tema esencial consistía en determinar si los acuerdos de precios constituyen prácticas restrictivas absolutas según la legislación colombiana.

Lo anterior obedece a que, contrario a lo que sucede en los Estados Unidos, en Colombia no existen acuerdos ilegales *per se*, porque esta categoría de acuerdos no se encuentra expresamente regulada en las normas de competencia<sup>44</sup>. De la misma manera, aunque la redacción del numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 guarda relación con el apartado primero del artículo 101 del Tratado de la Unión Europea<sup>45</sup>, en Colombia no existen directrices oficiales que permitan inferir un carácter distintivo parecido al acogido en Europa, es decir, que las restricciones por objeto suelen ser más graves, y por lo tanto, que no es necesario demostrar sus efectos restrictivos, lo cual sí lo es cuando se trata de restricciones por efecto. En suma, el Consejo de Estado omitió fijar criterios, pautas o directrices, necesarias para una adecuada valoración del carácter restrictivo de los acuerdos de fijación de precios, especialmente, en consideración a su relación con el objetivo marco que fundamenta el derecho de la competencia: la eficiencia económica.

Más aún, si se tiene en cuenta que el Consejo de Estado no aceptó la tesis de la SIC, consistente en que los acuerdos de precios son anticompetitivos por el solo hecho de existir, sino que por el contrario, le atribuyó relevancia a las expresiones por *objeto* y por *efecto*, resulta desafortunado, no sólo que se haya omitido explicar el alcance de ambos términos<sup>46</sup>, sino que además, se les haya relacionado con la

---

44 Una simple lectura de la lista de acuerdos y actos contrarios a la libre competencia, consagrados respectivamente en los artículos 47 y 48 del decreto 2153 de 1992, permite concluir que ninguno de los supuestos hace mención expresa del carácter absoluto de las conductas descritas en ambas disposiciones.

45 Porque en ambas se distinguen entre conductas que tienen por *objeto* y conductas que tienen como *efecto*.

46 De manera similar a como lo hace la Comisión Europea a través de sus directrices.

comprobación de la existencia de un componente subjetivo en la norma; máxime cuando es claro que no es la intención de las partes lo que determina el carácter anticompetitivo de una conducta empresarial, sino su efecto general sobre el principio de eficiencia económica.

## CONCLUSIONES

El derecho de la competencia tiene por propósito la eficiencia económica del mercado, manteniendo la competitividad y generando mayores beneficios para los consumidores. Para aplicar las normas que proscriben prácticas comerciales restrictivas, legislaciones como la de Estados Unidos y la Unión Europea han desarrollado una estructura analítica propia. Ciertas conductas son anticompetitivas de manera flagrante, y por ello, carece de sentido verificar su capacidad de causar menoscabo a la eficiencia del mercado. Este tipo de prácticas son tratadas bien como restricciones por objeto, en cuyo caso la autoridad de competencia no debe demostrar la ocurrencia del efecto restrictivo, debido a que éste se presume; o bien como restricciones ilegales *per se*, lo que implica un tratamiento más severo, pues no sólo se presume su carácter pernicioso, sino que se da por sentado la inexistencia de cualquier exención de eficiencia capaz de justificar su anticompetitividad.

En Colombia, el asunto de la determinación de las prácticas y acuerdos restrictivos del mercado, fue abordado por el decreto 2153 de 1992, el cual estableció, en primer orden, la prohibición general de toda conducta que afecte la libre competencia en los mercados. Además, esta norma contiene casos de prohibiciones especiales con relación a cierta clase de acuerdos o actos empresariales. Uno tipo de acuerdo comprendido dentro de la lista de prohibiciones especiales, es el que tiene por objeto o como efecto la fijación de precios. Sin embargo, la redacción de la disposición que contiene esta prohibición especial no permite inferir con total certeza, que en Colombia los acuerdos de fijación de precios tienen un carácter restrictivo absoluto, en razón del cual, sea innecesario comprobar que éstos verdaderamente menoscaban la libre competencia.

Las normas de competencia en Colombia también cuentan con un sustrato económico, comprendido por los bienes jurídicamente tutelados por estas normas: el correcto funcionamiento del mercado y la protección al interés de los consumidores. Por lo tanto, no siendo clara la existencia de conductas cuyo carácter restrictivo sea absoluto, la aplicación de las normas sobre libre competencia debe ser el producto de un análisis económico tendiente a identificar el efecto general que sobre la competencia causó el respectivo acuerdo o práctica empresarial, es decir, analizar sus pros y contras, para esclarecer con certeza, si el acuerdo contribuye o no al mejoramiento de la eficiencia económica del país. La importancia de este tipo de análisis radica en que, no obstante haber acuerdos que lucen anticompetitivos a primera vista, luego de una valoración más detallada de su naturaleza, es posible asociarlos con la obtención de ventajas procompetitivas. En tal caso, el acuerdo, más que limitar la competencia, conduce a la obtención de una mayor eficiencia del mercado.

Por todo lo expresado atrás, es difícil de comprender cómo el Consejo de Estado no sacó provecho de la oportunidad que tuvo para aclarar si la legislación colombiana, en efecto, admite la existencia de acuerdos restrictivos con carácter absoluto, y de ser así, si la fijación de precios constituye un acuerdo de esta índole, tal como ocurre en otras legislaciones, por ejemplo, en los Estados Unidos en donde la fijación de precios es una conducta ilegal *per se*, o en Europa, donde el derecho comunitario de la competencia atribuye a este tipo de acuerdos, la connotación de tener por objeto la limitación de la competencia.

En suma, no se señalaron directrices claras para establecer el carácter anticompetitivo de un acuerdo de fijación de precios, lo que resulta aun más incomprensible, si se tiene en cuenta que, en su pronunciamiento, el Consejo de Estado admitió que en Colombia, no es suficiente con acreditar la mera existencia del acuerdo de precios, es decir, optó por no atribuirle a esta clase de acuerdos la condición de prácticas restrictivas absolutas.

## BIBLIOGRAFÍA

- Comisión Europea, “*Comunicación de la Comisión-Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado*” numeral 19 (2004/C 101/08).
- Comisión Europea, “*Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*” (2001/C 368/07).
- ORTIZ BAQUERO, INGRID, “La regla de minimis en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la libre competencia”, revista *E-mercatoria*, 2009; 8 (2).
- Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), “*Fighting Hard-core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*” OECD Reports (2002).
- Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), “*Recommendation of the Council Concerning Effective Action against Hard Core Cartels*” (1998).
- United Nations Conference on Trade and Development, “*The United Nations Set of Principles and Rules on Competition*” (2000).
- United States Department of Justice and the Federal Trade Commission, “*Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors*”.
- United States Department of Justice and the Federal Trade Commission “*Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*”.
- URIBE PIEDRAHÍTA, CARLOS ANDRÉS, ¿Los acuerdos horizontales de precios en Colombia se resuelven por la regla per se?: El caso de las empresas de vigilancia y los retos del Consejo de Estado. *Vniversitas*. Bogotá (Colombia) N. 112:149-191, julio-diciembre de 2006.
- WTO Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy [WGTCPP] “*The Fundamental Principles of Competition Policy*”, Working paper 127 (1999).

### **Sentencias y resoluciones colombianas:**

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1. Sentencia del 28 enero de 2010. C.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASO.
- Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera-Subsección B, del 27 de noviembre de 2003, M.P. LIGIA OLAYA DE DÍAZ, radicado 2001-0364.

- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución número 29302 de 2000.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución número 00670 de 2001.

**Sentencia extranjera Consultada:**

- Northern Pacific Railway Co. v. United States, 356 US 1 (1958).