

***ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD EN EL
DERECHO DE LA COMPETENCIA.***

ÁNGEL FELIPE CALDERÓN CIFUENTES

JUAN SEBASTIÁN MEJÍA GONZÁLEZ

PONITFICIA UNIVERIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIECIAS JURIDICAS

BOGOTÁ

2013

***ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD EN EL
DERECHO DE LA COMPETENCIA.***

ÁNGEL FELIPE CALDERÓN CIFUENTES

JUAN SEBASTIÁN MEJÍA GONZÁLEZ

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR PARA EL TÍTULO DE ABOGADO

DIRECTOR:

Dr. ALFONSO MIRANDA LONDOÑO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ

2013

RESUMEN

Las influencias provenientes de otros lugares, principalmente los Estados Unidos y la Unión Europea, han motivado la creación y desarrollo de nuevas instituciones en nuestro medio, lo que ha dado lugar, entre otras, a la expedición de la Ley 256 o Ley de Competencia Desleal con la cual se reguló por primera vez de forma completa y precisa lo relativo a esta materia, pues los dos artículos que trataban la materia en el Código de Comercio no eran suficientes y dejaban por fuera del reproche de las autoridades una gama de conductas que son contrarias a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, y a los usos honestos en materia industrial o comercial que deben respetarse en el mercado. Y es precisamente el artículo 19 de la mencionada Ley el que hoy en día regula en nuestro ordenamiento jurídico lo relativo a las Cláusulas de Exclusividad; figura esta que ha tenido un desarrollo significativo por parte de nuestros tribunales de justicia, principalmente la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, así como también por la Superintendencia de Industria y Comercio autoridad encargada de la protección de la competencia en nuestro medio, , siendo posible resumir su postura en el reconocimiento que hacen de la importancia de esta figura, así como el hecho de que no puede entenderse que la mera existencia de la cláusula constituye “*per se*” un acto contrario a la libre competencia, (tanto la jurisprudencia como la doctrina han sido unánimes en considerar que la consagración de estas cláusulas como conducta de competencia desleal es un error de técnica jurídica del legislador por cuanto éstas en realidad constituyen una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de acuerdo anticompetitivo) sino que se deberá analizar bajo la regla de la razón cada situación en particular a efectos de determinar la licitud o no de la cláusula, pues es claro que en ocasiones estas no solo no afectan la competencia, sino que la incentivan, como puede ocurrir en el caso de exclusividades de tipo territorial las cuales pueden desembocar en un incentivo de la competencia intermarcas.

Palabras Claves: Cláusulas de exclusividad, Derecho de la Competencia, Prácticas Restrictivas de la Competencia, Acuerdos Anticompetitivos, Acuerdos Verticales, Regla *per se*, Regla de la Razón.

ABSTRACT

Influences that have come from other places principally the United States and the European Union have led to the creation and development of new legal institutions in our environment. An example of this was the enactment of Law 256 or Unfair Competition Law to Regulate the subject for the first time because the two articles on this subject in the Commercial Code were not enough and left outside the reproach of the authorities a range of behavior that is contrary to the healthy commercial customs, the principle of good faith in business, and honest practices in industrial or commercial matters to be observed in the market. It is precisely Article 19 of said Act that governs today in our laws Exclusivity Clauses. This institution has had a significant development by our courts especially the Constitutional Court and the State Council as well as by the Superintendence of Industry and Commerce as authority to protect competition in our country. It is possible to summarize their position on the recognition that makes the importance of this figure and the fact that it can be understood that the mere existence of the clause is "per se " an act contrary to free competition. On the contrary, it should be analyzed under the rule of reason in order to determine the legality or otherwise of the clause, because it is clear that sometimes these not only do not affect competition as may occur in the case of exclusive territorial type that may create an incentive for inter-brand competition.

Keywords: Exclusivity Clauses, Antitrust Law, Competition Restrictive Practices, Anticompetitive agreements, vertical agreements.

DEDICATORIAS

Juan Sebastián Mejía González

A mis padres Daniel y Alba Lucy, y a mi hermano Daniel Alejandro, por su paciencia, apoyo y cariño infinitos sin los cuales este logro no sería posible. A ellos mi gratitud y amor eternos por ser los grandes gestores de estos triunfos.

A Estefanía Acosta Aguirre, lo mejor que me ha pasado y quien con su invaluable compañía e infinito amor fue un pilar fundamental en este proceso.

Ángel Felipe Calderón Cifuentes

Dedicado con todo mi amor a mi madre y mi hermano, quienes con dedicación y cariño han contribuido invaluablemente en mi proceso de formación académica y personal.

A Jenny, por su compañía y apoyo incondicionales que permitieron hacer más llevaderas las cargas y responsabilidades.

AGRADECIMIENTOS

Los autores del presente trabajo quieren agradecer en primer lugar al Dr. Alfonso Miranda Londoño, Director de Tesis, por su colaboración y orientación en la realización del presente trabajo de grado.

NOTA DE ADVERTENCIA

“LA UNIVERSIDAD NO SE HACE RESPONSABLE POR LOS CONCEPTOS EMITIDOS POR SUS ALUMNOS EN SUS TRABAJOS DE TESIS. SOLO VELARÁ PORQUE NO SE PUBLIQUE NADA CONTRARIO AL DOGMA Y A LA MORAL CATÓLICA Y PORQUE LAS TESIS NO CONTENGAN ATAQUES PERSONALES CONTRA PERSONA ALGUNA, ANTES BIEN SE VEA EN ELLAS EL ANHELO DE BUSCAR LA VERDAD Y LA JUSTICIA”

TABLA DE CONTENIDOS

1. Introducción

2. Marco Teórico

3. Justificación

4. Objetivos

4.1 Objetivo General

4.2 Objetivos Específicos

5. Cláusulas de exclusividad

5.1 Los Pactos de Exclusividad en Colombia

5.1.1 Constitución de 1991

5.1.2 Ley

5.1.3 Jurisprudencia

5.1.4 Resoluciones

5.1.5 Doctrina

5.1.6 Cláusulas de Exclusividad Vs Cláusulas de no Competencia

5.2 Derecho Comparado

5.1.1 Estados Unidos

5.1.2 Unión Europea

5.1.3 América Latina y el Caribe

5.3 Acuerdos Verticales Restrictivos de la Competencia

5.3.1 Concepto de los Acuerdos Verticales

5.3.2 Cláusulas de Exclusividad en los Acuerdos

5.4 Abuso de la posición dominante y cláusulas de exclusividad.

- 5.4.1** Concepto Posición Dominante
- 5.4.2** Ejercicio Abusivo
- 5.4.3** Ley 155 de 1959
- 5.4.4** Decreto 2153 de 1992
- 5.4.5** Abuso de la Posición Dominante y Cláusulas de Exclusividad.

5.5 Competencia Desleal

- 5.5.1** Noción de Competencia Desleal o Imperfecta
- 5.5.2** Competencia Desleal y Cláusulas de Exclusividad

5.6 Cláusulas de Exclusividad y Comercio Internacional

6. Conclusiones

7. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Las cláusulas de exclusividad han adquirido en las últimas décadas especial relevancia en el campo del derecho a la Competencia, lo que ha hecho necesaria la tipificación y regulación en diversas disposiciones jurídicas referentes a este tipo de acuerdos. Lo anterior por cuanto revisten un importante impacto económico en las relaciones comerciales de las diferentes industrias en las diferentes escalas de los procesos productivos dentro de un mercado relevante de un país. Sobre esto hay que recalcar la renuencia de los comerciantes de distintos países frente al tema de las cláusulas de exclusividad precisamente por la posible interferencia que pueden generar en la libertad de competencia, al limitar de manera desmedida a la parte que sufre la imposición de sujetarse al pacto de exclusividad y no tener la facultad de contratar a su arbitrio con otros comerciantes del mercado relevante.

No obstante lo anterior, mundialmente se han seguido usando los pactos de esta índole por el desarrollo industrial que han generado algunas empresas, las cuales tienen como su patrimonio más valioso el Know How y el Good Will, que evidentemente se pueden ver afectados si se permite una contratación indiscriminada, esto debido a que se puede filtrar la estrategia, los modos, los usos del producto a los otros competidores, los cuales podrán usar dicha información para su propio beneficio; y además la imagen de un comerciante se puede ver transgredida si contrata con un distribuidor que también lo hace con sus competidores, que en consecuencia se derivarían en un menor ingreso .

Es por lo anteriormente expuesto, que se erige de cardinal importancia realizar un análisis de fondo en relación con estas cláusulas, pues la posición de nuestros tribunales de justicia y de la Superintendencia de Industria y Comercio como máxima autoridad en materia de competencia en punto a la legalidad de estas cláusulas o pactos, se encamina a sostener que no son ilegales *per se* y que por el contrario, pueden en determinadas circunstancias generar eficiencias en el mercado las cuales a su vez pueden

repercutir en un beneficio para el consumidor como uno de los pilares fundamentales sobre los que se cimenta la regulación en relación con la competencia desleal.

Otro tema que no se puede perder de vista es la discusión surgida en relación con la calificación jurídica que le dio el legislador a las cláusulas de exclusividad, pues como sabemos, las consagró en la Ley 256 de 1996 como una conducta constitutiva de competencia desleal, lo que al sentir de la doctrina es un error de técnica jurídica pues esta es a todas luces una práctica restrictiva de la competencia. No obstante lo anterior, esta consagración errónea ha traído consigo unos efectos prácticos de suma importancia los cuales se entraran a analizar, como lo es básicamente la posibilidad para el afectado por esta conducta de acudir a las acciones judiciales consagradas en relación con la competencia desleal, lo que a todas luces supone un beneficio.

De lo anterior se colige entonces, que si estamos en realidad ante una práctica restrictiva de la competencia, debemos entrar a estudiar si las cláusulas constituyen un acuerdo restrictivo de la competencia, así como el carácter y la forma que dicho acuerdo debe revestir para que sea reprochable por las autoridades pues como ya ha quedado claro, si se trata de un acuerdo horizontal este será sin lugar a dudas anti competitivo, contrario sensu a si se trata de un acuerdo vertical, en donde agentes que se encuentran en eslabones diferentes de la cadena productiva celebran un acuerdo o pacto de exclusividad en relación con la compra o distribución de un determinado bien servicio; acuerdo este que deberá revestir unas circunstancias concretas para tenerse como contrario a la libre competencia y de esta manera ser susceptible de reproche por parte de las autoridades.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que estas cláusulas pueden utilizarse en ejercicio de la posición de dominio que un agente ostente en el mercado, buscando imponer las exclusividades aprovechando su poder de mercado y atentando así contra la libre competencia en el mercado, por lo que se tendrá que entrar a estudiar si este ejercicio es abusivo, así como también el hecho de la legalidad que revisten

estos pactos cuando son utilizados como vehículo para incrementar la participación en el mercado y hacerse con una posición de dominio dentro del mismo.

2. MARCO TEORICO

La competencia a groso modo es considerada como una disputa entre dos personas para alcanzar un fin común; ello puede ser logrado obteniendo los clientes necesarios que permitan conseguir una utilidad en términos económicos. De esta manera, resulta evidente que quien logre una mayor utilidad por ser el competidor más idóneo y usar los medios más adecuados, está generando una pérdida a su contraparte. Como esta situación se puede tornar injusta, hasta el punto de volverse ilegal y transgredir derechos constitucionales de alguno de los competidores, los diferentes estados han optado por medio de la intervención limitar la competencia, generando que dicho derecho no sea absoluto, y derivando en la necesidad de establecer una legislación que regule las diversas prácticas que pueden restringir la competencia. Sobre este particular vale la pena hacer referencia al concepto que ha dado la doctrina en relación con la libre competencia, término este que se erige de cardinal importancia para efectos del presente estudio por cuanto las normas de Derecho de la Competencia se encaminan a garantizar su protección y correcto ejercicio. Ha precisado Pinkas Flint sobre este tema que la libre competencia, “resulta de la concurrencia libre en el mercado de ofertantes que producen bienes o servicios similares y, a su vez, consumidores que toman decisiones libres sobre sus compras en el mercado con información suficiente sobre las características de precio y calidad de los productos, sin que en éstas decisiones intervengan fuerzas distintas a las del mercado mismo. El concepto de libre competencia se aplica normalmente en un país, y toma en cuenta tanto a bienes nacionales como extranjeros. Por ello, las políticas de libre competencia y de libre comercio están intrínsecamente ligadas”¹.

Hecha la anterior precisión conceptual, es fundamental referirnos al desarrollo normativo que en nuestro país ha tenido este tema, siendo punto de partida obligatorio la Ley 155 de 1959 por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, que estructura un marco general

¹ Flint, Pinkas. *“Tratado de Defensa de la Libre Competencia: Estudio Exegético del D.L 701. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia”*. Primera edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Junio de 2002

para la regulación del Derecho a la Libre Competencia; norma ésta que consagra un antecedente hito para nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto constituye la primera gran disposición encaminada a la protección de la libre competencia y a la sanción de las conductas que atenten contra esta. En su articulado es fundamental resaltar el artículo primero, que reza lo siguiente: “**ARTICULO 1º:** Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.” Es de esta manera que el legislador por medio de dicha Ley precursora del Derecho a la Competencia en Colombia, consagra una cláusula general de competencia. Sobre esta normativa vale la pena traer a colación lo manifestado por AGUDELO VILLA en punto al enfoque y propósito que se perseguía con la expedición de la mentada disposición, toda vez que ésta no pretendía limitar el desarrollo y devenir industrial del país, sino que *contrario sensu* lo que se buscaba era “controlar los abusos de los monopolios y la concentración de la riqueza en pocas manos, pero sin desalentar el crecimiento de las empresas o su integración para poder aprovechar las ventajas técnicas de la producción en grande escala, indispensable para el desarrollo de determinadas de ramas de industriales de técnica avanzada, que requieren grandes inversiones de capital(...)”².

Así mismo, la cláusula general de competencia integrada por la Ley 155 de 1959 a la normatividad económica del país, fue el criterio inicial para sancionar una diversidad de conductas que se consideraban contrarias a la libre competencia. Algunos autores consideran que la cláusula general, por ostentar esa misma cualidad, resultaba ciertamente muy amplia y en algunos casos podría llegar a atentar contra el principio de tipicidad, sin mencionar las dificultades de aplicación en la práctica

² Agudelo Villa, Hernando. Obras selectas, t. II, ideas económicas, Bogotá, cámara de representantes, 1988, págs. 11 y ss.

debido a su carácter general abstracto, por cuanto no se especificaban conductas sancionables de manera concreta y se prestaba para confusiones hermenéuticas.

El 5 de Febrero de 1991, se instala en nuestro país la Asamblea Nacional Constituyente con el propósito de crear la nueva carta magna que vendría a reemplazar a la centenaria Constitución de 1886. Producto de lo anterior se expidió la Constitución Política de Colombia de 1991, la cual, en contraste con su predecesora, se ocupa con gran profundidad del tema económico y del modelo que orientaría el desarrollo económico de la patria, consagrando en su artículo 333 la libertad económica y la protección a la libre competencia como derecho colectivo que supone responsabilidades, “adquiriendo la competencia un carácter institucional antes ignorado, el cual está enmarcado dentro de un sistema democrático, llamado hoy economía social de mercado o si se prefiere estado social de Derecho”³. Con esta consagración expresa en el texto constitucional la libre competencia adquiere una importancia nunca antes reconocida, lo que a su vez vino acompañado del otorgamiento al Estado de la facultad y de los poderes necesarios para intervenir en la actividad económica e impedir que se obstruya o se vea restringida la libre competencia por el actuar de los agentes que interactúan al interior del mercado, así como para sancionar el ejercicio abusivo que de su posición de dominio puedan hacer estos, lo cual, valga la aclaración, va orientado siempre hacia una protección de los consumidores. Esta posibilidad de intervención del Estado en la economía va en contraste con el modelo de capitalismo salvaje que imperó en el mundo durante buena parte de los siglos XIX y XX, en donde, orientados por los postulados de los padres del liberalismo, el Estado nunca debía intervenir en la economía pues está sola encontraba el equilibrio una vez se veía afectada por una distorsión, lo que si bien generó un crecimiento acelerado y desmedido de las economías de varios países, trajo consigo descontento social y explotación desmedida de la clase obrera. Valga la pena adicionar sobre este punto que “el Estado debe buscar el mejoramiento de la eficiencia del aparato productivo de la Nación y una sana actividad

³ Molina Betancur, Carlos Mario. “*Constitución y Competencia*”. Texto publicado en el libro “*Derecho de la Competencia*”. Primera Edición, pág. 93. Colegio de Abogados de Medellín, Cámara de Comercio de Medellín y Biblioteca Jurídica Díké. Medellín, Colombia. 2003

empresarial aportando a los productores herramientas necesarias para que puedan comercializar de manera eficiente sus productos, para que los consumidores puedan encontrar mayor variedad de productos y de servicios, de buena calidad y a bajos precios. La intervención del Estado en la economía se identifica hoy en día con la tendencia de los sistemas de economía social de mercado, lo que se diferencia del sistema capitalista salvaje, que se aplicó por varios años en varias economías desarrolladas, pero con graves resultados sociales ya conocidos por todos”⁴.

Con posterioridad a la expedición de nuestra norma fundamental, fue expedido el Decreto 2153, el cual constituyó un cambio de no poca importancia en materia de protección de la libre competencia, pues con él se suplen las falencias de la Ley 155 de 1959 la cual, dado su carácter general y abstracto, dificultó sobre medida su aplicación por parte de las autoridades ya que no especificaba conductas reprochables sino que se limitaba a consagrar una cláusula general con la cual se buscó proteger la competencia en nuestro medio. El mencionado Decreto por su parte consagra una cláusula general, pero además diferencia las diferentes conductas que atentan contra la libre competencia del mercado, estableciendo un gran grupo denominado “Prácticas restrictivas de la competencia”, y tres especies de este como lo son los acuerdos contrarios a la libre competencia, actos contrarios a la libre competencia, y las prácticas constitutivas de abuso de la posición de dominio en el mercado. Es dentro de este marco, que podemos sostener en relación con el decreto en cuestión que “mantiene la estructura de la prohibición general como residual que se debe aplicar cuando las conductas que se investigan no se encuentran taxativamente prohibidas; pero acompañada de un catálogo de conductas anticompetitivas que señalan de manera no taxativa las conductas que el legislador considera contrarias a la libre competencia y que por tanto ayudan a dar aplicación a los sistemas de análisis (...)”⁵. Valga la pena aclarar, que el tema de la taxatividad de las conductas consagradas en el decreto, será objeto de análisis

⁴ *Ibíd.* Pág. 97

⁵ Miranda Londoño, Alfonso. *“Origen y Evolución del Derecho de la Competencia en Colombia”*. Texto publicado en el libro *“Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI” Volumen 1: Derecho Económico*. Pág. 156. Pontificia Universidad Javeriana. Editorial Temis. Bogotá D.C, 2010.

en capítulos posteriores haciendo énfasis especial en las conductas que constituyen abuso de la posición de dominio en el mercado, por cuanto este se ha constituido en un tema que ha sido materia de arraigado debate entre la doctrina autorizada en la materia.

Hechas las anteriores consideraciones en relación con el tema de protección de la competencia en nuestro ordenamiento, debemos adentrarnos en el tema que se erige como el eje central del presente estudio, valga decir, las cláusulas o pactos de exclusividad, empezando por decir que estos “generan obligaciones relativas a la compra en exclusiva, que restringen la libertad del proveedor al impedir que pueda contratar con otro distribuidor en el mismo territorio o distribuir directamente por sí mismo –en cuyo caso la restricción consiste, precisamente, en eliminar la posibilidad de que el mayorista pueda operar como minorista- y, también la del distribuidor que se obliga a no adquirir de otros proveedores productos o servicios competidores”⁶.

De lo anterior se colige claramente, que los pactos de exclusividad suelen celebrarse principalmente en relaciones de tipo vertical, valga aclarar, aquellas en que toman parte sujetos que ocupan lugares diferentes en la cadena de valor de un producto determinado, es decir, entre productor y distribuidor, o entre distribuidor y comercializador directo al público en general. Es precisamente dentro de este marco que el legislador en el año 1996 expide la ley general de competencia desleal, la cual tiene como finalidad “la eliminación de los actos de competencia desleal como medio para lograr el funcionamiento eficiente de los mercados a través del normal desenvolvimiento de las actividades económicas, beneficiando, de este modo, a todos aquellos que participan en el mercado, es decir, a proveedores y consumidores. (...)”⁷ tal y como se desprende de la lectura de la exposición de motivos del mentado texto normativo. Es precisamente dentro de esta norma en donde se consagra la prohibición de celebrar lo que se denominó “pactos desleales de exclusividad”. El artículo 19 relativo a

⁶ Velandia Mauricio. “*Legalidad de las Cláusulas de Exclusividad bajo el Régimen de la Libre Competencia*” Texto publicado en el libro “*Derecho de la Competencia*”. Primera Edición, pág. 241. Colegio de Abogados de Medellín, Cámara de Comercio de Medellín y Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, Colombia. 2003

⁷ Exposición de Motivos Ley 256 de 1996.

la materia reza lo siguiente: “Se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras éstas sean de propiedad de los entes territoriales.”⁸ Consagración esta que nos permite arribar a una primera conclusión y es que no todo pacto de exclusividad es considerado ilegal, sino que solo serán objeto de reproche por parte de la autoridad de competencia, aquellos que tengan por objeto o como efecto restringir el acceso de los competidores al mercado o monopolizar la distribución, lo que trae la consecuencia lógica de que los pactos deberán ser analizados bajo la regla de la razón, pues en no pocas ocasiones estos, en lugar de afectar el mercado, generan eficiencias que se terminan traduciendo en beneficios para los consumidores de los bienes y servicios.

Siguiendo con este somero análisis de las cláusulas de exclusividad, y con el propósito de brindar el más completo marco general del tema a estudiar en el presente escrito, es de neurálgica importancia hacer claridad en punto a que la Ley 256 no fue la primera en referirse en nuestro ordenamiento jurídico a los pactos de exclusividad, pues fue el Código de Comercio en sus artículos 975 y 976, en donde se consagraba la ilegalidad de los pactos de exclusividad dentro de los contratos de suministro, pero solo en el evento en que estos tuvieran una duración superior a 10 años, diferenciándose claramente el legislador del 96 en este aspecto, pues no consagra una fecha arbitraria que determine la legalidad o ilegalidad de los pactos, sino que serán ciertas condiciones y circunstancias que deben concurrir para que pueda quedar revestido de ilegalidad el mentado acuerdo. Sin embargo, esta discusión se dará más en profundidad en los capítulos posteriores, así como se explicara el querer del legislador al regular de esta forma los pactos en el código de comercio.

Finalmente, no se puede perder de vista la discusión doctrinaria que ha surgido en punto a la ubicación y denominación que se le ha dado a estos acuerdos al interior del ordenamiento jurídico, pues si bien se

⁸ Ley 256 Artículo 19

encuentra consagrada como una conducta de competencia desleal, esta, según la mayoría de la doctrina, debe ser tomada como una práctica restrictiva de la competencia, más específicamente, como un acuerdo contrario a la libre competencia, pues de una forma u otra en estos casos hablamos de pactos o cláusulas constitutivas de acuerdo entre las partes, sin perjuicio de que su aceptación se dé como consecuencia de la presión que una parte dominante en el mercado ejerza sobre otro de menor poder económico y de mercado; posición esta que ha sido compartida por los autores dadas las características que tienen estas cláusulas, pues es claro que pueden llegar a impedir el acceso de otros agentes al mercado dependiendo de las circunstancias propias de cada caso, más que a constituirse en conductas que atenten contra las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial.

3. JUSTIFICACIÓN

En el marco jurídico nacional de Colombia se estipulan diferentes disposiciones respecto de los derechos de libre competencia y libertad de empresa, entendiendo estos dentro del marco de la economía de este país, tal y como lo es el Artículo 333 de la Constitución Política. En este orden de ideas, tomando en cuenta que Colombia se encuentra en un proceso de industrialización y apertura económica, y sin dejar de lado la tendencia del gobierno nacional en punto a la celebración de tratados internacionales encaminados a la expansión del crecimiento de la economía nacional, es posible contemplar nuevas dinámicas como la transnacionalización y establecimiento de nuevas empresas e industrias de otros países en el territorio nacional colombiano, que de manera concurrente traen consigo relaciones productivas de diferente índole. Siguiendo este planteamiento, dentro de los distintos niveles de producción pueden llegar a celebrarse por parte de los intervinientes cláusulas que resulten siendo ilícitas a la luz de los parámetros jurídicos que al tema se refieren por ser acuerdos restrictivos de la competencia.

La ley 256 de 1996, la cual se expidió con la finalidad de regular las conductas de competencia desleal en el mercado, consagra en su artículo 19 los Pactos Desleales De Exclusividad; acuerdos estos que revisten una gran trascendencia dentro del tráfico jurídico y comercial, y más si se tienen en cuenta los aspectos mencionados en líneas precedentes en punto al proceso expansivo que la economía de nuestro país está experimentando en este momento. Es por esto que es imperativo entrar a realizar un profundo análisis sobre esta figura con el fin de sentar las bases necesarias para determinar los eventos en que la celebración de los mencionados acuerdos se ajusta a Derecho, o cuando por el contrario atentan contra el Derecho de la Competencia y por lo tanto deben censurarse.

En torno a los pactos de exclusividad se han tejido diversas posturas en las cuales se les ha señalado en la mayoría de los casos de atentar contra la libre competencia, así como de ser un vehículo a través del

cual se crean monopolios en el mercado. Sin embargo como se verá más adelante ello no siempre es así, y en no pocas ocasiones estos no constituyen una conducta que atente contra el mercado por lo que su celebración no es objeto de censura por parte de las autoridades encargadas de velar por la protección de libre competencia, ya que pueden llegar a constituir un importante mecanismo que puede tornarse muy útil para la configuración de, por ejemplo, relaciones de suministro de bienes y servicios más eficientes cuando se sujetan a la exclusividad.

Es fundamental traer a colación el reciente tratado de libre comercio firmado con Estados Unidos, quien resulta ser el principal socio comercial de Colombia, y por tal razón la ampliación del mercado es de gran magnitud, permitiendo la entrada de nuevas empresas de gran envergadura, al igual que le entrada del país a competir en nuevos mercados. El ordenamiento jurídico colombiano se encuentra en una incierta, donde no se sienta de manera clara y consolidada una postura jurídica sobre los pactos de exclusividad, por lo cual no se sabe hasta qué punto son violatorios o no, ni cuánto tiempo de exclusividad es razonable para no dar lugar a injusticias. Estados Unidos se ha caracterizado por imponer sus posiciones respecto a los temas comerciales, haciendo uso de su posición dominante, y aprovechando la necesidad de países como el colombiano que tienen una economía de menor escala, y por consiguiente no puede atribuirse la posibilidad de negarse a dichas imposiciones; de tal manera que la fijación de una legislación afianzada acerca del tema permite un afianzamiento de Colombia en una posible controversia contra alguna potencia económica sobre el tema de las cláusulas de Exclusividad. Así mismo, los demás países se verán atraídos por un país donde no haya lugar a la incertidumbre, y de antemano a la negociación de productos y servicios tengan una seguridad jurídica, lo cual aumentará el potencial de Colombia para comercializar con el resto del mundo.

4. OBJETIVOS

3.1 Objetivo General:

- Realizar un análisis Jurídico de las Cláusulas de Exclusividad en el marco del Derecho de la Competencia, a partir del estudio y análisis de las diferentes fuentes que nutren la materia, como son la Ley y la Constitución Nacional, así como los pronunciamientos no solo de las altas Cortes de la rama jurisdiccional, sino también los diversos pronunciamientos que ha expedido la Superintendencia de Industria y Comercio en su calidad de máximo ente de instrucción en materia de competencia dentro de nuestro país. Lo anterior con el ánimo de lograr unificar una idea en punto a los límites que delinear la licitud o ilicitud de los mentados acuerdos.

4.2 Objetivos Específicos:

- Determinar conceptualmente las características de las cláusulas de exclusividad, como una institución de gran relevancia al interior del Derecho de la Competencia.
- Realizar un análisis jurídico de las Cláusulas de Exclusividad con respecto a la reglamentación que ha expedido el Gobierno nacional a través de decretos, fijando su posición por medio de estos.
- Identificar las diferentes disposiciones legales que ha expedido el Congreso de la República con respecto de las cláusulas de Exclusividad, y exponer la posición que el órgano legislativo Colombiano ha asumido respecto del tema.
- Establecer la tendencia doctrinal que ha estructurado la Superintendencia de Industria y Comercio por medio de las resoluciones que ha expedido en las últimas décadas, e identificar cual es la postura acogida hoy en día.

- Realizar un estudio de Derecho comparado entre las normas sobre cláusulas de exclusividad en Colombia, la Comunidad Andina, la Unión Europea, y Estados Unidos.
- Concluir cual es el estado del arte y la tendencia vigente en la materia objeto de estudio, y en fundamento a esto plantear la forma en la que esta podría proyectarse a futuro.

5. CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD

5.1 Los Pactos de Exclusividad en Colombia

Los pactos o cláusulas de exclusividad, constituyen acuerdos que en la mayoría de los casos se celebran de manera vertical, es decir, entre agentes que se encuentran en niveles distintos de la cadena de valor como lo es por ejemplo aquella relación que se da entre el productor de un bien o servicio y el distribuidor del mismo. Estos pactos tienen como finalidad esencial restringir la libertad de empresa por parte de la persona en contra de quien se establecen, pues esta ya no podrá contratar la venta, distribución o adquisición de un producto con varios de los competidores presentes en el mercado, sino que solo podrá vender, adquirir o distribuir el producto o servicio ofrecido por el agente con el cual celebra el mencionado pacto. No obstante esto, y aún cuando la concepción pública existente respecto de los pactos de exclusividad no es muy positiva por cuanto muchos consideran que atentan contra la libre competencia ya que estos pueden esgrimirse como un instrumento a través del cual los empresarios pueden restringir y limitar el acceso de nuevos competidores al mercado e inclusive, propender por la monopolización del mismo, no es menos cierto que la realidad económica y comercial ha demostrado algo completamente opuesto, llevando incluso a tener a las cláusulas de exclusividad como elemento inherente a algunos contratos y sin las cuales, los mismos carecerían totalmente de viabilidad económica, aún cuando valga aclarar, jurídicamente la ausencia de estos no vicia en ningún momento la existencia o validez del contrato.. Lo anterior con fundamento en lo manifestado por la doctrina en punto a que “muchos de los contratos mercantiles modernos dejarían de cumplir la función económica que desean las partes que los utilizan, si no se estableciera en su regulación la comentada cláusula de exclusividad. Piénsese, por ejemplo, si algún empresario se atreviera a contratar una concesión o una franquicia, si no tuviera la seguridad de la exclusividad, por lo menos en una zona

territorial prefijada, si es el concesionario, o una exclusividad para su producto si se trata del concedente”⁹.

Es por esta razón que tanto la jurisprudencia, la doctrina, y la Superintendencia de Industria y Comercio en su calidad de máxima autoridad de protección de la libre competencia, concuerdan en que no es posible considerar que los pactos o cláusulas de exclusividad son contrarios a la libre competencia *per se*, pues ha quedado demostrado que en no pocas ocasiones estos pactos permiten generar eficiencias y desarrollar economías de escala que a la postre se reflejarán en beneficio de los consumidores, siendo necesario analizarlos bajo la regla de la razón.

5.1.1 Constitución De 1991

La Constitución Política vigente se erige, sin lugar a dudas, como el punto de partida obligado que debemos tomar en cuenta en el análisis del presente escrito pues ésta, en tanto norma de normas, así como de principio rector que irradia todo el ordenamiento jurídico colombiano, establece los postulados básicos y fundamentales que debemos observar cuando analizamos el Derecho de la Competencia en general y por ende, el tema de los pactos de exclusividad en particular. Para ello, es imperativo referirnos al artículo 333 de nuestra norma suprema, mediante el cual el constituyente de 1991 desarrolla el modelo económico que va a regir en nuestro país, así como las formas y limitaciones que tendrá el Estado al momento de intervenir en la economía. El mencionado artículo establece que “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.

⁹ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles Tomo I. Octava edición. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké. 1997. Pág. 241

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”¹⁰.

Lo primero que se debe decir es que el citado artículo constituyó una revolución con respecto a la anterior carta política, pues en aquella el tema económico no era considerado de mucha trascendencia, por lo que la referencia al mismo se encontraba básica y exclusivamente en el artículo 32 de la misma, el cual protegía la libertad de empresa. *Contrario sensu* ocurre con la constitución vigente, pues en ella encontramos lo que se ha denominado en la doctrina como “Constitución Económica”, dada la profundidad y especificidad con que se regula el tema del modelo económico y la forma de orientar la actividad económica, así como la libre competencia que debe imperar en los mercados, por cuanto el constituyente “consideró que, a diferencia de lo que había sucedido en 1886, los aspectos de manejo económico del país son materia de la Ley de leyes y el constituyente no debe dejar la materia exclusivamente al desarrollo por el legislativo ordinario. En esas condiciones era propio incluir en la Carta misma un mayor detalle en cuanto a los campos de acción del Estado en la economía e inclusive disposiciones sobre el sentido de esta”¹¹.

En este orden de ideas, y siguiendo con el análisis del artículo 333, es posible afirmar que el modelo económico implementado es el del libre mercado, es decir, un sistema en el que el precio de los bienes

¹⁰ Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 333

¹¹ Archila Peñalosa, Emilio José. En “*Revista de la Asociación Nacional de Industriales*”. Compilado y publicado por el Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC Pags 12-13. Segunda Edición. Bogotá D.C 1997.

y servicios circulante en el mercado son determinados de manera libre por los vendedores y consumidores de los mismos mediante el juego de las leyes de la oferta y la demanda, y donde la intervención del Estado es mínima o nula, participando este por regla general solo con el fin de corregir las fallas que puedan surgir en el mismo. Sin embargo, este modelo económico requiere de otros presupuestos y garantías para que funcione adecuadamente, como lo es la libre competencia, la cual a su vez consagró acertadamente el constituyente en el inciso segundo del reiteradamente mencionado artículo 333 de la carta, entendiendo libre competencia como “el conjunto de esfuerzos que desarrollan los agentes económicos que, actuando independientemente, rivalizan buscando la participación efectiva de sus bienes y servicios en un mercado determinado”¹².

Es precisamente el postulado de garantía de la libre competencia consagrado en la Constitución el que nos conduce a hablar de las cláusulas de exclusividad, pues si bien la norma superior no hace referencia expresa a estas, al garantizar la libre competencia se deben tomar en cuenta todos aquellos factores susceptibles de afectarla de manera significativa y que por ello deban ser reprimidas por las autoridades competentes en la materia, como lo es el caso de las cláusulas de exclusividad, que si bien fueron consagradas por el legislador como una conducta de competencia desleal, la doctrina la ha entendido más como una conducta restrictiva de libre competencia cuando esta cumple con ciertos requisitos, es decir, no es una conducta *per se* nociva para la libre competencia.

5.1.2 Jurisprudencia

Habiendo hecho la debida referencia al postulado general establecido en nuestra Constitución Política en relación con el modelo económico del libre mercado y la consecuente necesidad de libre competencia, debemos hacer un análisis de la postura que nuestros altos tribunales de justicia han asumido en relación con las cláusulas de exclusividad refiriéndonos fundamentalmente a dos sentencias

¹² <http://www.sic.gov.co/libre-competencia> Consultado el 16 de Junio de 2013.

en concreto por ser las que consideramos de mayor importancia en relación con el tema objeto de estudio: la primera de ellas es la sentencia C-535 de 1997 de la Corte Constitucional en su calidad de guardiana suprema de la Constitución y por otro lado, la sentencia del Consejo de Estado del 24 de Agosto de 2001 en su sala de lo Contencioso Administrativo.

Sentencia C-535 de 1997

En esta sentencia la Corte entra a analizar una demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra de la Ley 256 de 1996 o Ley de Competencia Desleal; demanda esta que por disposición del magistrado ponente en el auto admisorio terminó delimitándose al artículo 19¹³ de la mencionada Ley en el cual se encuentra consagrada la prohibición de celebrar pactos o cláusulas desleales de exclusividad en los contratos de suministro cuando estos tengan por objeto restringir la entrada de competidores o monopolizar el mercado. La demanda se fundamenta en que hay una violación de los artículos 78, 158 y 333 de la Constitución Política, sin embargo, por efectos prácticos y en aras de lograr una mayor claridad en relación con el tema central de este estudio, nos referiremos únicamente al análisis de la Corte en relación con los cargos formulados en relación con el artículo 333¹⁴ por ser este el eje y pilar fundamental de la denominada “Constitución Económica”.

¹³ Se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras éstas sean de propiedad de los entes territoriales.

¹⁴ De acuerdo con lo señalado por el demandante, el legislador entiende que libre competencia significa igualdad de oportunidades, lo que obliga a considerar a los pactos de exclusividad, en todo caso, como desleales.

Desde el punto de vista extremadamente purista, como el que subyace a la norma, es evidente que cualquier tipo de barreras de entrada supone menos oportunidades para que nuevos competidores ingresen al mercado. Sin embargo, el modelo de competencia perfecta que inspira la norma en su “construcción teórica, abstracta y artificial carece de verdadera significación y alcance para comprender el funcionamiento real de los procesos de mercado”.

A diferencia de lo que considera el legislador, la libertad (para efectos del concepto de libre competencia) “está limitado por realidades y factores de tipo puramente económico”. Para la ciencia económica es evidente que las restricciones a la libertad, connaturales al mercado, no constituyen limitaciones sino que definen su propio alcance.

Lo primero que percibe la Corte es la existencia de dos posiciones en relación con dos asuntos concretos a saber: en primer lugar, la posición de quienes sostienen que el artículo demandado viola de manera abierta la Constitución por cuanto no queda duda que restringe el Derecho de Libre Competencia consagrado en el artículo 333 y, la de quienes sostienen que por el contrario, la prohibición del artículo 19 lo que propende es por proteger la libre competencia en el mercado. Por otra parte, otro aspecto que supone posiciones encontradas es aquel relacionado con el hecho de que si la prohibición contenida en la Ley 256 es absoluta, valga decir, prohíbe cualquier pacto de exclusividad que se celebre, o si por el contrario solo está encaminada a conjurar los actos que cumplan con ciertas particularidades que los hagan nocivos para la libre competencia.

Respecto al primer punto planteado, la Corte llega a la conclusión de que la prohibición de celebrar los pactos de exclusividad contenida en la Ley está encaminada a promover y proteger la libre competencia contrario a lo que sostiene el demandante en sus argumentos, pues los pactos de exclusividad pueden constituirse en barreras de entrada para los competidores que pretendan incursionar en un determinado mercado, pues los beneficiarios de los pactos tendrán acaparada la demanda, por lo que no queda duda

Existe una amplia gama de restricciones a la libertad de competencia, todas ellas propias del mercado: los costos iniciales de un proyecto productivo, las franquicias, las patentes, la economía de escala, la integración vertical, la posesión de factores de producción escasos, etc.

La presencia de estas barreras no impide que se hable de libre competencia. En lugar de proscribir su existencia, que no es perjudicial para el mercado, deben ser objeto de regulación a fin de evitar que se produzcan abusos.

De lo anterior se desprende que es errónea la apreciación del Congreso de que las cláusulas de exclusividad tienen por objeto impedir el “ingreso de nuevos competidores y productos al mercado, en detrimento de la libre competencia y del bienestar de los consumidores, los cuales se ven privados de la oportunidad de acceder a una mayor cantidad de bienes y servicios”.

Los pactos de exclusividad favorecen una mayor oferta de bienes y servicios por efecto de la mayor eficiencia económica que generan.

El legislador únicamente está autorizado, como se desprende de los incisos 4 y 5 del artículo 333 de la Carta, para “señalar límites de su ejercicio (libertad de competencia) en aquellos casos en que evidentemente su abuso pueda producir alteraciones a la libertad económica”.

alguna en punto a que la finalidad perseguida por el artículo es absolutamente ajustada a la Carta. Dice la Corte en esta providencia sobre este punto que “La norma apunta a estimular la libre competencia económica. La cláusula de exclusividad pactada en los contratos de suministro, puede erigirse en barrera de entrada a los competidores y a los demás agentes económicos. La distribución de un determinado bien que se realice a través de un solo canal comercial, ciertamente impide a otros empresarios participar en su colocación en el mercado. De otro lado, en relación con las unidades económicas que demanden el bien como ingrediente de su proceso productivo, la exclusividad de su distribución, puede significar precios más altos de los normales o inclusive desabastecimiento del mismo. La finalidad a la que se endereza la prohibición legal, se ajusta plenamente a la Constitución que ha elevado la Ley de competencia económica al rango de derecho constitucional de todas las personas (...).¹⁵”

Lograda la anterior conclusión, la Corte entra a abordar el tema relativo a si de conformidad con el artículo 19 de la Ley 256 de 1996, las cláusulas o pactos de exclusividad son *per se* ilegales, o si por el contrario su licitud va ligada a la concurrencia de ciertas circunstancias que puedan constituir una afectación a la libre competencia, y en ausencia de las cuales serían perfectamente válidas y lícitas estas cláusulas. La Corte termina adscribiéndose en la segunda teoría, es decir, no considera que sean ilegales *per se*, manifestando que “En realidad, el legislador ha querido reservar la licitud de este tipo de pactos a los eventos en que no produzcan detrimento alguno a la competencia libre en los mercados. Por ello si bien la prohibición no es absoluta, de todas formas si lo es cuando se proyecta en una disminución así sea mínima de la competencia (...). Carece de razonabilidad y proporcionalidad, asumir que la cláusula de exclusividad *per se* viola la Constitución Política, sin tomar en consideración su efecto real en la restricción de la competencia, para lo cual resulta forzoso analizar entre otros factores el tipo de mercado, su tamaño, la posibilidad de que el bien pueda ser remplazado por otros, la

¹⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-535 de 1997. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

participación de los competidores en el mercado, la existencia de poderes monopólicos u oligopólicos, el efecto de la cláusula sobre la eficiencia, la generación de poder de mercado a raíz del pacto, el efecto en los precios producidos por la estipulación, el grado de competencia existente en el mercado relevante etc.¹⁶”

Para finalizar con el análisis de esta sentencia, debemos referirnos al hecho de que la Corte reconoce que el legislador incurrió en un error de técnica jurídica, pues incluye dentro de la Ley de Competencia Desleal una conducta como la celebración de pactos de exclusividad que ha sido reconocida en las diferentes latitudes así como por la doctrina autorizada en la materia como una práctica restrictiva de la competencia. No obstante lo anterior, la Corte Constitucional entiende que sin importar esto, el efecto que ello produce en el campo práctico resulta ser muy positivo, pues si bien es claro que no se pretende equiparar los conceptos de competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia, dicho efecto se traduce en la posibilidad de “aplicar el mismo régimen sancionatorio a los dos supuestos. En otras palabras, la persona afectada por la enunciada práctica restrictiva de la libre competencia, en virtud de la Ley, tendría la posibilidad de intentar los dos tipos de acciones que ella regula, a saber, la Acción Declarativa y de Condena y la Acción Preventiva o de Prohibición”¹⁷.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, la Corte Constitucional declara Exequible condicionadamente el artículo en estudio en los términos de los planteamientos anteriormente expuestos, valga decir, solo serán vedados los pactos de exclusividad cuando estos tengan la aptitud de disminuir la competencia, ora porque impiden la entrada de nuevos competidores al mercado, ora porque monopolizan la distribución de bienes o servicios.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ *Ibíd.*

Sentencia del Consejo de Estado del 24 de Agosto de 2001.

Este pronunciamiento del Consejo de Estado se da en el marco de la decisión de una Acción Popular interpuesta por el señor Orlando Rueda, con el fin de lograr la protección de, entre otros derechos colectivos, el de la libre competencia de los estudiantes de los colegios de Cúcuta, Norte de Santander, pues en las cafeterías de estos establecimientos solo se vendía comida chatarra y que a su juicio es perjudicial para la salud, negándosele a los jóvenes la posibilidad de escoger la opción alternativa y saludable de los productos lácteo-vegetarianos pues se ha impedido la comercialización de los mencionados productos, entre otras razones, por los pactos de exclusividad celebrados entre algunos colegios y las embotelladoras de gaseosas “La frontera” y la “Embotelladora de Santander S.A”.

La sala comienza haciendo alusión al derecho a la libre competencia consagrado en el ya mencionado artículo 333 de la Constitución, definiéndolo como “la posibilidad que tiene cualquier persona de participar en determinada actividad económica como oferente o demandante, con libertad de decidir cuándo entrar y salir de un mercado sin que exista nadie que pueda imponer, individual o conjuntamente, condiciones en las relaciones de intercambio (...). En otras palabras, libre competencia es el derecho de todos los individuos a dedicarse a la actividad de su preferencia; es decir, a ejercer su libertad económica, cuya única limitación es la que se deriva de los derechos de los demás, consagrados en la Constitución y las Leyes, entre otras”¹⁸. De lo anterior vale la pena agregar que como se desprende claramente del texto del inciso segundo del artículo 333, el derecho a la libre competencia no es un derecho absoluto e ilimitado, sino que este “supone responsabilidades (...)”¹⁹, siendo este susceptible de limitaciones por parte del legislador cuando así lo exijan, entre otros, el interés general, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación²⁰.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 24 de Agosto de 2001. Consejero Ponente Darío Quiñones Pinilla

¹⁹ Constitución Política de 1991. Artículo 333 inciso 2

²⁰ *Ibíd.*

Luego de ello, la sala procede a referirse al tema de la competencia desleal y a las conductas consideradas como desleales incorporadas en la Ley 256 de 1996, puntualmente a la prohibición de celebrar pactos de exclusividad de conformidad con lo consagrado en el artículo 19 de la misma, reiterando lo dicho por la Corte Constitucional en punto a que el simple hecho de pactar las mentadas cláusulas no constituye *per se* un acto ilícito ni mucho menos se restringe la libre competencia por su simple estipulación, sino que para que ellas sean reprochables deben observar unos determinados “requisitos” por llamarlos de alguna forma, los cuales de no presentarse darán lugar a la plena validez y licitud de los pactos. Manifiesta la sala que para que las cláusulas o pactos de exclusividad celebrados entre agentes del mercado tengan el carácter de ilegales, “es necesario que con estas se restrinja el acceso de los competidores al mercado o se monopolice la distribución de productos o servicios. Lo que supone, por lo menos, una equivalencia de productos y como los que distribuye el peticionario (lácteo-vegetarianos) son diferentes a los que venden las mencionadas empresas, no se pueden considerar como ilegales los contratos en los que se hayan pactado tales cláusulas”²¹.

Con fundamento en los anteriores planteamientos, la sala decide confirmar la sentencia emitida por el Tribunal, pues consideró que el Derecho a la Libre Competencia no estaba siendo vulnerado como consecuencia de la existencia de los pactos de exclusividad celebrados, sino que la poca incursión de los alimentos lácteo-vegetarianos en los colegios se debía únicamente a una mala estrategia comercial por parte de los promotores de estos productos, pues como se derivó de diversas diligencias testimoniales practicadas, varios directores de colegios del área afirmaron jamás haber recibido información o degustación alguna sobre este tipo de productos y de los beneficios que estos representan para la salud de los estudiantes.

²¹ Op. Cit Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo.

5.1.3 Ley

Antes de entrar a profundizar en las cláusulas de exclusividad tal y como se encuentran reguladas en nuestro ordenamiento jurídico actual, es imperativo hacer un análisis de la forma en que la materia se encontraba regulada en los artículos 975²² y 976²³ del Decreto 410 de 1971 por el cual se expidió el actual Código de Comercio colombiano, pues en estos artículos se establecía la posibilidad de pactar cláusulas de exclusividad en los contratos de suministro, las cuales valga decir, podían ser en relación con productos o servicios así como también podían ser exclusividades de índole territorial.

Sin embargo, esta no era una posibilidad absoluta susceptible de libre configuración en ejercicio de la autonomía de la voluntad de que gozan las partes contratantes, sino que el mismo código establecía una limitación de carácter temporal en virtud de la cual, estas exclusividades no podían tener una duración superior a 10 años. Lo anterior tenía una finalidad fundamental, consistente en proteger la libre competencia en el mercado así como también que el contrato cumpliera en forma más satisfactoria la finalidad económica que le es inherente, valga decir, conseguir reducir los costos de transacción entre las partes, ya que permite celebrar un solo contrato por una periodicidad establecida durante la cual se

²² El texto del artículo era el siguiente: Si en un contrato de suministro se pacta la cláusula de exclusividad a favor del proveedor, la otra parte no puede obtener prestaciones de la misma naturaleza provenientes de terceros, ni proveer con medios propios a la producción de los bienes o servicios objeto del contrato, salvo estipulación en contrario.

Si la cláusula de exclusividad se pacta en favor del beneficiario del suministro, el proveedor no puede, en la zona que comprende la exclusividad y durante la vigencia del contrato, directa ni indirectamente, cumplir a favor de otros beneficiarios prestaciones de la misma naturaleza de aquellas que son objeto del contrato.

El que recibe el suministro en calidad de distribuidor asume la obligación de promover, en la zona que se designe, la venta de mercancías o servicios de los cuales tiene la exclusividad y responde de los perjuicios, en caso de incumplimiento de tal obligación, aunque haya cumplido el contrato en la cuantía mínima fijada.

²³ El texto del artículo era el siguiente: Limitase a diez años la duración máxima de toda cláusula de exclusividad.

Cuando durante la vigencia del contrato con cláusula de exclusividad, se pacten otros contratos análogos entre las mismas partes y sobre el mismo género de bienes o servicios, las cláusulas de exclusividad contenidas en los nuevos contratos terminarán en la fecha de expiración de la inicialmente pactada.

van a ejecutar determinadas prestaciones en lugar de celebrar un contrato por cada una de las prestaciones a ejecutar. Al respecto es importante citar a Arrubla Paucar quien manifiesta sobre este particular que el contrato de suministro “ofrece una economía de tiempo y de actividad administrativa para quienes utilizan la figura contractual. En lugar de tener que estar celebrando un contrato de venta o de servicios cada que se precisa de cosas o de servicios, se celebra un solo contrato durante un período duradero de tiempo. Se economiza el tiempo que significaría tener que estar celebrando contratos y la actividad administrativa que implica su control y su vigilancia”²⁴.

Dicho lo anterior, es importante agregar en relación con la finalidad de protección a la libre competencia perseguida por el legislador de 1971, que queda claro que con esta limitación temporal se buscaba “poner coto, de una parte, a estipulaciones que lesionan la libertad que cada ciudadano tiene de ejercer una industria o comercio lícitos y que propician los monopolios o la inactividad forzosa de empresas o personas, con detrimento de la economía. De igual modo, se limita el plazo por el cual se puede conceder a otro un derecho de preferencia. Como se sabe, quien promete preferir a otro para la celebración de un contrato, no se obliga forzosamente a celebrar el contrato en referencia sino a preferir al estipulante para el caso en que se decida a contratar, Esta situación no es conveniente, por lo cual no debe prolongarse”²⁵.

Posición respecto de la cual los autores del presente documento nos encontramos en desacuerdo, ya que en nuestra opinión, este se erige como un plazo arbitrario que solo toma en consideración los posibles efectos anticompetitivos que pueden originarse, pasando por alto que estos pueden verse compensados por las eficiencias económicas que pueden generarse para las partes pactantes de la exclusividad, por cuanto puede reducir los costos de distribución y comercialización de un producto determinado al hacer

²⁴ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles Tomo I*. Octava edición. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké. 1997. Pág. 227.

²⁵ Dr. Víctor Cock, Dr. José Gabino Pinzón, Dr. Álvaro Pérez Vives, Doctor Efrén Ossa, Dr. Emilio Robledo Uribe. *Proyecto de Código de Comercio elaborado Comisión Revisora del Código de Comercio*. Pags.234 y 235 Tomo II. Ministerio de Justicia. Bogotá D.C. Julio de 1958

más simple el proceso; eficiencias estas que se constituyen en beneficios principalmente en lo atinente a precios más bajos para los consumidores finales de los bienes y servicios. Lo anterior hace que en nuestro sentir, se le dé un carácter de anticompetitiva *per se* a una cláusula pactada por un plazo superior, lo que a todas luces es inconveniente por las razones ya expuestas, siendo pues la regla de la razón como se ha reiterado a lo largo de este estudio, el sistema adecuado para analizar las cláusulas de exclusividad, sin perjuicio de que el factor tiempo sea tenido en cuenta según las circunstancias propias de cada caso sin llegar a ser el que determine la licitud o no de estas.

Siguiendo con el análisis de la normatividad relacionada con el tema objeto de estudio, hay que decir que es sumamente escasa, incluso en los antecedentes normativos en materia de competencia desleal, las cláusulas de exclusividad son las grandes ausentes como ya se vio. Actualmente, las cláusulas o pactos de exclusividad encuentran su principal regulación y fundamento normativo en la Ley 256 de 1996 “Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal”, el cual consagra en su artículo 19 el siguiente texto: PACTOS DESLEALES DE EXCLUSIVIDAD. Se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras éstas sean de propiedad de los entes territoriales”²⁶.

Es fundamental que tengamos en cuenta que la finalidad del legislador al momento de regular los pactos de exclusividad, estaba encaminada a corregir las distorsiones de mercado emanadas de la posibilidad de acordar exclusividades con fundamento en los artículos 975 y 976 del Código de Comercio los cuales, valga decir, permitían la celebración de los mencionados pactos únicamente en los contratos de suministro. Lo anterior lo encontramos de manera manifiesta en las discusiones que se dieron en el seno de nuestro órgano legislativo, en donde se dijo que “las cláusulas de exclusividad

²⁶ Ley 256 de 1996

pactadas en beneficio de los productos o proveedores tienen el objeto exclusivo de crear barreras artificiales al ingreso de nuevos competidores y productos al mercado en detrimento de la libre competencia y del bienestar de los consumidores, los cuales se ven privados de la oportunidad de acceder a una mayor cantidad de bienes y servicios”.²⁷

No obstante lo anterior, hay que decir que el legislador, tal y como lo reconoce la doctrina nacional, incurrió en un error de técnica jurídica al definir los pactos de exclusividad como una conducta constitutiva de competencia desleal, pues la verdad es que “su función básica es la de poner coto a una acción que se considera lesiva o derogatoria de la libre competencia, sin perjuicio de su portada moral (...). Aquí no se identifica una conducta que por las circunstancias de tiempo, modo y lugar, afecta a otro empresario particular, sino una decisión –pacto de exclusividad- que genéricamente repercute sobre el mercado”²⁸.

5.1.4 Resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio

No podemos dejar de tomar en cuenta cuando analizamos las cláusulas de exclusividad, la posición que al respecto ha manifestado la Superintendencia de Industria y Comercio en los diversos casos en los cuales ha asumido la competencia en calidad de máxima autoridad en esta materia. Para tales efectos tomaremos como punto de referencia los pronunciamientos de mayor trascendencia emitidos por este organismo con el fin de unificar una postura en relación con el tema objeto de estudio.

Resolución 14158 de 2002

En este pronunciamiento la SIC entra a analizar la licitud de un presunto acuerdo de exclusividad existente entre la comercializadora de vehículos automotores Crump América S.A. y la empresa de

²⁷ Gaceta Judicial N° 56, Abril 21 de 1995. Página 4-6. Citado por Juan Jorge Almonacid Sierra y Nelson García Lozada. “Derecho de la Competencia. Abuso de la Posición Dominante, Competencia Desleal y Uso indebido de información Privilegiada” Pág. 277. Editorial Legis. Bogotá D.C 1998.

²⁸ Almonacid Sierra, Juan Jorge y García Lozada, Nelson. “Derecho de la Competencia. Abuso de la Posición Dominante, Competencia Desleal y Uso indebido de información Privilegiada” Pág. 277. Editorial Legis. Bogotá D.C 1998

blindaje de vehículos O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A, en virtud del cual, los adquirentes de vehículos a través de la primera, si tenían interés de blindarlos, debían acudir única y exclusivamente a O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A, so pena de perder la garantía inherente al vehículo. El demandante fundamenta su acusación básicamente en el hecho de que “La exclusividad surge en primer plano en relación con el cliente, ya que está obligado a contratar el blindaje exclusivamente con O'Gara so pena de perder la garantía. En segundo término se da en beneficio de manera exclusiva con la sociedad O'Gara Hess, quien se favorece debido a que los compradores de vehículos Chrysler, Cherokee, Grand Cherokee y los demás distribuidos por Crump América los blindaran solamente en esta compañía, con el consabido beneficio económico que resulta a su favor, la cual, luego premiará a Crump América S.A., con el pago comisiones a sus vendedores y gerentes de concesionarios "En este caso, del pacto de exclusividad surge una obligación para un tercero, para el comprador de vehículos que a su vez es cliente de los blindajes, quien es obligado a contratar el blindaje con O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A. en aras de no perder la garantía. La obligación de exclusividad no surge para ninguna de las partes del pacto, pero si son ellas quienes se benefician del mismo, fortaleciéndose y lucrándose desproporcionada e injustificadamente, debilitando a sus competidores en el mercado, e inclusive transgrediendo derechos del consumidor, quien es deliberadamente constreñido a elegir a O'Gara como la blindadora de los vehículos adquiridos en Crump.²⁹”

Lo primero que hace la SIC es desvirtuar el argumento expresado por la parte demandante en punto a que la exclusividad se le imponía a los consumidores, pues si bien en el caso sub judice esto podría tomarse como cierto, la verdad es que jurídicamente ello no es posible y tal tipo de exclusividad no produciría efecto alguno al amparo de la norma consagrada en el artículo 19 de la Ley 256, pues “el consumidor final del producto o servicio no tiene injerencia; puede resultar afectado por él, pero de

²⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 14158 del 9 mayo de 2002 por la cual se decide una investigación. Crump America S.A Vs O'gara-Hess & Eisenhardt De Colombia Pag 4.

ninguna manera puede considerarse como parte del pacto. Téngase en cuenta que en la conducta que se examina, el sujeto activo de la investigación, necesariamente es un empresario (productor, distribuidor o comercializador), lo que se deduce del tenor literario de la norma, pues el pacto de exclusividad resulta desleal cuando restringe el acceso de los competidores al mercado o monopolizan la distribución de productos o servicios, es decir, cuando atenta contra valores empresariales directamente. Como puede observarse, el consumidor final del producto no tiene participación en los verbos que configuran la conducta”³⁰.

Hecha la precisión anterior, la SIC procede a definir en forma elemental y lúcida los pactos o cláusulas de exclusividad con el fin de lograr una mayor claridad en el análisis, manifestando que “son aquellos por medio de los cuales se impone a alguno de los contratantes la obligación de no contratar con los competidores del otro o de desarrollar su actividad dentro de un territorio. Estas cláusulas se presentan generalmente dentro de relaciones verticales (entre diferentes agentes del mercado: productores, distribuidores o comercializadores de bienes o servicios)”³¹. Acto seguido, procede a alinearse con la línea de pensamiento establecida por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en su jurisprudencia en materia de pactos o cláusulas de exclusividad, al afirmar que por el solo hecho de celebrar estos acuerdos no se viola la libre competencia, valga decir, no son *per se* ilegales, sino que para determinar los efectos anticompetitivos de los mismos se deben tomar en cuenta unos determinados aspectos y circunstancias que rodean el acuerdo, pues pueden constituirse en una herramienta de gran utilidad para la generación de eficiencias y beneficios en favor tanto de los empresarios como de los consumidores. Dijo la SIC que “no todos los acuerdos de esta clase vulneran las normas de competencia; lejos de este efecto, pueden constituir un medio lícito para la atracción y conservación de la clientela, pues a través de ellos puede lograrse, para el consumidor, la optimización del conjunto de valores del producto o servicio (mejoramiento de la distribución, garantía de calidad o

³⁰ *Ibíd.* Pág. 15

³¹ *Ibíd.* Pág. 15

de servicio posventa, disminución de precios o costos, etc.), y para el empresario, racionalización de procesos localización del objeto sobre el cual cada uno de los empresarios debe actuar, reducción ostensible de costos, mejora en los canales de distribución y comunicación y agilidad en las relaciones comerciales (...). Así pues, la norma en comento no considera desleales todos los pactos de exclusividad, sino únicamente aquellos que tengan la capacidad de producir "un efecto sustancial en la disminución de la competencia"; es decir, son ilegales aquellos pactos en los que se presente alguna de las siguientes características: a) que tengan por objeto o efecto restringir el acceso de los participantes en el mercado; o b) que tengan por objeto o efecto monopolizar la distribución de productos o servicios"³².

Como ya quedó claro de la redacción del artículo 19 de la Ley 256 de 1996, en principio, pareciera que el legislador solo buscó reprimir estos acuerdos cuando ellos formaran parte de un contrato de suministro. Sin embargo, y ello ya es un tema pacífico en la doctrina, no puede sostenerse tal afirmación, pues como lo deja ver la SIC en este pronunciamiento y con fundamento en la posición manifestada por la doctrina consistente en que "no obstante el citado artículo" menciona únicamente los contratos de suministro, y en concordancia deroga en su artículo 33 los artículos 975 y 976 del Código de Comercio, la limitación no se aplica solamente al contrato mencionado, sino que puede ser extendida a todos los pactos de exclusividad"³³, es decir, no queda lugar a duda en punto a que pueden consagrarse pactos o cláusulas de exclusividad en otro tipo de contratos diferentes del suministro como por ejemplo en los contratos de franquicia o concesión.

³² *Ibíd.* Pág. 16

³³ Jaeckel K, Jorge. "Apuntes sobre competencia desleal" CEDEC IL Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, seminarios 8. Pág. 66. Citado por la Superintendencia de Industria y Comercio en la resolución 14158 del 9 mayo de 2002 por la cual se decide una investigación. Crump America S.A Vs O'gara-Hess & Eisenhardt De Colombia

Resolución 31434 de 2011

El asunto del que tiene conocimiento la SIC en esta ocasión consiste básicamente en que las dos compañías de bebidas gaseosas más grandes existentes en el país (Postobón y Coca Cola) tenían un control casi absoluto del mercado, lo que les permitía prácticamente obligar a los distribuidores a comercializar exclusivamente sus respectivos productos mediante el otorgamiento de ciertos incentivos y “regalos” como las neveras y publicidad para sus negocios. Así lo deja ver el peticionario de la investigación en donde solicita el apoyo de la SIC para que “las empresas productoras de bebidas gaseosas respeten al consumidor y permitan que en los establecimientos públicos se puedan expender simultáneamente bebidas de diferentes marcas. Actualmente, en todo el país, la mayoría de restaurantes, tiendas y similares son obligadas por Postobón o por Coca Cola a vender sólo su marca y de esta manera el consumidor pierde el derecho fundamental de poder elegir y decidir. El comerciante expendedor se hace cómplice en estos casos, porque le facilitan la nevera, el aviso y, además, le dan precio especial.”³⁴

En este pronunciamiento la SIC mantiene su postura en el sentido de que los pactos de exclusividad no pueden ser considerados restrictivos de la competencia *per se*, sino que solo ante determinadas circunstancias pueden ser objeto de reproche por parte de la autoridad en materia de competencia, es decir, requiere de una aplicación de la regla de la razón para determinar los efectos anti competitivos de las mismas, manifestando sobre este particular que “Las estrategias de mercado en las cuales la exclusividad tiene un rol central pueden estar dirigidas a ganar participación de mercado de manera legítima, o a cerrar la entrada de un tercero al mercado. Esta estrategia, puede verse como excesiva y anticompetitiva si la misma utiliza tal cantidad de esfuerzos que, de no tener como objetivo excluir del mercado a terceros, no serían justificables por quienes la emplean. (...) La clave de este análisis es que la conducta puede exitosamente incrementar los costos de los competidores rivales solo como una

³⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 31434 de 2011 Investigación por una presunta violación de las normas en materia de protección de la competencia por parte de la INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.

consecuencia no intencional de la reducción de costos que obtiene la empresa investigada”³⁵. El anterior argumento lo refuerza la SIC haciendo alusión a la posibilidad latente de que como consecuencia de la estipulación de exclusividades se generen eficiencias de gran importancia, las cuales deberán ser ponderadas con el efecto restrictivo de la competencia generado con el propósito de establecer si el pacto o cláusula amerita ser perseguida por la autoridad de competencia. Dijo la SIC que “Todo contrato de exclusividad vertical puede ser justificable si los beneficios provenientes de reducir los costos propios de la relación vertical, o de un incremento en la calidad del producto final, son mayores que los costos asociados con su negociación. Del mismo modo, la existencia de economías de escala en la distribución, o el posicionamiento de una marca, también constituyen Justificaciones adecuadas. (...) En el mismo sentido, los tratos de exclusividad y de descuentos también pueden ser necesarios para evitar fenómenos como el del "free rider", mediante el cual los competidores toman ventaja de las grandes inversiones que realiza el fabricante para promover sus productos”³⁶.

Son precisamente los anteriores argumentos con fundamento en los cuales la SIC encuentra que no hay mérito suficiente para considerar que los investigados incurrieron en pactos de exclusividad que generaron un efecto nocivo para la libre competencia, pues el otorgamiento de descuentos, obsequios, mesas y neveras, entre otros, a cambio de la distribución exclusiva de sus productos, no son suficientes para considerar que se afecta la competencia en el mercado.

Resolución 33361 del 2011

En esta ocasión la SIC tiene conocimiento de una denuncia por parte de la cervecera Heineken Internacional de Colombia en contra de Bavaria por cuanto esta última presuntamente se encontraba fortaleciendo su posición dominante en el mercado nacional de cerveza mediante la celebración de

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ *Ibíd.*

pactos de exclusividad con los comerciantes que distribuyen y venden sus productos, pagándole a estos últimos para que vendieran únicamente sus productos, principalmente la cerveza Peroni. Como podemos observar a primera vista, es un caso que guarda cierta similitud con el analizado anteriormente en el cual se investigó el comportamiento de dos empresas de gaseosas. Según afirma el denunciante, la conducta fue realizada: “i) haciendo contratos de patrocinio, por medio de los cuales Bavaria le pagaba a algunos establecimientos a cambio de II) que realizaran acuerdos de publicidad exclusiva de algunas marcas de Bavaria, especialmente Peroni, iii) comprar y vender productos exclusivos de Bavaria, disimulando con la palabra preferente, en vez de exclusivamente, iv) se pactaba un límite mínimo de compra de los productos de Bavaria.”³⁷

En este pronunciamiento vemos como la SIC se refiere al tema de una forma que no lo había hecho en los casos precitados, pues empieza enmarcando las cláusulas de exclusividad dentro del grupo de las conductas que constituyen una forma de abuso de la posición dominante en el mercado: “Se distingue entre dos formas de abuso de posición dominante con efectos exclusorios: i) aquellas conductas que vía precios buscan restringir la entrada de competidores al mercado (precios predatorios, precios excesivos, discriminación de precios). ii) aquellas que restringen la entrada a través de variables diferentes al precio (ventas atadas, contratos de exclusividad, negativa a contratar y proveer).³⁸”

Hecha la anterior precisión, la SIC hace referencia al hecho de que existen tanto exclusividades de carácter vertical, en las cuales el distribuidor se obliga a comprar total o parcialmente los bienes o servicios ofrecidos por el productor en favor de quien se establece la exclusividad, y, aquellas que tienen un carácter horizontal, en donde el productor es el que se obliga a no vender su producto a la competencia para que esta los revenda. Sobre este tema, la conclusión de la SIC es determinante y

³⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 33361 del 2011 Por la cual se cierra una investigación. Heineken Internacional Colombia Vs Bavaria..

³⁸ *Ibíd.*

mantiene la línea de pensamiento que ha quedado expuesta en lo que va del presente análisis, tanto por parte de la jurisprudencia como de la doctrina de la SIC, afirmando que la mera existencia de la exclusividad no puede catalogarse *per se* cómo anticompetitiva, pues aún cuando es claro que esta si constituye en todos los casos una reducción de posibilidades para la competencia de ingresar al mercado, ello no significa que excluya totalmente la posibilidad de la competencia. Es por ello que deben tomarse en cuenta las circunstancias particulares que envuelven la cláusula en concreto para poder determinar si esta es idónea o no para truncar de manera absoluta o no el acceso al mercado; para ello, la SIC toma como referente los siguientes aspectos: i) Extensión del dominio del competidor dominante en la demanda cubierta por los contratos de exclusividad, ii) Inexistencia de fuentes alternativas de oferta, iii) Altas barreras de entrada ajenas al comportamiento de los agentes, iv) Bajas economías de escala derivadas de la exclusividad, v) Existencia de otros proveedores, vi) Duración de los acuerdos de exclusividad y la existencias de cláusulas de renovación, vii) Situación específica de la relación entre las partes³⁹. Sin embargo, la concurrencia de los anteriores aspectos no es determinante, pues tal y como acota la SIC, “existen múltiples factores que pueden desvirtuar su carácter anticompetitivo. Así, con una correcta explicación económica de la conducta, se desvirtúa su carácter presuntamente anticompetitivo”⁴⁰.

5.1.5 Doctrina

La doctrina en la materia, se ha manifestado en diversas ocasiones manteniendo siempre la posición que hemos esgrimido a lo largo del presente estudio y que además, como ya quedo visto, ha sido confirmada tanto por nuestros organismos de justicia, como por parte de la SIC como autoridad encargada de conocer de los casos de competencia desleal que por virtud de la Ley 256 surjan.

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ *Ibíd.*

Lo primero que debemos tomar en cuenta es que la exclusividad no solo se puede pactar como la obligación por parte de un distribuidor o comerciante dedicado a vender un determinado bien o servicio, de adquirir únicamente los bienes o servicios del beneficiario del pacto (productor por lo general), valga decir, una exclusividad respecto de un producto, sino que no podemos perder de vista la posibilidad de pactar cláusulas encaminadas a establecer exclusividades sobre zonas del territorio, de manera que un distribuidor sea el único autorizado para vender ese producto en determinado sector, sin poder expandirse a otras zonas asignadas a otros distribuidores partícipes del acuerdo. Sin embargo, no se puede perder de vista que “tal como se puede observar, tanto la exclusividad en territorio como la exclusividad en producto son figuras verticales que en un principio se tipifican como acuerdos restrictivos de la competencia, especialmente en carteles de repartición del mercado”⁴¹. Ahora bien, se debe hacer énfasis en la posición que la doctrina ha expresado en relación con el concepto de cada una de las anteriores cláusulas para tener la claridad suficiente que permita profundizar en el análisis de los elementos estructurales que hacen parte del tema objeto de análisis, siendo posible afirmar que las cláusulas de exclusividad territorial, deben ser entendidas como “aquellas prestaciones dentro de los contratos mediante las cuales los fabricantes asignan un territorio exclusivo a cada miembro de su red de distribución”⁴². Siendo posible agregar sobre este tipo de exclusividades territoriales que “se presenta cuando dentro de una relación vertical se le asigna una zona específica a un distribuidor para que revenda sus productos. Estas cláusulas tienen el riesgo de ser consideradas una repartición territorial de mercado entre distribuidores y como una obstrucción de entrada a los mercados, según se dispone en las normas de competencia. La ilegalidad de estas cláusulas se presenta en la medida que el

⁴¹ Velandía, Mauricio. *“Derecho de la competencia y del consumo: Competencia desleal; abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor”*. Pag. 281. Segunda Edición. Universidad Externado de Colombia. Mayo de 2011. Bogotá D.C

⁴² Contin Pilart, Ignacio y Huerta Arribas, Emilio. *“La integración vertical en los sectores energéticos: eficiencia versus poder de mercado”*, Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, septiembre-octubre de 2000.

distribuidor no pueda atender pedidos de un consumidor ubicado en un territorio diferente al asignado”⁴³.

Por su parte, la doctrina ha manifestado en relación con la exclusividad que se da respecto de un producto determinado que “la prohibición de vender un producto diferente del impuesto genera una repartición de mercado negativa, donde se prohíbe la libertad de entrada a la venta de otra marca o línea de productos, lo cual se traduce en la exclusividad en producto. (...) La elasticidad de la oferta disminuye en este caso, pues alguien que puede ingresar renuncia a una presente o futura participación”⁴⁴. Adicionalmente, debemos tener en cuenta que estas cláusulas pueden tornarse en ilegales cuando respecto de ellas concurren ciertas circunstancias, tal y como lo ha dejado claro la posición doctrinaria, la cual sostiene que “depende de la autonomía de la voluntad de un empresario determinado si su distribución la adelanta con personas que ofrezcan un solo producto, lo cual es válido en la medida en que con esto no se monopolice la distribución de todo el mercado pues, de ser así, se crea una barrera de entrada para cualquier competidor de la empresa que impuso la exclusividad. Ahora, no se restringe la competencia si la exclusividad se adelanta en mercados que se encuentren desconcentrados en muchas empresas, tanto en la escala de producción o de distribución”⁴⁵. Lo anterior no deja lugar a dudas en punto a la posición que los autores hemos sostenido a lo largo del presente estudio, y la cual se encuentra suficientemente documentada en cuanto a la aplicación del sistema de análisis de la regla de la razón para analizar cada uno de los pactos de exclusividad que se celebren pues no siempre constituyen una amenaza en contra de la libre competencia en el mercado.

⁴³ Velandia Mauricio. “*Legalidad de las Cláusulas de Exclusividad bajo el Régimen de la Libre Competencia*” Texto publicado en el libro “*Derecho de la Competencia*”. Primera Edición, pág. 245. Colegio de Abogados de Medellín, Cámara de Comercio de Medellín y Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, Colombia. 2003

⁴⁴ Op. Cit Velandia, Mauricio. “*Derecho de la competencia y del consumo: Competencia desleal; abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor*”. Pág. 281

⁴⁵ Op. Cit Velandia Mauricio. “*Legalidad de las Cláusulas de Exclusividad bajo el Régimen de la Libre Competencia*” Texto publicado en el libro “*Derecho de la Competencia*” Pág. 247.

Así las cosas, debemos hacer referencia a los elementos estructurales fundamentales que se derivan de la figura de las cláusulas de exclusividad, teniendo en cuenta claro la consagración que en relación con estos hace la ley 256 de 1996 en su artículo 19, referente normativo este que se erige como un punto de análisis obligatorio, y sobre el cual la doctrina ha reiterado, como ya dijimos, la posición que han mantenido al respecto nuestros organismos judiciales, así como también la SIC en lo atinente a la legalidad de las cláusulas o pactos de exclusividad, lo que queda en evidencia cuando se afirma que “es importante tener en cuenta que no todos los pactos de exclusividad son ilegales *per se*, sino que debe hacerse un estudio económico del objetivo que se está buscando con la suscripción de ese pacto, para analizar si puede estar redundando en beneficios económicos o sociales en cabeza del consumidor, no obstante la limitación de escogencia de marcas. Solo cuando los pactos de exclusividad tengan por objeto principal o como efecto la restricción del acceso al mercado de un competidor o cuando la intención efectivamente sea la de monopolizar un sector de la economía podemos entender que dicho pacto es ilegal. La restricción de la competencia en el mercado debe ser sustancial.”⁴⁶ Lo anterior debe ser complementado con un análisis del texto consagrado en la ley, del cual se desprende claramente que las cláusulas solo serán desleales o afectarán la libre competencia en el mercado en los siguientes eventos:

“Cuando tengan por objeto restringir el acceso de los participantes en el mercado;

Cuando tengan por efecto restringir el acceso de los participantes en el mercado;

Cuando tengan por objeto monopolizar la distribución de productos o servicios; y

⁴⁶ Márquez Robledo, Felipe. “*Apuntes sobre Derecho Económico y Derecho de la Competencia*” Pág. 177. Segunda edición. Colección profesores. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá D.C 2007.

Cuando tengan por efecto monopolizar la distribución de productos o servicios”⁴⁷.

Finalmente y para dar por concluido este análisis doctrinario, debemos tomar en cuenta el hecho de que aun cuando el artículo 19 de la ley 256 solo hace referencia a los contratos de suministro, esta enunciación no es taxativa y la prohibición de pactar cláusulas de exclusividad que afecten la libre competencia no se limita a este contrato, pues debe tenerse presente que “a través de la prohibición general del art. 7o. se podría extender la causal de deslealtad a otros contratos que contengan dichas cláusulas, pues los argumentos por los cuales los pactos de exclusividad son desleales, se fundamentan en razón de los efectos de la cláusula y no a los del contrato al cual acceden y dado que en derecho donde opera la misma razón debe seguirse la misma consecuencia, es de concluir que si dichos pactos pueden generar las consecuencias por las que se descalifican en el suministro, en cualquier otro contrato en el que se establezcan pueden también generar las mismas consecuencias”⁴⁸.

5.6.1 Cláusulas de Exclusividad Vs Cláusulas de no Competencia

Existen diferentes tipos de cláusulas que tienen potencialidad para restringir la libre competencia, no siendo los pactos de exclusividad un caso único y aislado. Sin embargo, el ordenamiento jurídico se ha encargado de establecer las conductas que son censurables *per se*, es decir, por el solo hecho de que sucedan; lo cual también indica que hay otras que se deben sujetar a otro tipo de análisis por sus consideraciones especiales. Al respecto dijo la Superintendencia de Industria y Comercio en su Concepto No. 58216 de 2000 que: “Bajo esta perspectiva ha de tenerse en cuenta que, ante la necesidad de garantizar el sistema de competencia económica se han proscrito aquellas conductas que afecten o

⁴⁷ Op. Cit Jaeckel K, Jorge. Pág. 33

⁴⁸ *Ibíd.* Pág. 33

restrinjan su libre ejercicio. Así, el Decreto 2153 de 1992 contiene un listado enunciativo de acuerdos considerados como atentatorios de la libre competencia”⁴⁹.

A la luz de esta premisa, algunas conductas censuradas por el ordenamiento jurídico colombiano son objetivamente ilegales, de tal modo que no se necesita un exhaustivo análisis de la acción en cuestión, sino simplemente se requiere una adecuación típica para que automáticamente pueda ser castigable, excluyendo las reflexiones que giran en torno a la finalidad y efectos de la conducta. Sin embargo, cabe resaltar que este es un punto discutido en la doctrina Colombiana, puesto que hay cierto sector minoritario el cual afirma que las conductas expresamente prohibidas por el decreto 2153 de 1992 pueden ser analizadas por medio de la regla de la razón, puesto que así se subsuman dentro de la prohibición, su efecto, o naturaleza, puede generar que no deba ser castigada; esto reforzado por la ausencia de una manifestación de la Superintendencia de Industria y Comercio estableciendo en qué circunstancias hace uso de la regla *per se*, o la regla de *la razón*.

Resulta claro que, al igual que las cláusulas de no competencia, los pactos de exclusividad pueden ser o no ilegales, ya que la ley no expresa su total prohibición y reproche, razón por la cual cuando se realiza alguno de estos acuerdos se torna necesario efectuar un análisis meticuloso y exhaustivo, usando la ya explicada regla de la razón, para determinar la legalidad de dicha exclusividad.

La Superintendencia de Industria y Comercio, siguiendo la doctrina española se ha acercado al tema de las cláusulas de no competencia describiéndolas “como aquellas que establecen dos empresas con el objetivo de no disputar una clientela en un mercado determinado durante un cierto tiempo o indefinidamente. Este tipo de acuerdo se precisa en una cláusula de un contrato principal, del cual es accesorio, y persigue frecuentemente asegurar el cumplimiento de las estipulaciones contenidas en aquel”⁵⁰.

⁴⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 58216 de 2000.

⁵⁰ Pascual y Vicente, Julio. Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y en Europa. Editorial Civitas, Primera edición, 2002, Pág. 136.

En la medida en que pretende asegurar el cumplimiento de la obligación principal, este tipo de cláusulas resultan restricciones accesorias, entendidas como aquellas limitaciones que están directamente relacionadas con el desarrollo de una operación comercial”⁵¹, por tanto, su validez - en el derecho europeo como en el norteamericano., se analiza a partir de contexto del contrato o la operación donde las partes pactaron este tipo de disposiciones”⁵².

Como bien lo trae a colación en su laudo el Tribunal de Arbitraje de Andrés Pardo Vargas contra World Management Advisors Ltda, Roberto Eduardo Hall Espinosa y Carlos Alberto Hall Espinosa⁵³, para los efectos de este análisis se debe tener en cuenta “la cláusula de prohibición general contenida en el Art, 1º de la Ley 155 de 1959 en concordancia con el Art. 46 del Decreto 2153 de 1992, y se deben analizar aspectos tales como el mercado relevante, la naturaleza, el propósito y el efecto de la práctica, con el objeto de determinar si la misma es o no anticompetitiva”⁵⁴. En este pronunciamiento, el Tribunal de Arbitramento realiza un test de razonabilidad al ordinal (i) de la Cláusula 3.7 del Acuerdo de Socios, en la cual se consagro una cláusula de no competencia por 5 años desde la firma del contrato en adelante, en virtud de la cual la empresa APV se abstendría de participar en la prestación de los servicios de selección de personal (“head hunting”) en competencia con sus socios WMA, Y WLA.

Debido a que la cláusula de no competencia estipulada en el contrato por dichas empresas no se adecuaba al numeral 8º del Artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 que establece que se consideran contrarios a la libre competencia aquellos acuerdos “que tengan por objeto o como efecto abstenerse de

⁵¹ Comunicación de la comisión sobre directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del Artículo 81 del tratado (Diario Oficial de la Unión Europea (2004/c 101/08) www.europa.eu Numeral 29. Citado por la SIC en la Resolución 46325 del 31 de Julio de 2010.

⁵² Diario Oficial de la Unión Europea .Comunicación de la comisión, Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 de artículo 81 del tratado. (2004/ C 101/08). C101/101. Citado por la SIC en la Resolución 46325 del 31 de Julio de 2010.

⁵⁴Tribunal de Arbitraje de Andrés Pardo Vargas contra World Management Advisors Ltda, Roberto Eduardo Hall Espinosa y Carlos Alberto Hall Espinosa, Arbitros: S.Muñoz, A.Miranda, L.Gamboa, G.monroy, Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación; pag 150.

producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción”, entonces no se podía concluir su ilegalidad *per se*, y por esta razón el Tribunal hizo uso de la regla de la razón. La superintendencia ya había planteado unos criterios previos al laudo arbitral, que le permitieron al tribunal aplicar la regla de la razón al caso específico; y el antecedente referido fue la Resolución 14540 de 2002 (Caso de las estaciones de servicio) en la cual se había expresado que “la regla de razón es simplemente un conjunto de categorías generales a las cuales se les da contenido a partir de la concepción de los objetivos fundamentales del derecho y de la economía y teniendo en cuenta los requisitos del procedimiento judicial. La regla de la razón exige un examen amplio sobre la naturaleza, propósito y efecto de la combinación o acuerdo cuestionado antes de resolver sobre su legalidad”⁵⁵.

El Tribunal, aplica el test de razonabilidad propuesto por la Superintendencia de Industria y Comercio a la cláusula contractual de no competencia contenida en el ordinal (i) de la Cláusula 3.7 del Acuerdo de Socios, y concluye que no es ilegal ni contraria la libre competencia al encontrarse dentro del marco legal, y sustentarse por medio de objetivos empresariales legítimos.

Los criterios del test que se usó para mirar la legalidad de la cláusula de no competencia son los siguientes:

(...)

- a. Ser accesorias.
- b. Buscar la realización y efectiva ejecución de otra obligación.
- c. No impedir el acceso de terceros al mercado. (...) ⁵⁶

⁵⁵ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 14540 de 2002 (Caso de las estaciones de servicio).

⁵⁶ Tribunal de Arbitraje de Andrés Pardo Vargas contra World Management Advisors Ltda, Roberto Eduardo Hall Espinosa y Carlos Alberto Hall Espinosa, Arbitros: S.Muñoz, A.Miranda, L.Gamboa, G.monroy, Camara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación, pág. 154.

En este orden de ideas, este trabajo se propone en este punto aplicar dicho test planteado por la Superintendencia y aplicado por el Tribunal de Arbitraje a las cláusulas de exclusividad, realizando ciertas consideraciones teóricas para que se adecue en su totalidad a dichos pactos.

Esto lo consideramos pertinente, debido a que el sentido teleológico de dicho test se adecua para los acuerdos de exclusividad también, y el razonamiento que se usa no es muy alejado a la realidad de dichas cláusulas. Sobre este último punto cabe aludir la resolución No. 46325 de 2010 de la Superintendencia de Industria y Comercio en la cual manifiesta que “debe tenerse en cuenta que las cláusulas inhibitorias de la competencia están justificadas sólo con el objeto de hacer posible la operación, cuando su duración, su ámbito geográfico, su contenido y las personas sujetas a ella no van más allá de lo razonablemente necesario para lograr dicho objetivo”; cita que puede ser claramente aplicable a las cláusulas de exclusividad.

A saber, los criterios (fundamentados en los pronunciamientos de la SIC y el Tribunal de Arbitraje previamente citados) que se proponen por parte de los autores para tales efectos son los siguientes:

- a. De esta manera una cláusula de exclusividad será legal si su finalidad cardinal no es de ninguna manera la restricción de la competencia, sino que fue pactada de forma accesoria a la realización del objetivo principal del contrato, ya sea de suministro, distribución, o la forma contractual que se haya dispuesto en la relación comercial.
- b. Por otro lado, se requiere que la intensión con la que fue acordada la cláusula de exclusividad tenga sentido alguno, tanto de justicia, como de desarrollo y seguridad comercial de la empresa; así por ejemplo, si el pacto de exclusividad tiene como fin reducir los costos de distribución, mantener protegido un know how, o evitar la confusión y desviación de la clientela, estará aún mas cerca de la legalidad, sin desconocer la necesidad de cumplir con los

demás requisitos. En este caso, hay una situación en la cual se está buscando el desarrollo de un objetivo común entre los dos sujetos que pactaron la exclusividad, donde los dos se ven beneficiados; tal es el caso donde un productor de gran magnitud pacta exclusividad con un distribuidor más pequeño, y este último obtiene un beneficio económico por parte del primero que le recompensa la obligación adquirida.

- c. Por último, la obligación de exclusividad pactada no debe tener la potencialidad para derivar en una repartición de mercados entre productores y entre distribuidores, y en consecuencia se pueda generar de alguna forma una barrera de ingreso al mercado de los bienes y servicios que se desarrollen en el contrato que contiene dicha cláusula accesoria.
- d. La cláusulas de exclusividad no se pueden dar de manera horizontal, puesto que si fuera el caso, y estos no se dan en diferentes niveles de la escala productiva de valor de un determinado bien o servicio, dicho pacto estaría incurriendo en un acuerdo restrictivo censurable *per se*.

En conclusión, así como el Tribunal de Arbitramento usando criterios de la SIC, realizó el análisis de razonabilidad y encontró que en algunos casos las cláusulas de no competencia pueden tener un fundamento empresarial acorde con la libre competencia, también pueden derivar en ventajas pro competitivas para los empresarios, siempre y cuando cumplan con los requisitos de dicho test. Es de esta manera que las cláusulas de exclusividad también pueden resultar favorables cuando están dentro del margen de legalidad, y su valoración “se limita a determinar si, en el contexto específico de la principal operación o actividad no restrictiva, una determinada restricción es necesaria y proporcionada para la realización de dicha operación o actividad. Si, a partir de factores objetivos, puede concluirse que, en ausencia de la restricción, la principal operación no restrictiva resultaría de difícil o imposible

realización, la restricción principal podría considerarse objetivamente necesaria para su realización y proporcionada a la misma”⁵⁷.

5.2 Derecho Comparado

5.2.1 Estados Unidos

Cuando hablamos de Derecho comparado en materia de Derecho de la Competencia, no es posible omitir la referencia obligada que constituye el ordenamiento Norteamericano en la materia, pues fue en estas latitudes donde el mismo tuvo sus más arraigados inicios, y además en donde las circunstancias de crecimiento económico experimentadas a finales del siglo XIX, luego de la guerra de secesión, jugaron un papel de vital importancia en el proceso de desarrollo normativo. Fue precisamente en el contexto anteriormente descrito en donde se formaron los primeros grandes monopolios de la época y se estructuraron “los Acuerdos Económicos (“Corporate Trusts”) y carteles de precios (“Pooling Arrangements”) que operaban en todo el país y que permitían a los empresarios hacer acuerdos para fijar artificialmente los precios y dividirse los mercados, (...)”⁵⁸ Como ejemplos de estas situaciones encontramos principalmente los monopolios de la industria de los Ferrocarriles, constituido por Cornelius Vanderbilt, el del refinamiento de petróleo y su transformación en “Kerosene” de la Standard Oil con John D. Rockefeller a la cabeza, y en la industria del acero como nuevo material empleado en la construcción de las grandes obras de ingeniería del país, encontramos a la Carnegie Steel Company de Pitsburg, cuyo propietario era el Escocés Andrew Carnegie. Estos grandes magnates controlaban en promedio más del 90% del mercado en sus respectivas áreas, lo que les dio un poder sin precedentes e inimaginable en esa época, permitiéndoles imponer precios a su arbitrio, realizar acuerdos de fijación

⁵⁷ Diario Oficial de la Unión Europea .Comunicación de la comisión, Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 de artículo 81 del tratado. (2004/ C 101/08). C101/101. . Citado por la SIC en la Resolución 46325 del 31 de Julio de 2010.

⁵⁸ Miranda Londoño, Alfonso. “Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica”. Pag. 4. Bogotá D.C Septiembre de 1992. <http://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/annotaciones-sobre-derecho-antimonopolistico-de-e-e-u-u-alfonso-miranda-londono.pdf> Documento Consultado el 3 de Junio de 2013.

de precios, así como manejar el suministro y la producción de acuerdo con sus intereses económicos e incluso dividirse el mercado, atentando contra la libre competencia sin fijación alguna, lo que empezó a generar descontento entre la opinión pública, así como atrajo la atención de las autoridades federales, quienes se dieron cuenta de que no contaban con herramientas jurídicas para hacer frente y por lo menos controlar el poder desmedido que habían adquirido los grandes industriales del país mediante el esquema de cartelización.

Fue precisamente el descontento y la impotencia de las autoridades lo que motivo a la expedición de normas que controlaran y limitaran el poder de mercado de las mentadas compañías, por lo que en el año de 1890, se aprueba por parte del congreso de los Estados Unidos, “el proyecto de Ley contra los monopolios que fuera presentado en 1888 por el Senador John Sherman de Ohio.⁵ La Ley Sherman ("Sherman Act") que es aún la Ley fundamental del Derecho Antimonopolístico ("Antitrust Law") en los Estados Unidos, fue creada con el objeto de destruir aquellas combinaciones tendientes a restringir la competencia. Para ello la Ley Sherman prohíbe los acuerdos tendientes a restringir el comercio y todos los actos tendientes a obtener un monopolio sobre cualquier parte del mercado.”⁵⁹ Es importante mencionar que de conformidad con esta Ley, no todas situaciones de monopolización de constitución de posición de dominio en el mercado eran negativas o perjudiciales para la libre competencia *per se*. Sin embargo, el carácter sumamente genérico y abstracto de Ley Sherman dificultó sobre medida su aplicación por parte de los jueces, pues la interpretación exegética de su texto permitía llevar a la conclusión de que cualquier acuerdo u operación restringía la competencia en el mercado y por lo tanto debía ser sancionada por las autoridades competentes. Lo anterior supuso que la posición de la Suprema Corte de los Estados Unidos variara en no pocas ocasiones en punto a la forma de aplicar e interpretar la Ley Sherman, dando lugar en 1911 a una de las decisiones históricas y que constituyeron

⁵⁹ E. Thomas Sullivan & Herbert Hovenkamp. "Antitrust Law Policy and Procedure". The Michie Company. 1984. pag. 16 y s.s. Citado por Alfonso Miranda Londoño en "Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica". Bogotá D.C. Septiembre de 1992. <http://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/annotaciones-sobre-derecho-antimonopolistico-de-e-e-u-u-alfonso-miranda-londono.pdf> Documento Consultado el 3 de Junio de 2013

un hito en la aplicación de la legislación en materia de competencia, “ratificando su postura con respecto a la concentración del mercado en manos de una empresa; en este caso se trataba de una empresa de propiedad de la familia ROCKEFELLER, la cual concentraba el 90% del mercado del combustible y a la cual la Corte obligó a escindirse en treinta y cuatro compañías diferentes”⁶⁰.

Ahora bien, luego de contextualizarnos en el tema, debemos referirnos a la regulación Norteamericana en el asunto específico de las cláusulas o pactos de exclusividad que es el tema central del presente estudio. Al respecto debe empezarse haciendo referencia a Ley Clayton de 1914 expedida por el congreso de los Estados Unidos, con la cual se buscaba puntualizar y especificar más en conductas concretas que debían ser sancionadas por los tribunales de justicia, y de esta manera matizar en cierto modo el carácter general y abstracto de la Ley Sherman, con el fin de facilitar la aplicación de la legislación “antitrust” la cual se había visto diezmada ante la dificultad de los jueces para interpretar y aplicar la Ley Sherman. Haciendo referencia ya a los postulados contenidos en esta norma, es importante remitirnos a lo que al respecto plantea ALFONSO MIRANDA, en el sentido de que las principales características de los postulados en mención son las siguientes:

“§2: Esta sección, que trataba sobre la discriminación de precios, fue derogada por la Ley ROBINSON . PATMAN en 1936.

§3: Prohíbe ofrecer descuentos o tratos preferenciales a los consumidores.

§7: Prohíbe las fusiones y las adquisiciones entre empresas competidoras, cuando tales fusiones o adquisiciones tengan el efecto de restringir la competencia o de formar un monopolio.

⁶⁰ KOVACIC, WILLIAM y SHAPIRO, CARL, “*Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*”, Competition Policy Center, University of California, Berkeley, 1999. Citado y traducido por Alfonso Miranda Londoño y Juan David Gutiérrez Rodríguez en “Fundamentos Económicos Del Derecho De La Competencia: Los Beneficios Del Monopolio Vs. Los Beneficios De La Competencia”. Pag. 17 Bogota D.C 2006. http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/8Fundamentos.pdf Documento Consultado el 3 de Junio de 2013.

§8: Establece un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los miembros de las juntas directivas de las empresas del sector real de la economía”⁶¹.

Respecto del §3es importante agregar que tales descuentos o tratos preferenciales a los consumidores deben ser otorgados bajo la condición o con el limitante de no adquirir o consumir el producto de la competencia, lo que deja entrever que acá se limita la celebración o constitución de pactos o acuerdos de exclusividad a cambio de la recepción de beneficios en materia de precios o condiciones de suministro, siendo este acápite de la mencionada Ley el que regula la materia que importa para nuestros efectos; regulación ésta que aún hoy en día produce plenos efectos y que constituye un referente normativo que debe orientar el actuar de los tribunales de justicia en punto a las conductas que se sancionan por ser nocivas para la libre competencia.

Hay que precisar sobre la aplicación de este precepto, que por tratarse de una restricción vertical, los casos que se enmarcan dentro de su supuesto han sido analizados bajo la regla de la razón, es decir, se entran a estudiar las circunstancias y hechos propios que rodean cada situación en particular, en lugar de remitirse a una presunción en punto al efecto anticompetitivo de la misma como sucedería si se aplicara la regla *per se*, lo que tiene una importante repercusión en el aspecto probatorio de la parte investigada pues esta podrá demostrar que el acuerdo o pacto de exclusividad supone, por ejemplo, una eficiencia que termina trasladándose a los consumidores y por ende esta no es contraria a la libre competencia. Al respecto la suprema Corte de los Estados Unidos ha manifestado que “Al aplicarle la Regla de la Razón a una situación determinada, se deben analizar tres aspectos esenciales: La naturaleza, el propósito y el efecto de la restricción a la libre competencia”⁶².

⁶¹Op. Cit Miranda Londoño, Alfonso. Pag 6. <http://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/ anotaciones-sobre-derecho-ntimonopolistico-de-e-e-u-u-alfonso-miranda-londono.pdf> Documento Consultado el 3 de Junio de 2013.

⁶² Standard Oil Co. v. United States. 221 U.S. 1 (1911). Citado y traducido por Alfonso Miranda Londoño en “Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados unidos de Norteamérica”. Pag. 12. Bogotá D.C Septiembre de 1992. <http://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/ anotaciones-sobre-derecho-ntimonopolistico-de-e-e-u-u-alfonso-miranda-londono.pdf> Documento Consultado el 3 de Junio de 2013.

Ahora bien, no podemos dejar de referirnos a fallos concretos que han marcado hitos en cuanto a la posición jurisprudencial, pues es el desarrollo jurisprudencial el que orienta un sistema basado en el precedente como lo es el norteamericano. Por tal razón, en primer lugar, hay que hacer referencia a un pronunciamiento de gran importancia emitido por la Suprema Corte en relación con las cláusulas de exclusividad, que fue aquel con ocasión del caso de *Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co.*, y en el cual manifestó al respecto que “para determinar el potencial poder de exclusión de un determinado contrato es necesario ponderar su efecto probable en el mercado respectivo, teniendo en consideración el poder de mercado de cada una de las partes en conflicto, la porción de negocios afectados por la práctica en comparación con el total de negocios del mercado y el potencial efecto del contrato de exclusión sobre la competencia actual o futura. En este caso, la Corte consideró legal un contrato que obligaba a Tampa a comprarle al demandado todo el carbón necesario Para su generador eléctrico durante un período de 20 años, debido a que la práctica no llegaba a afectar el 15% del mercado relevante del carbón”⁶³.

Finalmente, hay que hacer mención al pronunciamiento de la Suprema Corte en el famoso caso de *Continental T.V Vs GTE Sylvania*, pues es este el que establece el precedente que todavía en nuestros días deben observar los tribunales de justicia norteamericanos cuando conozcan de casos similares a este. En este caso, GTE Sylvania, era un productor de televisores con una participación cercana al 2% del mercado. Como estrategia para incrementar su participación en el mismo celebró pactos de exclusividad con sus distribuidores (entre ellos la demandante Continental T.V), con el fin de repartir el mercado geográficamente y así poder competir de manera más agresiva con otras marcas, de manera tal que en el área donde un distribuidor tenía la exclusividad, no podía entrar otro distribuidor a vender los televisores producidos por GTE Sylvania. Sin embargo, llegó un momento en que otro distribuidor dentro del territorio asignado a Continental T.V empezó a vender con la autorización de GTE Sylvania,

⁶³ Op. Cit Miranda Londoño Alfonso, Pag 24. <http://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/ anotaciones-sobre-derecho-ntimonopolistico-de-e-e-u-u-alfonso-miranda-londono.pdf> Documento Consultado el 4 de Junio de 2013

y, como represalia, Continental abrió una sucursal para la distribución en un área fuera del territorio que le correspondía, por lo que GTE Sylvania comenzó a disminuir paulatinamente los niveles de suministro hasta el punto de anularlos y así dar por terminada la franquicia, lo que llevó a Continental T.V a demandar.

En relación con este caso, y para los efectos que en este momento interesan, basta con decir que la Corte manifestó que este tipo de acuerdos no pueden considerarse ilegales per se, pues si bien genera una disminución de la competencia entre la misma marca, deben tenerse en cuenta y ponderarse los efectos positivos que estos puedan implicar para la competencia entre marcas diferentes, lo que a la larga generaría un beneficio mayor para el consumidor final. Al respecto se dijo en el fallo que “aunque las restricciones verticales de tipo territorial podían restringir la competencia entre los distribuidores de la misma marca de un producto, bajo la Regla de la Razón serían declaradas legales cuando se demostrara que producían el efecto de incrementar la competencia con otras marcas dentro del mercado relevante”⁶⁴, lo que lleva a la conclusión obligada de que el sistema de análisis aplicable para este tipo de casos es la regla de la razón, la cual se explicara en detalle más adelante.

5.2.2 El Derecho De La Competencia En La Unión Europea

El derecho a la competencia consagrado en la Unión Europea se caracteriza por tener un antecedente jurídico anómalo, debido a que su evolución se dio de manera distinta en cada país, generando una diversidad de legislaciones sobre el tema que tuvieron un desarrollo local en primera instancia.

Como hecho hito que dio paso al comienzo del proceso de consolidación del derecho a la competencia en Europa se puede nombrar la firma del tratado de Roma el 25 de marzo de 1957 (tratado Constitutivo

⁶⁴ Op Cit. Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert. Pag. 315. Puede verse el texto del caso.433 U.S. 36 (1977). Citado por Alfonso Miranda Londoño en “Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica”. Bogotá D.C Septiembre de 1992. <http://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/ anotaciones-sobre-derecho-antimonopolistico-de-e-e-u-u-alfonso-miranda-londono.pdf> Documento Consultado el 3 de Junio de 2013

de la Comunidad Económica Europea). Este tratado le dio un sentido teleológico a las normas europeas y en especial al derecho a la competencia, ya que trataba de unificar la economía de todos los países que conformaban dicha Unión, lo cual le asignaba una especial diferencia con la normatividad jurídica de otros países y continentes. Además de esta distinción, es posible afirmar según los postulados de varios autores que “Europa y varios países de América Latina han escogido un sistema administrativo de antitrust que tiende a ser más simple y rápido”, que el consagrado en Estados Unidos⁶⁵.

A grandes rasgos, es posible decir que en la Unión Europea se establecen de manera taxativa las conductas que deben ser penadas, con ciertas excepciones igualmente contempladas de manera positiva. De igual forma se exige que dichas acciones transgredan el interés general, y por tal razón sean impugnables ante el Tribunal de la Unión Europea.

El Artículo 101 del El tratado Constitutivo de la Unión Europea proporciona la prohibición general de conductas anticompetitivas y un catálogo de prácticas y acuerdos prohibidos: “Quedan prohibidos y son nulos de pleno derecho todos los acuerdos entre empresas (incluidas las "asociaciones" y "prácticas concertadas") que tienen como objeto o por efecto restringir el juego de la competencia y que puedan afectar al comercio intracomunitario. En el artículo se ilustra con los siguientes ejemplos:

“(...)-la fijación de precios;

-la limitación y el control de la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

-el reparto de los mercados o de las fuentes de abastecimiento;

-la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes;

⁶⁵ Miranda Londoño, Alfonso y Gutiérrez Rodríguez, Juan David. “Fundamentos Económicos Del Derecho De La Competencia: Los Beneficios Del Monopolio Vs. Los Beneficios De La Competencia”. Pág. 11. Bogotá D.C 2006.

-la imposición en un contrato de prestaciones suplementarias que no guarden relación alguna con el objeto principal (...)"⁶⁶.

Para entender de manera idónea el paradigma acogido en el derecho a la competencia de la Unión Europea es imprescindible tener en cuenta el funcionamiento básico del artículo 101 del Tratado de Roma o, dicho de otro modo, del derecho comunitario de la competencia, que como se dijo en líneas previas funciona bajo un esquema regla-excepción; de modo que el Tratado enumera unas determinadas conductas en el Artículo 101.1 que resultan prohibidas con carácter general y después enuncia un conglomerado de supuestos o circunstancias en el Artículo 101.3 en que dichas prácticas censuradas pueden ser autorizadas o declaradas lícitas a la luz de los principios del Derecho a la Competencia Europeo. De esta manera se excusan de la regla general que es la prohibición, y se aprueban los acuerdos de exclusividad que en la medida de su aporte se consideren como positivos y que contribuyen al progreso de la producción o la distribución, y a la economía en general. En conclusión, la forma en que se observa la legalidad de los acuerdos de exclusividad específicamente (y nada alejado de lo explicado en líneas previas) en la unión europea es bajo la perspectiva de una posible conveniencia, por lo cual en casos de cláusulas de exclusividad en contratos de distribución o franquicias, y en general en las relaciones horizontales y verticales entre los diferentes agentes del mercado se requiere de forma imperativa que tenga un sentido de integración de los diversos sistemas económicos de los países que forman la Unión europea, se eviten conflictos, se haga un uso adecuado de los recursos sin afectar al consumidor, y se promueva el desarrollo económico de la mayoría de comerciantes posibles de los diversos países europeos

Por otro lado, el Artículo 82 Prohíbe de manera tajante y absoluta el abuso de la posición de dominio, dado que se da por sentado que resulta discordante con el mercado común en la medida en que pueda afectar al comercio entre los estados miembros.

⁶⁶ http://www.europarl.europa.eu/factsheets/3_3_1_es.htm, consultado el martes 2de junio de 2013 a las 15:44 pm

De igual forma y Considerando que, para la realización de los fines del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, la letra f del artículo 3 asigna como objetivo a la Comunidad “*el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común*”, se dispone una Regulación sobre concentraciones empresariales la cual se ve consagrada mediante el Reglamento No. 4064 de 1989, que a su vez fue reformado por el Reglamento No 139 de 2004 del Consejo, del 20 de enero de 2004, que abarca de igual manera el tema de las concentraciones entre empresas y establece un conjunto de reglas que sirven para evaluar si una concentración podría llegar a vulnerar el derecho a la competencia en un respectivo mercado relevante o no. En específico, la reforma tiene como punto neurálgico el establecer el criterio de “*Substantially lessening competition*” para poder alegar que la concentración de empresas resulta violatoria del derecho a la competencia, cuando generaba una posición de dominio o la robustecía; caso en el cual se volvía imperativo examinar el daño que la concentración podía causar a la estructura competitiva del mercado.

En palabras del autor Alfonso Miranda: “El criterio anterior (test de dominancia) consistía en que una concentración debía ser objetada cuando creaba o reforzaba una posición dominante, para lo cual se debía analizar“<<el daño que la operación podía causar a la estructura competitiva del mercado y no si la misma tenía por efecto reducir el grado de competencia entre los operadores, con independencia de que creara o no una situación de dominio>>.

La reforma incorporó un criterio más estricto conocido como disminución sustancial de la competencia (en inglés, *Substantially Lessening Competition*). De conformidad con este criterio deberá objetarse una operación que pueda<<Obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular cuando ello resulte de la creación o refuerzo de una posición dominante>>”⁶⁷.

⁶⁷Op. Cit. Miranda Londoño, Alfonso y Gutiérrez Rodríguez, Juan David. Pág. 39

5.2.3 América Latina Y El Caribe

Latinoamérica ha sufrido un proceso largo y pausado para consolidar su legislación sobre el derecho a la competencia. En una instancia inicial hubo una expedición de Leyes entre el año 1919 y 1962⁶⁸, sin embargo no tuvieron gran auge debido al incumplimiento efectivo de países como Argentina, México, Colombia, Chile y Brasil. Posteriormente se dio una etapa de expedición y reforma de leyes en la década de los noventa, que tuvo como principal resultado una transformación de ideología, dejando de ser un modelo proteccionista, volviéndose más liberal, y optando por el de apertura económica. Es de esta manera, que los países latinoamericanos, y en específico Colombia implementan mecanismos para la ejecución de sus nuevas legislaciones sobre el Derecho a la Competencia, entre los cuales se destaca la creación de autoridades de competencia⁶⁹ dotadas de funciones administrativas o judiciales.

Por último, entre el año 2000 y 2006 se dio la tercera etapa de expedición y propuestas de reforma de leyes⁷⁰, en la cual se crearon nuevas normas en países como Barbados, Uruguay, El Salvador y San Vicente y la Granadinas; se presentaron reformas en: Colombia, Argentina, Perú, Venezuela y Panamá. Es de resaltar la Reforma de Normativa Andina que también se dio en esa etapa, en la cual se ejerce presión internacional en virtud de tratados regionales de integración o libre comercio que incluyen cláusulas sobre políticas de competencia, las cuales habían sido firmados por una serie de países y por tal adquirirían la inequívoca obligación de legislar para acomodarse a el modelo de sus respectivos tratados, además, no debe perderse de vista que hoy en día, la armonización y positivización de las

⁶⁸ Miranda Londoño, Alfonso. *“Derecho de la Competencia aplicado al sector financiero”*. X Congreso de Derecho Financiero. Bogotá D.C Octubre de 2011. centrocedec.files.wordpress.com/.../competencia-sector-financiero1.ppt, visto el martes 2 de julio a las 16: 08.

⁶⁹ Las autoridades encargadas de la aplicación de las normas sobre la competencia comercial, han sido sucesivamente el Ministerio de Fomento (Ley 155 de 1959); la Superintendencia de Regulación Económica (Decreto 3.307 de 1963); la Superintendencia de Sociedades (Decreto 2.562 de 1968); y por último la Superintendencia de Industria y Comercio (Decreto 149 de 1976).

⁷⁰Op. Cit. Miranda Londoño, Alfonso. centrocedec.files.wordpress.com/.../competencia-sector-financiero1.ppt, visto el martes 2 de julio a las 16: 08

distintas normas y costumbres mediante la definición multilateral de reglas comunes sobre política de competencia es un importante reto para el futuro del Derecho de la Competencia en Latinoamérica.

Por último, También los acuerdos supranacionales han jugado un papel importante, la Comunidad Andina de Naciones “CAN” a través de la Decisión 285 de 1991, cuyos errores fueron resueltos con la nueva Decisión 608 de 2005 (que es la norma nacional de competencia en Bolivia y Ecuador) estableció un marco de referencia, al igual que Mercado Común del Sur (MERCOSUR, Comunidad del Caribe y Mercado Común (en inglés, Caribbea Community and Common Market - CARICOM) Mercado Común Centroamericano (MCCA), Tratado de Libre Comercio del Atlántico Norte (TLCAN).

Sobre lo anterior vale la pena anotar que el régimen antitrust de la Comunidad Andina de Naciones “CAN” estructurado actualmente permite otorgar la oportunidad a los países miembros de dicha comunidad que tengan ausencia de regulación interna en lo referente al derecho a la competencia, la facultad de aplicar las “prohibiciones de la Decisión 608 a conductas restrictivas de la competencia de relevancia en el ámbito estrictamente estatal”.⁷¹ Este presupuesto asume fundamental importancia para países como Bolivia y Ecuador, que se caracterizan por no tener consolidada una legislación sobre el derecho a la Competencia⁷².

Ecuador

No obstante la Constitución de la República de Ecuador de 10 de agosto de 1998⁷³, El derecho a la competencia en Ecuador se ha visto limitado por la coyuntura política, económica y social; las cuales generan un ambiente espinoso para la expedición de la mencionada normatividad. En la última década,

⁷¹Boletín Latinoamericano de Competencia. http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_21_2.pdf visitado el martes 2 de julio de 2013, a las 16:21 pm.

⁷² Artículo 49 de la Decisión 608 (para Bolivia). En cuanto a Ecuador, la corrección del extraño régimen transitorio previsto en el artículo 51 de la Decisión 608, y la facultad de aplicarla mientras no exista derecho interno de defensa de la competencia, se contienen en la Decisión 616, entrada en vigencia de la decisión 608 para la República de Ecuador, de 15 de julio de 2005 (Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena nº 1221, de 25 de julio de 2005, pág. 3).

⁷³ El artículo 244 De la Constitución “Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: [...] 3. Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan o distorsionen.”

ha habido una clara disposición para establecer un ordenamiento jurídico que contemple un derecho a la competencia claro y consolidado, tanto así que “el número de proyectos de Ley se dispara hasta el punto de existir iniciativas paralelas simultáneas patrocinadas por distintos actores en el panorama político ecuatoriano”⁷⁴.

Las principales razones para afirmar que no se ha logrado un proyecto solidificado del Derecho a la Competencia en Ecuador son la renuencia que al respecto presenta el gremio de empresarios ecuatorianos y algunos sectores de la política. A grandes rasgos, estas aversiones se fundamentan en la facultad que daría una legislación sobre el derecho de la competencia a las entidades estatales, que de manera evidente conferirían nuevos poderes de intervención en la economía, en el comercio, y en las dinámicas empresariales locales, lo cual consecuentemente no gusta para nada a los empresarios, pues habría más poder de intervención y control sobre estos.⁷⁵

Perú

El ordenamiento peruano si tiene contemplado un conjunto de reglas que componen varios sectores de protección al mercado, lo que muchos autores han denominado El “Derecho Ordenador del Mercado”, que consiste básicamente en “regular los derechos y obligaciones de los agentes económicos (los particulares y el Estado) en el mercado o tráfico económico”⁷⁶.

Es de esta forma que la legislación peruana consagra cinco (5) sectores en los que centra su regulación, y les da un énfasis de gran magnitud pues en ellos ve interiorizado todo lo que respecta a su mercado y comercio entre empresas. Estos son los conjuntos de regulaciones: el Derecho de la Libre Competencia; el Derecho de la Protección al Consumidor; el Derecho de la Represión de la

⁷⁴ Op. Cit. http://ec.europa.eu/competition/publications/bc/boletin_21_2.pdf visitado el martes 2 de julio de 2013, a las 16:56 pm.

⁷⁵ Op. Cit. http://ec.europa.eu/competition/publications/bc/boletin_21_2.pdf visitado el martes 2 de julio de 2013, a las 16:43 pm.

⁷⁶ Díez Canseco, Luis. “Función Regulatoria, Promoción de la Competencia y Legislación Antimonopólica”. En: *Thémis Revista de Derecho*, No. 36. Lima, 1997, p. 41.

Competencia Desleal; el Derecho de la Publicidad y los Derechos de Propiedad Intelectual (derechos de propiedad industrial y derechos de autor).

Al igual que otros países, admite el acuerdo de cláusulas de exclusividad, debido a que considera que en varias circunstancias pueden llegar a no ser nocivas, ni afectar la libre competencia, caso en el cual se da paso a la voluntad privada y se admite que se pacten razón por la cual las cláusulas de exclusividad pueden o no ser acordadas en algunos tipos de contratos como el de distribución. Sobre esto en específico hay que puntualizar que en las discusiones sobre la legalidad de los pactos de exclusividad en Perú se debe tener en cuenta si son productos de alta técnica o suntuarios, caso en el cual el pacto en un principio tendrá menos discusión en su legalidad, no siendo así en el caso de los productos usuales, que son los que normalmente se comercializan en los supermercados, y limitar su distribución llegaría a contrariar los principios de la libre competencia.

5.3 Acuerdos Verticales

5.3.1 Concepto

El desarrollo que han experimentado los procesos productivos como consecuencia de la incesante industrialización y la globalización de los mercados, han llevado a que los productores, por cuestiones prácticas y de reducción de costos, no sean quienes distribuyen o comercializan los productos que fabrican, sino que encomiendan esta labor a otros agentes que forman parte de otro eslabón del proceso productivo, como lo son por nombrar algunos, los agentes, las franquicias, o los meros distribuidores; ello dependerá de la naturaleza del producto, del mercado, así como de si se trata de un bien o un servicio.

Es precisamente en este contexto en donde cobran gran importancia los acuerdos verticales, entendidos como “aquellos ejercidos por una o más personas en forma unilateral o concertada, y dirigidos contra

(o realizadas en conjunto con) empresas o personas que se encuentran en un nivel diferente del proceso productivo. Se trata de prácticas o acuerdos entre un productor y un distribuidor, o entre un vendedor mayorista y otro detallista, o en general entre dos empresas que operan e secuencia en una cadena de producción y distribución de un bien”⁷⁷. En relación con estos acuerdos de tipo vertical, es importante precisar que las autoridades de competencia no solo en el ámbito local sino que en otras latitudes, han mostrado ser más permisivas en relación con la celebración de estos, así como más flexibles al momento de analizar la ilicitud o licitud de los mismas, aplicándoles en la mayoría de los casos la denominada regla de la razón⁷⁸, en contra posición a como ocurre con los acuerdos de carácter horizontal los cuales se consideran ilegales *per se*, lo que hace que no se tome en cuenta al momento de defenderse ningún argumento encaminado a demostrar la generación de eficiencias, sino que la única defensa valida sea demostrar que no se incurrió en la celebración del acuerdo. Respecto de la regla de la razón vale la pena puntualizar que “Este sistema sirve para analizar todos aquellos acuerdos y prácticas cuyo efecto competitivo solamente puede ser evaluado a través del estudio de las características y los hechos peculiares a cada tipo de industria o negocio, de la historia de la práctica restrictiva en cuestión, y de las razones por las cuales se aplicó dicha práctica restrictiva.

Al aplicarle la Regla de la Razón a una situación determinada, se deben analizar tres aspectos esenciales: La naturaleza, el propósito y el efecto de la restricción a la libre competencia”⁷⁹.

Vale la pena citar un ejemplo en el que la Suprema Corte de los Estados Unidos, al estudiar un caso de la existencia de acuerdos verticales por medio de los cuales, un productor asignaba exclusividad en determinado territorio a un distribuidor para la comercialización de su producto, determino que este

⁷⁷ Miranda Londoño, Alfonso. Formas De Control, Colaboración, Competencia Empresarial Y Propiedad Industrial. Ponencia titulada: “*Los Acuerdos Anticompetitivos De Repartición De Mercados*”. Pág. 6. Bogotá D.C Octubre de 1997

⁷⁸ Miranda Londoño, Alfonso Y Gutiérrez Rodríguez, Juan David, “Beneficios del monopolio vs. beneficios de la competencia” en Cedec, IV, Bogotá, pag. 269

⁷⁹ Miranda Londoño, Alfonso. “*Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados unidos de Norteamérica*”. Pág. 12. Bogotá D.C Septiembre de 1992. <http://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/anotaciones-sobre-derecho-antimonopolistico-de-e-e-u-u-alfonso-miranda-londono.pdf> Documento Consultado el 26 de Junio de 2013.

tipo de acuerdos debían ser estudiados bajo el sistema de análisis de la regla de la razón pues no eran ilegales *per se*. Nos referimos al famoso caso de Continental T.V Vs GTE Sylvania, en donde el juez Powell concluyó que “aunque las restricciones verticales de tipo territorial podían restringir la competencia entre los distribuidores de la misma marca de un producto, bajo la Regla de la Razón serían declaradas legales cuando se demostrara que producían el efecto de incrementar la competencia con otras marcas dentro del mercado relevante. Según el juez Powell el incremento en la competencia se presenta debido a que las restricciones verticales dentro de la misma marca, le permiten al fabricante incrementar la eficiencia en la distribución de sus productos”⁸⁰.

5.3.2 Cláusulas de Exclusividad en los Acuerdos Verticales

Hecho este breve análisis en punto a los acuerdos verticales en general, debemos proceder a determinar cuál es su importancia en relación con las cláusulas de exclusividad como tema eje del presente estudio. La respuesta a este interrogante se encuentra sin duda alguna en el hecho de que en la práctica de la actividad económica y comercial, estos pactos se celebran en la mayoría de los casos por no decir que en todos, entre empresas que forman parte de diferentes escalones de la cadena de producción y entre quienes no existe una situación de competencia (por lo general entre productos y distribuidor), pues como es sabido, si se celebran pactos de exclusividad entre competidores, valga decir, de manera horizontal, se incurrirá de inmediato en una práctica restrictiva de la competencia por tratarse de un acuerdo anticompetitivo, cuya ilicitud se presume *per se*. Es precisamente este análisis, así como los demás argumentos que se han esgrimido en los diversos acápite de este estudio, lo que ha llevado a que los pactos o cláusulas de exclusividad sean analizados bajo el imperio de la regla de la razón por parte de nuestros tribunales de justicia y de la Superintendencia de Industria y Comercio, siendo además necesario tomar en cuenta el texto del artículo 19 de la Ley 256 de 1996 el cual establece las circunstancias precisas que deben rodear a los pactos para que sean reprochables, pues este artículo

⁸⁰ Op. Cit Miranda Londoño, Alfonso. Pág. 15. Bogotá D.C Octubre de 1997

solo proscribire, como ya ha quedado de manifiesto de manera reiterada, aquel acuerdo que “es capaz de producir una reducción sustancial de la competencia, bien porque restringe el acceso de los competidores en el mercado, o porque monopoliza la distribución de productos o servicios. En consecuencia, los pactos de exclusividad que no produzcan los efectos anteriormente señalados son lícitos y por tanto el empresario tiene la posibilidad de aprovechar las ventajas que este tipo de pacto ofrece: reducción de costos en economías de escala, mejora los canales de distribución y agilidad en las relaciones comerciales (...)”⁸¹

5.4 Abuso de la posición dominante y cláusulas de exclusividad.

5.4.1 Concepto Posición Dominante

La mayoría de legislaciones no considera los monopolios o la concentración económica, como negativos *per se*, lo que se censura es el abuso de esa posición dominante, prohibiendo que esos monopolios u oligopolios se formen gracias a prácticas restrictivas de la competencia.

Colombia ha asumido en la Constitución Política del 1991⁸², así como de su normatividad derivada, una posición que sigue los lineamientos de la tendencia consagrada en la Unión Europea, la cual establece que la posición de dominio no es *per se* sancionable, y exige la presencia de un abuso injustificado de dicha posición, contrario sensu de la legislación de Estados Unidos que en algunas de

⁸¹ Op. Cit. Almonacid Sierra, Juan Jorge y García Lozada, Nelson. Pág. 278. Bogotá D.C 1998

⁸² Miranda Londoño, Alfonso. Ponencia presentada dentro del Programa de Educación Continuada titulado "ACTUALIZACIÓN SOBRE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA E INTEGRACIONES ECONÓMICAS", celebrado entre los días 26 y 28 de Octubre de 1993 en la Universidad de los Andes. <http://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/abuso-de-la-posicion-dominante-perspectivas-de-la-aplicacion-en-colombia-a-la-luz-del-drecho-comparado-alfonso-miranda-londono.pdf>, visitada el 2 de julio a las 11:03 am: “La nueva constitución le da una gran relevancia a la competencia y constituye un notable avance en este sentido la mención que se hace a las posibilidades de intervención del estado para protegerla. A pesar de lo anterior hubiera sido preferible que la constitución se refiriera al control o la prohibición de las prácticas restrictivas de la competencia de manera general, en lugar de hacer énfasis sobre una de las subespecies de este tipo de prácticas, como es el abuso de la posición dominante en el mercado”.

sus etapas ha repudiado automáticamente la constitución de una posición dominante en cualquier mercado.

El Tratado de Roma en su Artículo 102, consagra la definición de la posición de dominio, expresando que es: “una posición de fuerza económica de la que goza una empresa que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante, posibilitándole comportarse en una medida apreciable, independientemente de sus competidores y clientes y en definitiva de los consumidores”⁸³.

El legislador Colombiano ha establecido el marco conceptual que da lugar a la definición de lo que se considera como “posición dominante”. Es de esta manera que el artículo 44 numeral 5 del Decreto 2153/92, norma que ostenta fuerza de Ley en razón de haber sido dictada por el Gobierno en ejercicio de las competencias fijadas en el artículo 20 transitorio de la Constitución, establece el significado de posición de dominio en el ámbito del derecho a la competencia⁸⁴. La definición que comprende es la siguiente:

“Posición Dominante: La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”.

En otras palabras lo que quiere decir es que la persona que se encuentra en una situación de posición de dominio puede actuar en el mercado sin importar que pase con los productores o consumidores, apaleando a la independencia que le otorga su situación especial, determinando las condiciones del mercado, ya sean precios o cantidades.

⁸³ Tratado de Roma. Artículo 102

⁸⁴ Op. Cit. Miranda Londoño, Alfonso. “Con base en las facultades que el Artículo Transitorio 20 de la CP le otorgara al Gobierno para suprimir, fusionar o reestructurar las entidades de la rama ejecutiva, “con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional...”, el Presidente de la República expidió el Decreto 2153 de 1992, “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”.

La superintendencia de industria y comercio no se alejó de la definición dada en los ordenamientos jurídicos de diferentes países, y en su concepto número 01079812, expedido el 23 de octubre de 2001 sentó su postura y expresó que *“existe posición de dominio cuando un agente económico ostenta un 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”*⁸⁵.

De igual forma, la Corte Constitucional se pronunció diciendo que: *“A partir de las regulaciones contenidas en el Decreto 2153/92, existe posición dominante cuando uno de sus oferentes, en razón de su grado de participación, tiene la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado. La posición dominante no puede considerarse, en sí misma, como una infracción al derecho de competencia, restringiéndose tal afectación a los comportamientos del agente constitutivos de abuso de la posición de dominio”*⁸⁶

De lo anterior se colige que, la posición de dominio no es intrínsecamente negativa ni sancionable, puesto que para que se sancione se requiere: que haya posición de dominio y que se abuse de dicha posición, de tal manera que no se puede sancionar el hecho de la posición dominante como tal, pues hace que la conducta reprochable sólo sea sancionable para algunos. En conclusión, No es malo tener esa posición, y por ende por la simple conducta no hay abuso, lo cual también se encuentra fundamentado en el marco de protección de la libertad de empresa y competencia de las personas⁸⁷.

⁸⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 01079812. 23 de Octubre de 2001

⁸⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-228/10, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

⁸⁷ Miranda Londoño, Alfonso. *“Abuso de la Posición Dominante: Perspectivas de la Aplicación en Colombia a la Luz del Derecho Comparado”*: “Para que la economía de mercado pueda funcionar de manera eficiente, es necesario que el Estado garantice dentro de límites razonables, ciertos derechos económicos fundamentales, tales como la propiedad privada, la libertad de empresa y la iniciativa privada, la libertad para escoger profesión u oficio, la libertad de asociación, y de manera principal, la libertad de competencia económica.

De esta forma es posible identificar tres elementos comunes a todas las concepciones que sobre la posición dominante se han expuesto:

1. Existencia un sujeto económicos que pueda ejercer posición de dominio sobre los demás.

Es evidente que se necesita que un empresario, u agente económico tenga las cualidades económicas y estratégicas para poder actuar de manera independiente, y además determinar las condiciones objetivas de un mercado; la doctrina ha expresado que esta persona puede ser una empresa o persona natural; sin embargo también existe la discusión acerca del ejercicio de la posición dominante colectiva, cuando se da por un conjunto de empresas que actúan independientemente y alteran la libre competencia. Al respecto, países como Francia han reconocido la posibilidad de una interdependencia económica entre empresas, que derive en el ejercicio de una posición dominante colectiva, que se caracteriza porque no hay un pacto anterior para desempeñar sus acciones de esa manera. En la doctrina Estadounidense se habla de un acuerdo entre un reducido grupo de empresas, en donde todas interfieren en el mercado, e influye en que se genere o no competencia entre los agentes que intervienen en ese mercado concreto. Lo que caracteriza esta forma de abuso es que es un acuerdo, de posición dominante, entre un grupo reducido de empresas y con una idea unificada que afecta la competencia, aun cuando se distancian por el último criterio mencionado, pues en los dos casos, tanto el francés como el Norte americano, el sujeto activo es plural y conjuntamente se ven beneficiados.

El abuso del poder monopolístico, la realización de prácticas restrictivas de la competencia y la ejecución de actos desleales de comercio, constituyen "conductas patológicas", que surgen de manera espontánea sin que las leyes naturales del mercado puedan corregirlas o suprimirlas, y que por el contrario le introducen importantes elementos de distorsión y desequilibrio. Estas conductas que hemos llamado patológicas, deben ser reprimidas por el Estado, con el objeto de garantizar la libertad de competencia y la subsistencia misma de la economía de mercado.

La problemática del abuso de la posición dominante en el mercado se encuentra íntimamente ligada en Colombia, a la constante histórica de la concentración de la propiedad y por consiguiente de los mercados. La concentración de los mercados es considerada en aquellos países que nos han precedido en el desarrollo y análisis del Derecho de la Competencia, como un factor importante en la formación de empresas con posición dominante en el mercado, que eventualmente pueden incurrir en abusos de dicha posición y generar importantes desigualdades de tipo económico y social, con gran perjuicio para la estabilidad económica, social y política del país".

En Colombia la discusión doctrinal se ha dado, pero se ha optado mayoritariamente por decir que la actuación colectiva y con independencia de lo que hagan los demás debe ser analizado como un cartel, y por ello se va por la norma referente a los acuerdos restrictivos de la competencia.

2. Afectación real y constante del agente sobre el mercado.

El agente económico que ostenta la posición de dominio debe ejercer ciertas actuaciones que permitan determinar si su independencia como tal es real, o simplemente era una mera sospecha, de tal manera que las autoridades de control, al igual que sus competidores requieren que la empresa en posición de dominio ejerza una injerencia inequívoca, unilateral, directa o indirecta en las condiciones del mercado.

3. Mercado relevante susceptible de ser dominado

En este orden de ideas es necesario determinar cuándo hay o no posición de dominio en un mercado relevante, y es por esto que por medio de doctrina, resoluciones, jurisprudencia y la Ley se ha procurado estructurar unos criterios que permitan saber cuándo estamos frente a esta circunstancia en los diferentes mercados. Para ver si hay posición dominante ⁸⁸ es imperativo realizar lo que comúnmente se ha conocido como la *Determinación Del Mercado*, que a su vez obliga a la identificación del *Mercado del producto* y el *Mercado Geográfico*.

⁸⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-375 del 12 de Marzo de 1997. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. El demandante expone que varios bloques adquiridos a TERPEL tenían un peso inferior al indicado, razón por la cual acudió a la Inspección de Precios, Pesas y Medidas de Florencia. A raíz de tales acciones TERPEL tomó la decisión de suspenderle la venta de parafina, lo cual le ha traído graves perjuicios, toda vez que es el único distribuidor del producto (tanto nacional como Chino) en la región. Hecho que lo motivó a interponer acción de tutela, buscando la protección de sus derechos a la igualdad y al trabajo.

(...) Aunque el tamaño de la empresa y su alto porcentaje de control sobre un porcentaje importante del mercado, normalmente se asocian a una posición dominante, no pueden ser ellos los únicos elementos para efectuar dicha calificación. En un mercado pueden incidir muchos otros criterios y coyunturas que no son ajenos a la entronización de un poder material de control. Desde el punto de vista geográfico, no es necesario que la posición dominante se extienda a todo el mercado nacional.(...) La determinación del mercado, para los efectos de calificar la existencia de una posición dominante, no sólo se precisa a partir de las coordenadas geográficas, sino también con base en el producto o bien materia de transacción(...).

El Mercado del Producto se refiere a los productos que son competidores entre sí, lo cual es de esa manera debido a que aglutinan una serie de características. Sobre esto se podría decir que se requiere que reúnan tres factores que ha establecido la doctrina: 1. los mismos atributos físicos o químicos, 2. Que los productos sujetos a comparación cumplan las mismas funciones, lo cual los hace semejantes, y 3. Que además tengan una clara semejanza de precio, la cual se observa que sea entre el 5 al 10% por encima o debajo del otro bien, esto quiere decir que si se aumenta entre un 5 y 10% el precio de un bien y la gente se traslada a consumir otro, es un bien sustituto, el cual es un modelo denominado “*TEST S.S.N.I.P*” que ha sido arduamente criticado por diferentes sectores de la doctrina, pues dicen que mira exclusivamente factores objetivos.

Por otro lado, con el Mercado Geográfico se busca establecer si con un aumento en el precio pueden llegar otros productores de un producto similar a competir; ya sean marcas regionales, nacionales o internacionales. En otras palabras son puntos geográficos desde los cuales las personas pueden presentar ofertas que compitan con el producto, y la real posibilidad de los productores de enfrentar a la competencia, razón por la cual no solo se analiza respecto de los competidores actuales, sino además de los potenciales.

Posteriormente, el paso a seguir para la identificación de una posición de dominio en un mercado relevante, y a posteriori el abuso de esta misma, resulta imperativo determinar la *PARTICIPACIÓN EN EL MERCADO*, lo cual se hace mediante la medición del porcentaje que representa un comerciante en un respectivo mercado. No sobra aclarar que puede darse que un productor ostente la mayoría de participación sin posición de dominio y viceversa pues lo que realmente importa en el análisis del abuso de posición dominante es si puede o no tomar decisiones sin considerar nada más de manera independiente. Es necesario dejar claro que la participación en el mercado no es el único factor para determinar la posición de dominio; también es posible evidenciar la conducta de establecer precios predatorios (vender por debajo de costos), sin perjuicio de que este no es el único factor determinante,

ya que hay que sumar cualquier otro que permita corroborar la existencia de dicha posición, y en este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional expresando que *“Aunque el tamaño de la empresa y su alto porcentaje de control sobre un porcentaje importante del mercado, normalmente se asocian a una posición dominante, no pueden ser ellos los únicos elementos para efectuar dicha calificación”*.⁸⁹

5.4.2 Ejercicio Abusivo de la Posición Dominante

Como ya se dijo en líneas previas, la posición de dominio por sí sola no es sancionable por el ordenamiento jurídico colombiano, puesto que es propio de la competencia que los competidores quieran tener la posición de dominio en el mercado, sin embargo si es un presupuesto para que se dé un abuso de dicha calidad.

La doctrina siguiendo los lineamientos de la Ley y los decretos ha establecido dos criterios fundamentales para poder afirmar que se está en presencia de un abuso de la posición dominante, estos son 1. Que haya una real y efectiva posición de dominio, lo cual como ya se dijo, es a grandes rasgos la posibilidad de determinar por si solo las condiciones del mercado, de afectarlo, sin consideración de ningún otro competidor, ya sea directa o indirectamente; 2. Y el segundo criterio hace referencia a un mal uso de dicha posición, lo cual es entendido como el abuso, y es básicamente cuando se incurre en una de las conductas tipificadas de manera taxativa o cuando se restringe la libre competencia.

5.4.3 Ley 155 de 1959

El primer acercamiento legal al tema de la posición dominante es posible evidenciarlo en la Ley 155 de 1959⁹⁰, en la cual tipifica en el artículo 1 una cláusula general de competencia. La disposición

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ Op. Cit. Miranda Londoño, Alfonso. *Abuso de la Posición Dominante: Perspectivas de la Aplicación en Colombia a la Luz del Derecho Comparado.* A pesar de que en general se ha reconocido que la Ley 155 de 1959 responde a criterios técnicos que eventualmente hubieran permitido su aplicación con el objeto de controlar las prácticas restrictivas de la competencia y los abusos en que han incurrido los monopolistas, las autoridades competentes no la aplicaron ni generaron jamás la conciencia de su existencia entre los comerciantes, el autor considera que fueron 4 los elementos determinantes de dicha situación: 1.) La falta de voluntad política de los distintos gobiernos o autoridades, que no estaban

establece lo siguiente:

“ARTICULO 1º. Modificado por el art. 1, Decreto 3307 de 1963. El nuevo texto es el siguiente: Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

PARÁGRAFO. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.

ARTICULO 2. 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”.

De igual manera, el Artículo 2 de la misma Ley citado líneas atrás, contiene un concepto general que hace referencia a la participación que tiene un agente económico en el mercado; sin embargo esta disposición, ha entendido la doctrina, que no es una aplicación directa de la regla “*per se*”, de tal manera que si se quiere determinar si una empresa tiene posición dominante, no se puede exclusivamente guiarse por el criterio de participación en el mercado, pues esto no implica de manera ineludible que el agente ostente una posición de dominio.

dispuestos a entrar en confrontación directa con los poderosos grupos de interés económico existentes en el país; 2.) La ausencia de una política de promoción de la competencia, como consecuencia del esquema económico proteccionista que rigió al país por varias décadas. 3.) La carencia por parte de las entidades encargadas en los distintos momentos históricos, de los instrumentos técnicos y del equipo humano necesario para implementar unas normas que requieren de complejos análisis econométricos y de cierta sofisticación académica. 4.) Por último han señalado los estudiosos del tema, un defecto estructural de la legislación, que tiene que ver con el desarrollo del párrafo del art. 1 Ley 155 de 1959, por medio del art. 1 Decreto 1302 de 1964.

5.4.4 Decreto 2153 de 1992

Sobre el Decreto 2153 de 1992 hay varios aspectos que mencionar para entender de manera idónea lo que realmente se quería con su expedición, así como para determinar lo que efectivamente se logró. El decreto abarca las Prácticas Restrictivas en el Sector Real, y crea tres dependencias dentro de la SIC, una de esas es la Superintendencia Delegada para la Promoción de la Competencia, de ella depende la División de Promoción de la Competencia, grupo interdisciplinario de profesionales que ayudará al Superintendente Delegado a adelantar las investigaciones.

A grandes rasgos acoge los procedimientos administrativos descritos en el Código Contencioso Administrativo. Se actualizan las sanciones que el Superintendente puede imponer a los infractores, así como la posibilidad que tiene de decidir sobre la terminación de las investigaciones, cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

Además de esto, establece un inventario, dejando la claridad de que no estipula una prelación en la aplicación de uno u otro criterio, de tal manera que corresponde Superintendente delegado asumir que posición acogerá. Por último, consagra los propósitos del mismo decreto en el Artículo 2, los cuales son “(...) mejorar eficiencia; consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; empresas puedan participar libremente en los mercados; y, en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios ^{91.}”

Específicamente en lo que corresponde a nuestro análisis, el Decreto determinó las conductas que son consideradas como contrarias a la libre competencia, cuando estas se realicen en ejercicio de la posición dominante; lo anterior mediante el establecimiento de criterios que la superintendencia ha

⁹¹ Decreto 2153 de 1992

reiterado y aplicando a lo largo de sus resoluciones, tal y como se logra evidenciar en el caso “Colanta” en la Resolución No 588 de 2003⁹², como una de las más significativas.

La disposición referida estipula lo siguiente:

“ARTICULO 50. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE. Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes 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. (...)

Esta conducta es conocida como la imposición de Precios Predatorios⁹³, y en Colombia no suele darse tanto como otras conductas censuradas, esto debido a que es necesario que el agente económico que opta por realizar una disminución de precios para dejar en quiebra a los demás, debe tener un

⁹² Superintendencia De Industria Y Comercio Resolución 588 De 2002 Por la cual se cierra una investigación iniciada por denuncia de Cámara de la Industria de Alimentos Balanceados de la Asociación Nacional de Industriales, Andi Vs. Cooperativa Colanta Ltda.

⁹³ Archila, María Virginia “El ejercicio abusivo de la Posición de dominio a través de precios predatorios”. Pontificia Universidad Javeriana. Centro de Estudios en Derecho de la Competencia. Revista de derecho de la competencia Vol. 1, No.1 (ene.-dic. 2005), p. 134-222. : “En general, hay utilidades cuando el precio al cual se vende cubre el costo medio total. En el largo plazo, los costos siempre serán menores que en el corto plazo porque la empresa no tiene costos fijos.

Conducta: una empresa afecta unilateralmente los precios manteniéndolos por debajo del nivel de precios competitivos que obliga a los competidores a salir del mercado y luego aumentar sus precios a un nivel monopolístico. Se presume abuso de la posición dominante cuando se cobran precios predatorio., la doctrina dice que la estrategia de precio predatorio puede ser utilizada para rebajar el costo de adquisición de una empresa competidora cuando quiere forzarse una fusión. La empresa dominante al amenazar a sus futuras víctimas con PP y creando una reputación notoria, obliga a las empresas a salir del mercado y a vender más barato. La venta a pérdida, es cuando el costo marginal supera el ingreso marginal y cuando el precio está por debajo del costo medio de la empresa. Para determinar los precios predatorios: 1.) Test Arreda Turner: se enfoca en la conducta de los precios a corto plazo o sea costo marginal de corto plazo. El test parte del concepto de que los rendimientos del productor se maximiza en el punto en que se cruzan las curvas del ingreso marginal y el costo marginal, y así empieza el productor a perder dinero con la intención de establecer pp. Los precios por encima del costo total se consideran legales *per se*. En Colombia existe regla de costos en el sector de las telecomunicaciones para la identificación de tarifas predatorias. 2.) Reglas del tribunal de justicia europeo: Son abusivos aquellos precios que sean inferiores al promedio de los costos variables puesto que el interés e eliminar los competidores y luego poner precios monopolísticos. 3.) Reglas de Jaskow y Klevorichk: a diferencia de la anterior, dicen que aunque los precios por debajo de los costos variables son predatorios hay excepcionales en que no los son, como una industria que resulta en paro. 4.) Richard Posner: dice que los costos marginales de largo plazo son un mejor test de predacion que los costos marginales de corto plazo. 5.) Japón: La Fraid Trade entidad encargada de vigilar la promoción a la competencia dice que son precios predatorios los que están por debajo del precio de compra, después de deducir descuentos, muestras gratis, etc.”

patrimonio sumamente consolidado que le permita en ese tiempo asumir las pérdidas económicas que le van a representar en el tiempo que establezca dichos precios.

Para que se tipifique esta conducta es necesario que el agente económico tenga una posición dominante en el respectivo mercado relevante; además de esto, que se dé la acción de disminuir el precio por debajo de los costos⁹⁴ a corto plazo, para fijar a largo plazo precio monopolístico con el claro propósito de recuperar las pérdidas, excluyendo a los demás comerciantes de competir por la producción o distribución de ese producto o servicio, derivando en su quiebra; y por último que el agente económico que realiza la conducta tenga la intención de eliminar sus competidores del mercado o impedir el ingreso de los mismos, y es por esta misma razón que la exclusiva disminución de precios no es sancionable, ya que se permite que las empresas, si así lo desean, opten por hacer cosas para quebrarse.

No obstante lo anterior, se debe tener en cuenta que es imperativo mirar en cada caso en concreto, pues en algunos casos las empresas fijan precios por debajo de los costos porque son más eficientes y ello no se puede castigar. Uno de los casos más representativos es el de caso Setas Colombianas⁹⁵, asumido por la Superintendencia de Industria y Comercio.

El mecanismo que se ha utilizado para determinar los casos en que hay precios predatorios es el Test Areeda-Turner⁹⁶, que ha sido utilizado en USA, sin embargo en Colombia no se usa éste test, solo se

⁹⁴ La Superintendencia de Industria y Comercio no es consistente, ya que a veces ha tenido en cuenta los costos totales y otras los costos de producción.

⁹⁵ Superintendencia De Industria Y Comercio Resolución 30835 de 2004 Por la cual se abre investigación contra Setas Colombianas S.A.. La SIC abrió investigación contra Setas Colombianas S.A., con el fin de determinar incurrió en fijación de precios predatorios: Si bien se comprobó el primer presupuesto de la norma, esto es la posición dominante de la empresa en el mercado, “no es posible concluir que haya incurrido en abuso de la misma por los hechos investigados”, de esta forma, concluyó que Setas Colombianas S.A. no incurrió en abuso de la posición dominante a través de fijación de precios predatorios, pues si bien la empresa incurrió en precios por debajo de los costos durante determinado tiempo (elemento objetivo), esto no se dió con la intención de eliminar a los competidores del mercado (elemento subjetivo), ya que se dió durante un periodo de tiempo muy corto (quien desea eliminar a sus competidores por la vía del precio, amén de que efectúa una disminución nominal del precio de su producto, requiere de más de un mes para debilitar y lograr la eventual quiebra de sus rivales) y además, los precios de Setas durante esa periodo no eran los más bajos del mercado y aun después de dicho periodo de tiempo se ubicaron dentro del promedio de precios, por lo que no se puede decir que buscaban eliminar a sus competidores.

mira el costo variable medio,

Cabe aclarar que la situación debe ser analizada a la luz de la regla de la razón, y de igual manera el precio predatorio también puede ser una forma de competencia desleal.

(...)

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. (...)*

En un principio son de tipo vertical, y consiste principalmente en tratar de forma diferente a aquellos que objetivamente tienen las mismas condiciones cuando se trata de operaciones equivalentes que ponen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor en condiciones análogas. Es menester resaltar que puede ser intramarcas o intermarcas.

(...)

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

Consiste en que haciendo uso de la posición de dominio se introducen en la relación comercial obligaciones que no son inherentes con respecto del objeto del negocio. Por ejemplo, un agente económico con posición de dominante le ata un producto otro, de tal manera que la persona que lo quiere tiene que obtener el otro producto. Hay que decir que, las cláusulas de exclusividad son naturales del contrato de suministro, pero no lo son las ventas atadas.

(...)

⁹⁶ Consiste en analizar distintas relaciones precio-costos hasta encontrar una que no tenga ninguna otra posible justificación más que eliminar a un competidor.

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. (...)*

Es un caso de discriminación principalmente de tipo horizontal, y no basta con la sola intención, requiere demostrarse que se desea eliminarse la competencia o limitarla de manera significativa contrariando el derecho a la libre competencia.

(...)

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. (...)*

Consiste en reducir los precios en una región del país, ya que esta pérdida que sufre por vender por debajo de los costos en esa zona, se compensa con las ganancias que adquiere al disminuir la competencia en un plazo mayor; es lo que algunos economistas han llamado “discriminación de precios monopolística”.⁹⁷ En palabras de la Superintendencia se aplica 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.

(...)

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. (...)*

⁹⁷ Kraugman, Paul R y Wells, Robin. “Introducción a la Economía: Microeconomía”. Pág. 352. Editorial Reverté S.A 2006. Libro consultado en internet en <http://www.reverte.com/catalogo/ficha/img/pdfs/9788429126310.pdf>. Julio 11 de 2013.

La Corte Constitucional ha realizado un análisis sobre esta conducta a la luz de la libertad contractual. Se abarco la discusión sobre si la decisión de un agente comercial de no contratar con otro transgrede el derecho al trabajo, tomando en consideración la calidad de derecho fundamental que ostenta el trabajo de las personas.

Como criterio que ha acogido la Superintendencia de Industria y Comercio ⁹⁸se mira si la negativa unilateral de contratar con alguien sea una consecuencia de una relación previa entre los agentes, que derivó en una retaliación, caso en el cual puede llegar a transgredir el derecho a la competencia, al no poder defenderse uno del otro, debido a que alguno de los dos ostenta una posición de dominio.

Excepciones

Como se dijo previamente, el establecimiento de las conductas explicadas no son un conjunto de normas absolutas, puesto que admiten excepciones. La excepción general (llamada en bloque) está consagrada en el Artículo 1 parágrafo Ley 155 de 1959, el cual establece: *“PARÁGRAFO. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdo o convenio que no obstante limitar la libre competencia, tenga por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general”*.

El Decreto 1302 de 1964 en su artículo 1 desarrollo el tema, con la mala fortuna de extender demasiado el ámbito que cubría la excepción, tema que ha sido ampliamente censurado por parte de un

⁹⁸ Superintendencia De Industria Y Comercio Resolución 9727 de 2003: DAEWOO. La SIC ordenó apertura de investigación en contra de la sociedad por publicar en diarios de amplia circulación el siguiente como posible consecuencia de que Makro no acepto implementar un precio acordado: "DAEWOO ELECTRONICS DE COLOMBIA INFORMA: Que los Electrodomésticos marca Daewoo anunciados por la Cadena Makro de Colombia no cuentan con el respaldo ni la garantía de Daewoo Electronics de Colombia. "Solo los distribuidores autorizados cuentan con el gran respaldo y la garantía que ofrece DAEWOO ELECTRONICS DE COLOMBIA. Sin embargo la SIC no puede sancionar a un agente económico por negarse a prestar servicios o discriminar como retaliación a la no implementación de un precio acordado porque:1. La política de precios que tenía Daewoo con sus comercializadores no era una sola como se menciona en la resolución de apertura de investigación, sino que dependía de las condiciones particulares de cada relación comercial.2. En el expediente aparecen algunas comunicaciones remitidas por Daewoo a los comercializadores, en las que se especifican la referencia del producto, así como la clase y el precio para cada una de sus líneas de electrodomésticos. El precio que se señala es el de compra para los comercializadores, mas no se especifica un precio final, es decir, no se define un precio al que deban sujetarse para la venta al público de los productos marca daewoo.

sector de la doctrina. La disposición consagra lo siguiente:

“Artículo 1º. Para los efectos del párrafo del artículo 1º de la Ley 155 de 1959, considéranse sectores básicos de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general y el bienestar social, todas aquellas actividades económicas que tengan o llegaren a tener en el futuro importancia fundamental para estructurar racionalmente la economía del país y abastecerlo de bienes o servicios indispensables al bienestar general, tales como:

- a. El proceso de producción y distribución de bienes, destinados a satisfacer las necesidades de la alimentación, el vestido, la sanidad y la vivienda de la población colombiana;*
- b. La producción y distribución de combustibles y la prestación de los servicios bancarios, educativos, de transporte, energía eléctrica, acueducto, telecomunicaciones y seguros”.*

La Superintendencia de Industria y Comercio por medio de una Circular Única ha procurado delimitar el tema, y establecer los lineamientos con los cuales debe afrontarse el tema, resaltando criterios como el análisis del mercado, de las barreras de entrada, etc.

De igual forma, también existen unas excepciones específicas, que están consagradas en el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992⁹⁹, según el cual no se tendrán como contrarias a la libre competencia algunas conductas que el legislador considero que por su relevancia en un tema social, no deben ser reprochables.

⁹⁹ ARTICULO 49. EXCEPCIONES. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, no se tendrán como contrarias a la libre competencia las siguientes conductas:

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

5.4.5 Abuso de la Posición de Dominio y Cláusulas de Exclusividad

Para la mayoría de los doctrinantes, al igual que para la Superintendencia de Industria y Comercio las Cláusulas de Exclusividad en los casos en los que se puede afirmar que son censurables, se encuentran identificados como una manifestación de los acuerdos restrictivos de la competencia estipulados en el Artículo 47 numeral 3 del Decreto 2153 de 1992; no obstante, algunos sectores del país han optado por entender los pactos de exclusividad como prácticas restrictivas de la competencia que no necesariamente estén dentro de la lista de acuerdos del artículo 47.

En el Artículo 50 del decreto 2153 de 1992 se enuncia un listado de conductas que constituyen abuso de posición de dominio. En torno a dicha estipulación ha surgido una discusión doctrinal, en la cual se discute si dicha enumeración de conductas que consagra el artículo es taxativa, o contrario sensu es meramente enunciativa y cabe la posibilidad de que existan más conductas que sean constitutivas de posición dominante y no se encuentren en dicha disposición.

Para aquellos que se han casado con el paradigma que reza la no taxatividad de las conductas del Artículo 50, existe la posibilidad de categorizar las cláusulas de exclusividad como una conducta de abuso de posición de dominio, que no se encuentra consagrada de manera expresa en el listado que contiene la disposición, lo que trae como consecuencia la necesidad de recurrir a la cláusula general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y al 46 del decreto 2153 de 1992, caso en el cual el análisis se fundamentaría en la regla de la razón¹⁰⁰.

En este orden de ideas, los autores defensores de la teoría previamente explicada manifiestan que los pactos de exclusividad son un instrumento que podría derivar de manera enérgica en una conducta abusiva de la posición de dominio, y es de esta forma que una empresa que ostenta dicha calidad puede

¹⁰⁰ Miranda Londoño, Alfonso, Origen y evolución del Derecho de la Competencia, Visto en : <http://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/origen-y-evolucion3b3n-del-derecho-de-la-competencia.docx> a las 3:09 pm.

hacer un ejercicio abusivo de su posición afectando de manera considerable las condiciones objetivas del mercado. En conclusión, por medio de las cláusulas de exclusividad en sus contratos la parte dominante podría procurar tener un control económico sobre los demás agentes comerciales y transgredir el derecho a la libre competencia. También explican los que defienden la postura de la no taxatividad que en el momento de negociar, un agente comercial generalmente podría tener un mayor poder en el mercado que la otra parte, lo cual no implica necesariamente que este tenga una posición dominante, pues siempre habrán empresas con mayor poder patrimonial que otras; sin embargo, cuando efectivamente una empresa ejerce una posición dominante tiene la posibilidad de establecer condiciones ventajosas en la etapa precontractual, fijando las cláusulas del contrato antes de que la otra parte pueda negociar sus intereses. Además de esto, mientras se ejecuta el contrato, podrían establecer la forma en que se desarrollaran las prestaciones que de él emanen.

La manifestación más clara de la imposición de formas contractuales preestablecidas, en Colombia específicamente, se dan por medio de los contratos de adhesión, que a su vez en no pocas ocasiones están estructurados por medio de cláusulas leoninas, que generan un desequilibrio en la ecuación contractual en favor de la parte dominante, siendo ejemplo de esto la cláusula de exclusividad desmedida y malintencionada.

De esta forma las cláusulas de exclusividad dejan de ser una evidencia de la autonomía de la voluntad privada entre las partes, y se vuelve un gravamen que le impone una parte a la otra para dominarla, teniendo el claro conocimiento que la parte débil no podrá defenderse, ni negociar, pues se sometería a repercusiones negativas que no podría soportar pues no tiene posición de dominio.

Hay varias circunstancias a las que aducen los sectores de la doctrina para demostrar su postura, con las cuales procuran mostrar el abuso de la posición de dominio por medio de cláusulas de exclusividad, y una de estas se manifiesta cuando por medio de un pacto de exclusividad se realiza una discriminación horizontal o vertical a otra empresa aquejando su libre competencia y sujetándolos a límites de

existencia del producto o servicio por periodos, los cuales afectan la rentabilidad de su negocio, sin la posibilidad de que este último agente busque en nuevos horizontes comerciales, pues tiene exclusividad con la parte dominante.

Por otra parte, también invocan que cuando se constriñe a los distribuidores en virtud de la cláusula de exclusividad a obtener para su ulterior reventa los productos o servicios ofrecidos solamente por la empresa dominante, aun cuando este último presente ofertas y condiciones más ventajosas, nos encontramos ante una de las situaciones que demuestran que hay un abuso de posición de dominio.

También se manifiesta cuando la parte dominante en un contrato impone a la parte débil una cantidad mínima de compras o ventas periódicas desmedidas so pena de reducir el suministro del producto en virtud a una cláusula de exclusividad; situación esta que puede llegar a limitar la producción de los mercados y afectar la libre competencia. A manera de ejemplo, si un productor que ostenta una posición dominante en una zona determinada, tiene la facultad de controlar de manera monopolística los precios de su producto en el mercado, firma un contrato de distribución con una empresa de menor patrimonio y poder, los cuales tendrán la posibilidad de revender el producto a altos precios con la condición de distribuir de manera exclusiva los bienes del productor dominante; impidiendo de esta forma que las empresas competidoras que no tienen control sobre la oferta y la demanda firmen contratos con los distribuidores, generando que no puedan comercializar sus productos, y además también deriva en que las personas se desmotiven a crear empresa y competir con ese producto en esa zona, pues no tendrían campo de acción.

Sobre esta postura de no taxatividad es imperativo realizar varias consideraciones. En primer lugar, habría que mencionar un reproche teórico que surge de la remisión a las cláusulas generales del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y al 46 del decreto 2153 de 1992, para sustentar que los pactos de exclusividad son conductas de abuso de posición de dominio, relacionado con la dificultad de imponer

sanciones administrativas en aplicación de una cláusula general y abstracta como la de las mencionadas disposiciones.

Es conocido que el derecho disciplinario, al igual que el derecho administrativo sancionador está sujeto a los principios del derecho penal, que garantizan derechos constitucionales. Así lo ha entendido la Corte Constitucional en su Sentencia C-030/12, manifestando que “La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el derecho administrativo sancionador, se encuentra, igual que el derecho penal, sujeto a los principios constitucionales de legalidad, tipicidad y reserva de Ley, principios rectores del debido proceso consagrado en el artículo 29 Superior, pero que no obstante lo anterior, tales principios consagrados en la Carta Política adquieren matices de flexibilidad y menor rigurosidad para el caso del derecho sancionador disciplinario”¹⁰¹.

En este orden de ideas, para algunos autores resulta violatorio del principio de tipicidad¹⁰², y por ende de los derechos del investigado por la Superintendencia de Industria y Comercio, que se sancione aduciendo meramente a cláusulas generales, como la del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y la 46 del decreto 2153 de 1992; y en consecuencia se volvería una situación que se presta para el arbitrio y discrecionalidad de la entidad juzgadora. Mientras que sus contradictores afirman a la luz de la sentencia citada previamente, que es la misma Corte Constitucional la que establece que dicho principio debe ser aplicado con “matices de flexibilidad y menor rigurosidad para el caso del derecho sancionador disciplinario”, y en este orden de ideas consideran no violatoria de los principios sancionatorios, la aplicación de las cláusulas generales por si solas para el juzgamiento de conductas anticompetitivas, pues estas fueron expedidas para que se interpretaran a través de otra norma; sujetándose a un tratamiento similar al a un tipo penal en blanco.

Por su lado, la Superintendencia de Industria y Comercio se ha pronunciado de la siguiente forma: “(...) Esta autoridad de competencia ha interpretado como cláusula general del régimen de protección de la

¹⁰¹ Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2012. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁰² Código Penal de Colombia. Artículo 10. TIPICIDAD. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.

competencia el artículo 1° de la Ley 155 de 1959. En este sentido, la norma estipula que cualquier práctica que restrinja la libre competencia se encuentra prohibida. Además de esta norma, el decreto 2153 de 1992 define un conjunto de conductas que, con la denominación de acuerdos, limitan la libre competencia y comportan una infracción de la mencionada cláusula general dispuesta en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

En este orden de ideas las disposiciones de la norma general no tienen un carácter residual, es decir, el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 abarca tanto las conductas del decreto 2153 de 1992 como cualquier otra que, a pesar de no estar prevista en el citado decreto, termine afectando la competencia en los mercados. Por lo tanto, si la autoridad de competencia concluye que una conducta es anticompetitiva, al menos se estaría violando la disposición general (...). Por lo anterior, podría entenderse que si se comete una conducta que está expresamente prohibida en el decreto 2153 de 1992, se infringe simultáneamente el artículo 1° de la Ley 155 de 1959¹⁰³, y si se infringe alguna conducta que esta exclusivamente en la cláusula general también sería sancionable. Si se sigue con esta premisa, algunos autores han afirmado en tono de crítica que se llegaría a un absurdo que sería la aplicación fútil y obsoleta de las conductas del decreto 2153 de 1992, pues las cláusulas generales son tan amplias que no sería necesario aducir a alguna de estas circunstancias particulares, sino simplemente denunciar esgrimiendo la violación del artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

Otra de las críticas más recurridas cuando se analiza este tema, es la dificultad que generaría esta flexibilidad interpretativa para la Superintendencia de Industria y Comercio, quien tendría que entrar a probar en primer lugar la existencia de una posición de dominio, y después argumentar el abuso de esta, y decidir qué sucedería si el agente económico investigado no ostenta tal calidad.

Es importante finalizar el análisis en relación con este particular, haciendo referencia a la postura que la Superintendencia de Industria y Comercio sostiene al respecto, pues ha quedado claro que se alinea en

¹⁰³ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 6839 de 9 febrero 2010, hoja 6.

el grupo de quienes sostienen que las conductas no son taxativas, lo que se desprende claramente del tratamiento que le da a las cláusulas de exclusividad en el famoso caso de Bavaria y la Cerveza Peroni estudiado en profundidad en líneas precedentes, y en el cual se refirió a estas cláusulas como una conducta que puede constituirse como un abuso de la posición de dominio en el mercado, aun cuando estas no se encuentran en el listado de las mismas. Dijo la SIC en aquella ocasión que “Se distingue entre dos formas de abuso de posición dominante con efectos exclusorios: i) aquellas conductas que vía precios buscan restringir la entrada de competidores al mercado (precios predatorios, precios excesivos, discriminación de precios). ii) aquellas que restringen la entrada a través de variables diferentes al precio (ventas atadas, contratos de exclusividad, negativa a contratar y proveer”¹⁰⁴.

Por otro lado, también la posición antagónica que defiende la taxatividad de las conductas constitutivas de abuso de posición de dominio del Artículo 50, fundamenta su posición en el hecho que las cláusulas de exclusividad son una manifestación del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, referente a los acuerdos contrarios a la libre competencia. Como uno de los argumentos principales de esta teoría se afirma que el artículo 47 del decreto tiene en su texto la expresión “entre otros” dando lugar a que existan acuerdos no competitivos que no estén en el inventario del decreto; y por consiguiente el artículo 50 al no tenerlo debe ser entendido como una disposición que consagra de manera cerrada y taxativa una serie de conductas.

Dentro de quienes se alinean con esta postura encontramos al Consejo de Estado, quien en una providencia de vieja data y que no constituyo precedente por cuanto la postura de la corporación fue modificada posteriormente, manifestó que: “El acto acusado, por sí mismo, es demostrativo de que se atendió la reclamación presentada; y que si bien no consideró «significativa» la queja, al estimar que los hechos denunciados no tipificaban las conductas prohibidas por los artículos 46, 47 y 50 del decreto

¹⁰⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 33361 del 2011 Por la cual se cierra una investigación. Heineken Internacional Colombia Vs Bavaria..

2153 de 1992, lo hizo razonadamente, dentro de una interpretación lógico-sistemática de la Constitución y de la Ley (...).

”Además mal pueden imponerse sanciones (art. 2º, num. 2 ibid.), como lo pretende el actor, frente a hechos que se han considerado atípicos ante las conductas de abuso de la posición dominante, o uso de prácticas restrictivas de la competencia, pues las garantías fundamentales en materia sancionatoria, entre ellas el principio de la legalidad (no hay falta ni pena sin Ley), tienen tajante reconocimiento en nuestra Carta Política”¹⁰⁵.

5.5 Competencia Desleal

5.5.1 Noción de competencia desleal o imperfecta

El ordenamiento jurídico Colombiano, antes de la expedición de la Ley 256 de 1996, no tenía un sistema claramente organizado y estructurado encaminado a evitar ciertas conductas desplegadas por los agentes que participan en el mercado orientadas ya no a afectar al mercado en general, sino que afectando a otros agentes individualmente considerados.

Con el Código de Comercio expedido mediante el Decreto 410 de 1971, en sus artículo 75 a 77 se regulo, aunque de forma somera, el tema de la competencia desleal, prohibiéndose conductas muy puntuales, “desafortunadamente la regulación del Código de Comercio fue poco y difícilmente aplicable, por lo cual las víctimas de actuaciones constitutivas de competencia desleal se encontraban en una posición de inferioridad e indefensión frente a los competidores que desviaban indebidamente su clientela”¹⁰⁶.

Así las cosas, era imperativa la expedición de una norma que regulara a plenitud la materia y que hiciera aplicable el régimen de competencia desleal a nuestro medio. Es por ello que el legislador

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 20 febrero 1997, exp. 3488, Consejero Ponente Juan Alberto Polo Figueroa.

¹⁰⁶ Op. Cit Jaeckel K, Jorge. Pág. 3

expide la Ley 256 de 1996 “por la cual se dictan normas de competencia desleal”, con la cual se organizó lo relativo a la materia definiendo en primera medida la competencia desleal, se determinaron las conductas constitutivas de la misma, así como los aspectos procesales que se deben observar cuando se presente una de las mentadas conductas.

Habida cuenta de lo anterior, es menester empezar por hacer referencia a los modelos en que la doctrina ha dividido el desarrollo de la competencia desleal, pues el paso de tiempo y los cambios económicos y sociales de cada época han implicado variaciones en el enfoque a partir del cual se regula lo atinente a la competencia desleal. Veamos entonces los 3 modelos que existen:

Modelo Paleoliberal: Este modelo se encaminaba a castigar básicamente las conductas contrarias a los derechos derivados de la propiedad industrial, y solo cuando estas conductas se encontraran expresamente consagradas en la legislación correspondiente, además, “su tendencia era concebir la competencia desleal desde una perspectiva penal, aunque algunas legislaciones la incluyeron bajo las normas de la responsabilidad civil extracontractual”¹⁰⁷.

Modelo Profesional: surgido a finales del siglo XIX y principios del XX con el fin de suplir las falencias existentes en el modelo paleoliberal explicado en líneas precedentes, y se encaminó a entender la competencia desleal como una práctica propia del derecho privado, lo que llevó a que este se erigiera como un modelo individualista pues solo busca proteger al empresario, dotándolo de diferentes herramientas jurídicas como acciones contra la desviación de la clientela. Adicionalmente, es imperativo puntualizar que “la característica más relevante del derecho en esta época es la importancia que le da a la posición adquirida por el empresario dentro del mercado, tratando a los clientes como un bien mercantil. Este bien mercantil es por supuesto susceptible de valoración y comienza a ser fuente de la mayor parte del patrimonio de cualquier empresario. Derivado de lo anterior, el agente tiene la expectativa y el interés de conquistar el mercado ajeno, teniendo todo el derecho a hacerlo, siempre y

¹⁰⁷ Op. Cit Jaeckel K, Jorge. Pág 10

cuando lo haga dentro de los límites impuestos por las normas legales”¹⁰⁸. Este modelo fue el que rigió las normas que se expedieron con el Código de Comercio colombiano expedido en 1971, en sus artículos 75 a 77 en los cuales se regula el tema relativo a la competencia desleal, y en el cual “prevalecían tres características fundamentales que se traducían en los elementos que debía reunir una conducta para que pudiera ser considerada como constitutiva de la sanción. Dichos elementos eran: I) Tanto el sujeto activo, como la víctima de actuación, debían ser comerciantes; II) Entre las partes debía existir una relación de competencia; y III) La actuación debía ser considerada como desleal, teniendo como referencia para elaborar la valoración las costumbres mercantiles consideradas desleales así por los comerciantes”¹⁰⁹.

Modelo Social: Este modelo surge con el fin de la Segunda Guerra Mundial en 1945, y da un giro total en claro contraste con el modelo profesional o corporativo, pues se aparta del individualismo propio de este para establecer 3 pilares o intereses esenciales sobre los cuales se cimenta la regulación de protección contra la competencia desleal: “I) El interés general o público representado en el funcionamiento concurrencial del mercado. Por eso se amplía la legitimación activa en la causa. II) La defensa de los consumidores. III) Los derechos de los competidores. Para el efecto no se valoran las conductas desde el punto de vista profesional, no se analiza la buena fe comercial de qué trata el Código de Comercio sino la buena fe como parámetro racional de funcionamiento del mercado”¹¹⁰. Ahora bien, vale la pena establecer las puntuales diferencias que surgen entre el modelo en análisis y el profesional, pues la Ley 256 de 1996 o Ley de competencia desleal toma elementos de ambos para estructurar la regulación que rige la materia. Al respecto ha manifestado la doctrina que “En contraste con el modelo corporativo, en el modelo social los actos de competencia desleal dejan de valorarse con base en criterios profesionales que en una u otra forma hacen relación a las conductas de los

¹⁰⁸ Op. Cit Marquez Robledo, Felipe. Pág. 146 Bogotá D.C 2007

¹⁰⁹ Op. Cit Jaeckel K, Jorge. Pág 10

¹¹⁰ Miranda Londoño, Alfonso. Superintendencia de Control de Poder del Mercado. “Competencia Desleal: Experiencia en Colombia”. Centro de Estudios en Derecho de la Competencia. Quito, Ecuador. Junio 11 de 2013.

comerciantes o industriales, bien sea desde el punto de vista de la buena fe comercial, los usos honestos de los comerciantes, o la costumbre mercantil, para pasarse a un esquema donde la apreciación objetiva de la "buena fe", entendida como la racionalidad del mercado, es el parámetro que se tiene en cuenta para establecer si un acto es o no desleal”¹¹¹.

Lo primero que debemos tener en cuenta luego de hecha la anterior contextualización de la materia, es la cláusula general de competencia desleal consagrada en el artículo 7 de la ya varias veces mencionada Ley 256, en la que se encuentra contenida la definición de competencia desleal y la cual establece que “Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial.

En concordancia con lo establecido por el numeral 2o. del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado”¹¹².

El aspecto fundamental que se desprende de este texto y que debemos analizar como primera medida, es el bien jurídico que se busca proteger con esta normativa y sobre el cual no queda duda alguna que es la concurrencia de las diversas empresas al mercado. Pero que quiere decir la Ley con “fines concurrenciales? Al respecto ha dicho la doctrina que se trata de “la intención de ganar para sí o para otra persona un porcentaje de participación en el mercado, o la intención de perder su participación actual”¹¹³.

¹¹¹ Op. Cit Jaeckel K, Jorge. Pág. 11

¹¹² Ley 256 de 1996. Artículo 7.

¹¹³ Op. Cit Márquez Robledo, Felipe. Pág. 146 Bogotá D.C 2007

De lo anterior se colige claramente que las conductas que consigna la Ley 256 en su articulado no tienen un carácter taxativo sino que por el contrario meramente enunciativo, pues al consagrarse una cláusula general, toda conducta que configure los elementos en ella establecidos, aun cuando no se trate de las expresamente castigadas por la Ley, se considerara de competencia desleal y por lo tanto deberá ser reprimida por las autoridades, “ya que es propio de todo el mercado y de sus agentes, ir evolucionando para procurar un mayor provecho de la clientela de formas variadas y diversas, las cuales no puede ser ni siquiera imaginadas por el legislador al momento de redactar la norma. Por tal motivo, una cláusula general que delimite el obrar de los agentes sobre parámetros fundados en principio generales es mucho más eficaz que las normas especialmente descritas para casos concretos”¹¹⁴.

Como corolario de lo anterior, debemos entrar a analizar las acciones que tienen los agentes del mercado contra las conductas de competencia desleal una vez se configuran los elementos enunciados en la cláusula general. En el ordenamiento jurídico Colombiano se encuentran consagradas dos acciones: I) La acción declarativa y de condena y, II) La acción preventiva y de prohibición. Ambas acciones consagradas en el artículo 20 #1 y 2 respectivamente de la ya varias veces mencionada Ley 256 de 1996.

Acción declarativa y de condena: En virtud de esta acción, “El afectado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante(...)”¹¹⁵. Para que esta acción sea procedente, la persona que se encuentre legitimada (que no es siempre el agente participe del mercado, o aquella persona que no siendo parte del mercado resulte perjudicada por la conducta, sino que la Ley permite que otras personas se encuentren legitimadas por activa para ejercer esta acción), debe verificar el cumplimiento

¹¹⁴ Ibíd. Pág. 148.

¹¹⁵ Ley 256 de 1996 Artículo 20 #1

de unos requisitos mínimos, los cuales podríamos resumir de la siguiente forma: “i) Que en el mercado se haya producido un acto de los que la LCD califica como de competencia desleal, ii) Que dicha conducta envuelva fines concurrenciales, y iii) Que sus efectos principales tengan lugar en el mercado colombiano. Habiéndose cumplido con lo anterior, el afectado por tal conducta tendrá acción para solicitar al juez que declare judicialmente la ilegalidad de la conducta, y que se ordene al infractor remover los efectos producidos por el acto, e indemnizar los perjuicios que le ha causado”¹¹⁶.

Acción preventiva y de prohibición: Sobre esta acción la Ley de competencia desleal consagra que “La persona que piense que pueda resultar afectada por actos de competencia desleal, tendrá acción para solicitar al juez que evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba aunque aún no se haya producido daño alguno”¹¹⁷. Es importante tener en cuenta que al amparo de esta acción, se parte de una amenaza, de una mera situación que se está gestando pero que aún no se materializa y que por ende todavía no produce daño alguno, lo que permite entrever que esta acción no permite pedir indemnización alguna. Sobre este particular ha manifestado la doctrina que “esta acción procede cuando el demandante está siendo amenazado por un comportamiento que ya ocurrió pero que no le ha causado daño, o por un comportamiento que esta por ocurrir y que en caso de presentarse generara un daño”¹¹⁸.

5.5.2 Competencia Desleal y Cláusulas de Exclusividad

Luego de explicar grosso modo el tema de la competencia desleal y como ha sido regulado este en nuestro ordenamiento jurídico, debemos aterrizar esto en el tema concreto que nos ocupa en el presente estudio, es decir, las cláusulas de exclusividad, pues estas han sido expresamente censuradas como conductas de competencia desleal por el legislador cuando, como se ha manifestado reiteradamente,

¹¹⁶ Op. Cit Jaeckel K, Jorge. Págs. 35 y 36

¹¹⁷ Ley 256 de 1996 Artículo 20 #2

¹¹⁸ Op. Cit Velandia, Mauricio. Pág. 368

cumplan con ciertos requisitos en su celebración. Sin embargo, esta consagración de las cláusulas de exclusividad por parte del legislador en la Ley de competencia desleal constituye un claro error de técnica jurídica, pues este tipo de pactos o cláusulas han sido considerados como una práctica restrictiva de la competencia, por cuanto sus efectos son claramente anticompetitivos, afectándose la entrada de otros agentes al mercado, o aumentando la participación de uno de sus agentes que pueda llevar a una situación de monopolio. Así lo ha dejado ver nuestra Corte Constitucional cuando manifiesta que “La Doctrina diferencia los actos de competencia desleal - actos que se consideran indebidos en cuanto se “acude a medios contrarios a las costumbres y buena fe mercantil” -, de las prácticas restrictivas del mercado - que pretenden eliminar la concurrencia al mercado -. El legislador se apartó de la diferenciación técnica al incluir entre los actos de competencia desleal los pactos de exclusividad, que se consideran prácticas restrictivas del mercado”¹¹⁹.

Ahora bien, no podemos perder de vista que si bien se da este error de técnica jurídica, son de una mayor entidad los efectos jurídicos favorables logrados por el legislador al realizar esta consagración errada desde el punto de vista doctrinario, para lo cual nos remitimos nuevamente a la jurisprudencia constitucional en la cual la Corte dijo que “El resultado positivo, independientemente de la intención del legislador o del técnico en que pudo incurrir, no es otro distinto que el de aplicar el mismo régimen sancionatorio a los dos supuestos. En otras palabras, la persona afectada por la enunciada práctica restrictiva de la libre competencia, en virtud de la Ley, tendría la posibilidad de intentar los dos tipos de acciones que ella regula, a saber, la acción declarativa y de condena y la acción preventiva o de prohibición”¹²⁰.

¹¹⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-535 de 1997. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹²⁰ *Ibíd.*

5.6 Cláusulas de exclusividad y Comercio Internacional.

El proceso de globalización que ha sufrido el mundo en las últimas décadas ha traído consigo cambios y efectos económicos de gran trascendencia. Lo anterior se manifiesta en el acelerado proceso de expansión y crecimiento de las grandes industrias de los países desarrollados, las cuales han traspasado fronteras y han llevado sus empresas a otros países, con el fin de competir en los respectivos mercados locales. Es importante que se tenga en cuenta además en relación con este contexto que, ese crecimiento se debe también en parte al afán de los estados en celebrar tratados internacionales de diversa índole con el fin de facilitar y mejorar las relaciones comerciales con sus semejantes a fin de obtener un provecho que lleve a sus economías a un nivel de crecimiento y desarrollo mucho más alto que el que de otra forma obtendrían. Es así como encontramos que en la actualidad, los Tratados de Libre Comercio se han constituido como la principal herramienta para el establecimiento de las condiciones que rigen las relaciones comerciales entre los estados, lo que sumado al proceso de globalización y constante crecimiento del sector privado, ha llevado a que nuestro mercado, por citar un ejemplo, se encuentre invadido por productos provenientes de diversas latitudes generándose un ambiente de competencia muy favorable al consumidor por cuanto va a encontrar una mayor gama y variedad de productos y servicios a precios , así como un precio mucho más conveniente.

Es precisamente en este contexto en donde las cláusulas de exclusividad adquieren una especial trascendencia en el ámbito internacional, pues no queda lugar a dudas que la situación ideal para los empresarios es aquella en donde puedan reducir sus costos al nivel más bajo posible y así lograr un mayor beneficio en términos económicos. Para contribuir a estos fines, la celebración de cláusulas de exclusividad se constituyen en un medio sumamente útil, por cuanto a través de estas se puede simplificar la estructura necesaria para la comercialización de los bienes y servicios producidos, e incluso, como se ha dicho en no pocas ocasiones a lo largo de este estudio, generar eficiencias que a la postre se reflejen es beneficios para el consumidor ultimo del bien o servicio. Piénsese por ejemplo en

el caso en que un empresario que se encuentra en un país Europeo, desea incursionar en el mercado patrio pero los costos de abrir plantas de producción y oficinas sea muy alto, por lo que este vera como más favorable la posibilidad de celebrar un contrato de suministro para la distribución con un agente radicado en Colombia, quien conoce el mercado y ya se ha hecho con una posición y un nombre al interior de nuestra economía, reduciéndose así los costos jurídicos de transacción y de publicidad en que debería incurrir el productor para poder consolidarse en el mercado, con una cláusula de exclusividad en la que ese agente se obligue a distribuir únicamente los productos suministrados por el productor Europeo a fin de agilizar el proceso de penetración del mercado. Valga agregar que esta cláusula y su consecuente validez se encontrara sujeta a no incurrir en ninguno de los supuestos que las devienen en ilegales contenidos en la Ley de competencia desleal, y siempre que se cumpla con los análisis económicos respectivos encaminados a determinar la relevancia que la conducta reviste para el mercado.

Habida cuenta de lo anterior, no podemos dejar de hacer referencia al Tratado de Libre Comercio firmado por parte de nuestro país con lo Estados Unidos de Norteamérica, y el cual se erige como el más importante tratado comercial celebrado por parte de nuestro país y con el cual se dará un ingreso desmesurado de productos provenientes de este país los cuales entraran a competir en cuanto a precios y calidad con los producidos por la industria interna. Además de lo anterior, una gran cantidad de industrias extranjeras tendrán presencia en nuestro país, lo que supondrá un crecimiento significativo de nuestra economía. Es en este contexto en donde podemos entrar a analizar las cláusulas de exclusividad en relación con el TLC, pues con el ánimo de lograr una mayor y más profunda penetración en el mercado, las diferentes empresas podrán ver como una herramienta para tal menester la celebración de cláusulas de exclusividad encaminadas a consolidar su poder de mercado, lo que hará que su penetración al interior de nuestro mercado sea mayor y exceda lo que de contera por efecto del tratado ya se produciría.

CONCLUSIONES

- 1) La Carta Magna de 1991, que tiene un axiomático énfasis en cuestiones de índole económica, se ocupó de determinar los aspectos fundamentales de conformidad con los cuales se rigen los destinos de la economía nacional, estableciendo el modelo de libre mercado como el modelo económico imperante en nuestro. Como consecuencia de lo anterior, concedió al ejecutivo la posibilidad y las herramientas necesarias para que intervenga en la economía, cambiando así la línea de pensamiento emanada de los padres del liberalismo en donde el estado no debía intervenir en la economía. Esta posibilidad de intervención estatal tiene como finalidad garantizar el adecuado y correcto funcionamiento de la economía, así como evitar que al interior de los mercados se den arbitrariedades y se generen fallas derivadas del ejercicio del excesivo poder que puedan llegar a ostentar algunos agentes. Fue precisamente este marco de libre mercado, el que dio fundamento e hizo que fuera necesario consagrar un segundo aspecto como lo es el derecho a la Libre Competencia, por erigirse este como un mecanismo indispensable para que un sistema de libre mercado funcione de manera adecuada, consagrándose además el abuso de la posición de dominio como algo absolutamente reprochable y que va en contra de los principios y derroteros que cimentan la Constitución. No se puede perder de vista además, que fue este marco constitucional el que nos da las líneas de base necesarias para llegar al tema de las cláusulas de exclusividad en tanto estas constituyen un vehículo por medio del cual puede no solo obtenerse una posición de dominio en el mercado, sino que también pueden imponerse como una forma de abusar de la posición dominante.
- 2) Colombia, con la integración del decreto 2153 de 1992 al ordenamiento jurídico tratante del derecho de la libre competencia ha optado por un modelo ciertamente similar al de la Unión Europea, debido a que de igual manera que el artículo 101 del tratado de roma censura algunos acuerdos y prácticas anticompetitivas, también lo hace el artículo 47 del decreto 2153 de 1992;

caso similar a lo que sucede en torno al tema del abuso de posición de dominio, caso en el cual el artículo 102 de la Unión europea prohíbe las conductas de abuso de la posición dominante, de la misma forma lo hace el artículo 50 del decreto colombiano. A grosso modo, en las dos normatividades se acoge un modelo de regla prohibitiva general y excepción. En relación con los demás países de Latinoamérica y el caribe, Colombia, y la mayoría de los países han optado, (en la medida de lo que lo permite sus respectivas coyunturas), por la creación y sujeción de normas supranacionales sobre el derecho de competencia, que en algunos casos resulta ser más vinculante que en otros. Evidencia de esto es la Comunidad Andina de Naciones (CAN), haciendo uso de la decisión 608 de 2005, se ha encargado de crear normas supranacionales de competencia, aplicables a conductas que se den en el orden internacional

- 3) El desarrollo normativo sufrido por Colombia desde la segunda mitad del siglo xx, ha traído consigo una gama de gran variedad en materia de instituciones relativas al derecho de la Competencia. Este desarrollo ha obedecido en gran medida a la influencia proveniente principalmente del sistema de antitrust Norteamericano, pues este ha sido el ordenamiento jurídico vanguardista en esta materia, sin desconocer la importancia de la influencia proveniente del viejo continente la cual sin lugar a dudas, ha sido también de trascendental importancia en este proceso. Como consecuencia de este proceso, podemos hacer mención de varias normas relativas al derecho de la competencia, siendo las más importantes la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y por supuesto la Ley 256 de 1996, siendo esta ultima la que más peso tiene en este estudio por cuanto regulo las cláusulas de exclusividad como una figura jurídica autónoma, la cual es susceptible de sancionarse por parte de las autoridades en materia de competencia. Consagración que es a todas luces desafortunada, ya que no queda lugar a dudas en punto a que esta, si bien se encuentra actualmente consagrada como una conducta constitutiva de competencia desleal, está en realidad se erige como una práctica restrictiva de la

competencia, en la mayoría de los casos siendo entendida como un acuerdo contrario a la libre competencia, ya que el efecto real de estas cláusulas no es atentar contra las sanas costumbres mercantiles, el principio de la buena fe comercial, o los usos honestos en materia industrial o comercial, sino que estas se presentan más como un medio para restringir la libre competencia al mercado y el libre acceso a diversos competidores. Sin embargo, y sin perjuicio de lo anterior, no puede dejar de reconocerse el efecto práctico que ello ha traído, ya que estos pactos pueden ser susceptibles de ser censurados no solo por vía de las acciones encaminadas a proteger la libre competencia en el mercado, sino que además pueden atacarse por vía de las acciones consagradas en la Ley 256 en materia de competencia desleal, cuales son la acción declarativa y de condena, y la acción preventiva y de prohibición, ambas ya ampliamente explicadas.

- 4) Ahora bien, en cuanto a la licitud o ilicitud de las cláusulas de exclusividad en nuestro ordenamiento, hay que decir que acogemos sin reparos en la posición sostenida por nuestra jurisprudencia, por la doctrina autorizada en la materia, y por la Superintendencia de Industria y comercio, consistente en que estas cláusulas no pueden ser consideradas ilegales *per se*, por cuanto estas pueden traer beneficios y repercusiones sumamente favorables no solo para quienes hacen parte de la exclusividad sino también para el consumidor final, así como también presentan una gran variedad de ventajas financieras y comerciales para las partes que las pactan. Ejemplo de esto, la exclusividad puede contribuir a reducir los costos propios de negociación entre los empresarios de los diferentes niveles de la cadena productiva, y esto derive en un incremento en la calidad del producto final y en una reducción del precio del mismo en beneficio del consumidor. También es posible mencionar el impedimento del free- ryder, evitándose así que un competidor determinado se pueda aprovechar de la inversión que hace su competencia para la promoción de su producto o servicio. Por otro lado, puede permitir al

minorista darse a conocer con un producto o servicio de un productor mayorista que ya está posesionado en un mercado. Con fundamento en lo anterior, y luego de que ha quedado suficientemente claro que las cláusulas de exclusividad pueden generar en no pocas ocasiones una importantes eficiencias, es posible afirmar que en tratándose del análisis de legalidad de estas cláusulas, este debe desarrollarse a través de la aplicación del sistema de análisis denominado por la doctrina como regla de la razón, por cuanto se hace necesario entrar a evaluar en cada caso concreto tres aspectos esenciales: La naturaleza, el propósito y el efecto de la restricción a la libre competencia.

- 5) Las Cláusulas de exclusividad, como mecanismo de restricción de la libre competencia, y del comercio de bienes y servicios, presenta una gran variedad de ventajas financieras y comerciales para las partes que las pactan. Ejemplo de esto, la exclusividad puede favorecer a reducir los costos propios de negociación entre los empresarios de los diferentes niveles de la cadena productiva, y esto derive en un incremento en la calidad del producto final. También es posible mencionar el impedimento del free- ryder, quien puede ser un competidor que se aprovecha de la inversión que hace su competencia para la promoción de su producto o servicio. Por otro lado, puede permitir al minorista darse a conocer con un producto o servicio de un productor mayorista que ya está posesionado en un mercado. Todos estos son argumentos que se esgrimen para la admisión de las cláusulas de exclusividad siempre y cuando estén dentro del marco de la no violación injustificada del derecho de la competencia, y los beneficios económicos que traigan consigo.
- 6) Hasta el día de hoy, no es posible afirmar que existe una total armonía entre las posturas discordantes en lo que respecta a la taxatividad de las conductas que constituyen abuso de la posición de dominio. Siendo un sector de la doctrina el que asevera que las cláusulas de exclusividad pueden ser una conducta de abuso de posición de dominio no consagrada en el

artículo 50 del decreto 2153, puesto que estas no son taxativas; y en contra posición los que alegan que la estructura de dicha disposición, los principios del derecho administrativo sancionador, y la dificultad en la aplicación en la vida practica impiden que hayan más circunstancias aparte de las enunciadas en el listado del mencionado artículo. De esta manera, se discute si las cláusulas de exclusividad pueden o no ser conductas de abuso de posición de dominio. Nuestra postura al respecto encuentra mayor afinidad con el paradigma de aceptar la no taxatividad, debido a que las situaciones jurídicas que se pueden dar en torno al abuso de la posición dominante son innumerables, y no se puede comprometer al legislador para que expida normas que abarquen de manera casuista el tema. Por otro lado, la remisión a las cláusulas generales de la Ley 155 de 1959 y del decreto 2553 de 1992 guardan una lógica jurídica coherente, ya que mal haríamos en negar el carácter vinculante de dichas normas por el solo hecho de ser generales, habida cuenta que la interpretación que se debe hacer de estas disposiciones a la luz de los principios de tipicidad y legalidad debe ser más flexible. En este orden de ideas, consideramos que las cláusulas de exclusividad pueden ser conductas constituyentes de abuso de posición de dominio, y se puede recurrir a dicho artículo, y a las cláusulas generales para sancionarla.

6. BIBLIOGRAFIA

Normatividad

- Constitución Política de 1991
- Ley 256 el 15 de enero de 1996. "*Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal*"
- Ley 155 de 1959
- Decreto 2153 de 1992
- Código Penal Colombiano. Ley 599 de 2000
- Código de Comercio Colombiano.
- Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones "CAN"
- Reglamento de Exención por Categorías

Doctrina

- Pontificia Universidad Javeriana. "Centro de Estudios de Derecho de la Competencia" Segunda Edición. Seminarios 5. Bogotá 1997.
- Pontificia Universidad Javeriana. "Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Compilación de Documentos sobre Derecho de la Competencia". Seminarios 10. Bogotá 2002.
- Pontificia Universidad Javeriana. "Centro de Estudios de Derecho de la Competencia Compilación de Documentos sobre Derecho de la Competencia". Seminarios 12. Bogotá 2002.
- CORTAZAR, Javier. "*Hacia un Nuevo Derecho de la Competencia en Colombia. Análisis Crítico y Prospectiva*". Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Bogotá D.C 2003.

- MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. Superintendencia de Control de Poder del Mercado. “*Competencia Desleal: Experiencia en Colombia*”. Centro de Estudios en Derecho de la Competencia. Quito, Ecuador. Junio 11 de 2013
- MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. “*Constitución y Competencia*”. Texto publicado en el libro “*Derecho de la Competencia*”. Primera Edición. Colegio de Abogados de Medellín, Cámara de Comercio de Medellín y Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, Colombia. 2003
- MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. “*Compilación de Normas sobre Derecho de la Competencia en Colombia. –Referencias Jurisprudenciales Concordancias y Anotaciones–*”. Departamento de Publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá D.C 2005
- Exposición de Motivos de la Ley 256 de 1996.
- MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. “*Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica*”. Bogotá D.C Septiembre de 1992. <http://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/anotaciones-sobre-derecho-antimonopolistico-de-e-e-u-u-alfonso-miranda-londono.pdf> Documento Consultado el 3 de Junio de 2013
- FLINT, Pinkas. “*Tratado de Defensa de la Libre Competencia: Estudio Exegético del D.L 701. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia*”. Primera edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Junio de 2002
- MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Juan David. “*Fundamentos Económicos Del Derecho De La Competencia: Los Beneficios Del Monopolio Vs. Los Beneficios De La Competencia*”. Pág. 11. Bogotá D.C 2006.
- Dr. Víctor Cock, Dr. José Gabino Pinzón, Dr. Álvaro Pérez Vives, Doctor Efrén Ossa, Dr. Emilio Robledo Uribe. “*Proyecto de Código de Comercio elaborado Comisión Revisora del Código de Comercio*”. Pags.234 y 235 Tomo II. Ministerio de Justicia. Bogotá D.C. Julio de 1958
- MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. Formas De Control, Colaboración, Competencia Empresarial Y Propiedad Industrial. Ponencia titulada: “*Los Acuerdos Anticompetitivos De Repartición De Mercados*”. Bogotá D.C Octubre de 1997.
- PASCUAL Y VICENTE, Julio. Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y en Europa. Editorial Civitas, Primera edición, 2002

- MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. “*Derecho de la Competencia aplicado al sector financiero*”. X Congreso de Derecho Financiero. Bogotá D.C Octubre de 2011. [Centrocedec.files.wordpress.com/.../competencia-sector-financiero1.ppt](http://centrocedec.files.wordpress.com/.../competencia-sector-financiero1.ppt), Documento consultado el martes 2 de julio a las 16: 08.
- VELANDIA Mauricio. “*Legalidad de las Cláusulas de Exclusividad bajo el Régimen de la Libre Competencia*” Texto publicado en el libro “*Derecho de la Competencia*”. Primera Edición, pág. 241. Colegio de Abogados de Medellín, Cámara de Comercio de Medellín y Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, Colombia. 2003
- MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. Ponencia presentada dentro del Programa de Educación Continuada titulado “*Actualización Sobre Promoción De La Competencia E Integraciones Económicas*”, celebrado entre los días 26 y 28 de Octubre de 1993 en la Universidad de los Andes. <http://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/abuso-de-la-posicion-dominante-perspectivas-de-la-aplicacion-en-colombia-a-la-luz-del-drecho-comparado-alfonso-miranda-londono.pdf>, documento consultado el 2 de julio a las 11:03 am
- E. Thomas Sullivan & Herbert Hovenkamp. “*Antitrust Law Policy and Procedure*”. The Michie Company. 1984. Citado por Alfonso Miranda Londoño en “*Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados unidos de Norteamérica*”. Bogotá D.C Septiembre de 1992. <http://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/anotaciones-sobre-derecho-antimonopolistico-de-e-e-u-u-alfonso-miranda-londono.pdf> Documento Consultado el 3 de Junio de 2013
- KOVACIC, WILLIAM y SHAPIRO, CARL, “*Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*”, Competition Policy Center, University of California, Berkeley, 1999. Citado y traducido por Alfonso Miranda Londoño y Juan David Gutiérrez Rodríguez en “*Fundamentos Económicos Del Derecho De La Competencia: Los Beneficios Del Monopolio Vs. Los Beneficios De La Competencia*”. Pag. 17 Bogota D.C 2006. http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecta/documentos/8Fundamentos.pdf Documento Consultado el 3 de Junio de 2013.
- MARQUEZ ROBLEDO, Felipe. “*Apuntes sobre Derecho Económico y Derecho de la Competencia*”. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Colección Profesores Segunda Edición. Bogotá D.C 2007
- VELANDIA, Mauricio. “*Derecho de la Competencia y del Consumo Competencia desleal; Abuso de la Posición de Dominio Carteles Restrictivos; Actos Restrictivos; Integraciones Económicas y Protección al Consumidor.*” Editorial Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición. Bogotá D.C 2011

- ALMONACID SIERRA, Juan Jorge y GARCÍA LOZADA, Nelson. “*Derecho de la Competencia. Abuso de la Posición Dominante, Competencia Desleal y Uso indebido de información Privilegiada*”. Editorial Legis. Bogotá D.C 1998
- BELLAMY, Christopher. CHILD, Graham. PICAÑOL, Enric. “*Derecho de la Competencia en el Mercado Común.*” Primera Edición. Editorial Civitas S.A. Madrid 1992.
- ARCHILA PEÑALOSA, Emilio José. “*Esquemas de Distribución y normas sobre Prácticas Restrictivas de la Competencia. Cámara de Comercio de Medellín*”. Revista Foro del Jurista. Volumen 26. Medellín. 2005. Pág. 47
- VELANDIA, Mauricio. “*Centro de Estudios de Derecho de los Mercados CEDEMERC (recopilación blog de discusión I)*”. Editor: Mauricio Velandia Abogados. Bogotá D.C 2007
- GACHARNA, María Consuelo. “*Competencia Desleal*”. Editorial Temis. Bogotá D.C 1982
- DIEZ CANSECO, Luis. “*Función Regulatoria, Promoción de la Competencia y Legislación Antimonopólica*”. En: *Thémis Revista de Derecho*, No. 36. Lima, 1997.
- ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. “*Contratos Mercantiles*” Tomo I. Octava edición. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké. 1997.
- ARCHILA PEÑALOSA, Emilio José. En “*Revista de la Asociación Nacional de Industriales*”. Compilado y publicado por el Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC. Segunda Edición. Bogotá D.C 1997.
- CONTIN PILART, Ignacio y HUERTA ARRIBAS, Emilio. “*La integración vertical en los sectores energéticos: eficiencia versus poder de mercado*”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, septiembre-octubre de 2000.
- JAECKEL K, Jorge. “*Apuntes sobre competencia desleal*” CEDEC IL Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, seminarios 8.
- KRAUGMAN, Paul R y WELLS, Robin. “*Introducción a la Economía: Microeconomía*”. Editorial Reverté S.A 2006. Libro consultado en internet en <http://www.reverte.com/catalogo/ficha/img/pdfs/9788429126310.pdf>. Julio 11 de 2013
- AGUDELO VILLA, Hernando. *Obras Selectas, T. Ii, Ideas Económicas*, Bogotá, Cámara De Representantes, 1988.

- Comunicaciones Procedentes De Las Instituciones, Órganos Y Organismos De La Unión Europea. Comisión Europea: Directrices Relativas A Las Restricciones Verticales
- MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. “Origen y Evolución del Derecho de la Competencia en Colombia”. Texto publicado en el libro “Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI” Volumen 1: Derecho Económico. Pontificia Universidad Javeriana. Editorial Temis. Bogotá D.C, 2010.
- Boletín Latinoamericano de Competencia. http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_21_2.pdf visitado el martes 2 de julio de 2013, a las 16:21 pm
- ARCHILA, María Virginia “El ejercicio abusivo de la Posición de dominio a través de precios predatorio”. Pontificia Universidad Javeriana. Centro de Estudios en Derecho de la Competencia. Revista de derecho de la competencia Vol. 1, No.1 (ene.-dic. 2005), p. 134-222.
- Comunicación de la comisión sobre directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del Artículo 81 del tratado (Diario Oficial de la Unión Europea (2004/c 101/08) www.europa.eu Numeral 29. Citado por la SIC en la Resolución 46325 del 31 de Julio de 2010.
- Diario Oficial de la Unión Europea .Comunicación de la comisión, Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 de artículo 81 del tratado. (2004/ C 101/08). C101/101. Citado por la SIC en la Resolución 46325 del 31 de Julio de 2010.
- Tribunal de Arbitraje de Andrés Pardo Vargas contra World Management Advisors Ltda, Roberto Eduardo Hall Espinosa y Carlos Alberto Hall Espinosa, Arbitros: S.Muñoz, A.Miranda, L.Gamboa, G.monroy, Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación

Resoluciones

- Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión. “Acuerdo Por el cual se reglamenta el régimen de protección a la competencia, el régimen para evitar prácticas monopolísticas en el servicio público de televisión, la garantía del pluralismo informativo, y se dictan otras disposiciones”.
- Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Resolución 087 de 1997 “Por medio de la cual se regula en forma integral los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada (TPBC) en Colombia.”
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 39597 del 28 de Noviembre 2001 por la cual se decide una investigación. Procompel LTDA Vs Unisys S.A

- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 14158 del 9 mayo de 2002 por la cual se decide una investigación. Crump America S.A Vs O'gara-Hess & Eisenhardt De Colombia
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 15640 del 22 mayo de 2002 por la cual se decide unos recursos interpuestos por Jesús Eudoro Troya, Higinio Alberto Mera Bastidas, Mera Hermanos Limitada, Alonso Sigifredo Villacís Enriquez, Servisur Ltda y Jose Vicente Erazo.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 05193 del 26 febrero de 2003 por la cual se abre una investigación en contra de la señora Edda Giovanna Castrillón Rodríguez, administradora y representante legal del centro Comercial de Entretenimiento Vizcaya – propiedad horizontal, el señor Francisco de Paula Estupiñán Heredia, en calidad de presidente de Granahorrar Banco Comercial (Granahorrar), los señores Fernando Alfonso Ricaurte, Maria del Pilar Rocha Jaramillo, Horacio Jaramillo Bernal, en calidad de representantes legales de Granahorrar Banco Comercial (Granahorrar), el señor Alberto Gómez Ramírez, en calidad de presidente de Conavi Banco Comercial y. de Ahorros SA (Conavi), los señores Octavio Cárdenas Lince, Rodrigo J. Ricardo Correa, Juan Francisco Isaza Fonnegra, Luis Fernando Muñoz Serna, Juan Carlos Duque Ramírez, en su calidad de Vicepresidentes de Conavi Banco Comercial y de Ahorros.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 34712 del 11 de Diciembre de 2003 por medio de la cual se resuelve la solicitud de revocatoria directa de las resoluciones N°s. 14002 y 28828 de 2002, elevada por las empresas Eternit Atiántico S.A., Eternit Colombiana S.A., Eternit Pacífico S.A. y Colombit S.A
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 02503 del 13 de Febrero de 2004 por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por las empresas Eternit Atiántico S.A., Eternit Colombiana S.A., Eternit Pacífico S.A. y Colombit S.A
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 25012 del 30 de Septiembre de 2004 por la cual se aceptan los compromisos presentados por las empresas Carvajal S.A y Propal S.A u no se objeta la operación de integración por estos informada.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 27920 del 10 de noviembre de 2004 por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por Postobon S.A y Productos Quaker S.A.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 05487 del 15 de Marzo de 2005 por la cual se condiciona una operación de integración entre las Empresas Meals Mercadeo De Alimentos De Colombia S.A. Y productos Lácteos Robín Hood S.A.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 11665 del 23 de Mayo de 2005 por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por las empresas Empresas Meals Mercadeo De Alimentos De Colombia S.A. Y productos Lácteos Robín Hood S.A

- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 15847 del 6 de Julio de 2005 por la cual se aceptan unos ofrecimientos de garantías realizados por Postobon S.A, Gaseosas Lux S.A y productos Quaker S.A
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 29661 del 16 de Noviembre de 2005 por la cual se condiciona una operación de integración entre las Empresas Valores Simesa S.A., Empresa De Refractarios Colombianos S.A. Y Materiales Industriales Y La Empresa Suministros De Colombia S.A.
- Superintendencia de industria y comercio. Resolución 21696 del 17 agosto de 2006 por la cual se abre una investigación en contra de la Sociedad Distribuidoras Unidas S.A por la presunta realización de conductas atentatorias de las normas sobre libre competencia.
- Superintendencia de industria y comercio. Resolución por la cual se deroga la Circular Externa No. 005 de 2003 y, en consecuencia, se modifican los capítulos segundo y tercero del Título VII de la Circular Única.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 0677 del 19 de Enero de 2007 por la cual se aceptan unos ofrecimientos de garantías realizados por Metapetroleum LTD y Vanolia LTDA.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 02489 del 2 de Febrero de 2007 por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por las empresas Indac Colombia Ltda. Y Acerias Paz Del Rio S.A
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 07805 del 22 de Marzo de 2007 por la cual se objeta una operación de integración entre las Empresas Linde Ag Y The Boc Group Plc.
- Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No 7805 de 2007, Radicación: 06-11072. Por la cual se decide no abrir investigación. ROA, FLOR HUILA, DIANA, PROCEARROZ, CARIt, UNIARROZ, Vs arroz paddy
- Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No 9192 de 2007. Por la cual se decide la investigación a GASEOSAS POSADA TOBON SA POSTOBON. Por la cual se decide abrir investigación contra BAVARIA SA, y el señor KARL LIPPERT.
- Súper Intendencia de Industria y Comercio, Resolución No 11304 de 2007. Caso: Bavaria-Peroni. Radicación No. 07 – 00243
- Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No 14811 de 2007. Radicación: 06-110720. Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por las empresas LINDE AG y THE BOC GROUP PLC.

- Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No 24231 de 2007. Radicación No. 05080817. Por la cual se abre investigación contra empresa CABOT COLOMBIANA S.A y el señor RAMIRO VELÁSQUEZ NORENA por denuncia de QUIMICA VULCANO S.A.
- Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 6839 de 9 febrero 2010.
- Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No Res. 29154 de 2007 de 2010. Por la cual se decide recurso de reposición interpuesto por PAVCO SA.
- Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No Res. 56749 de 2009 de 2010. Por la cual se decide abrir investigación en contra de OSSA & ASOCIADOS S. A. VIAJES Y TURISMO GRUPO NOBEL, la señora LINA MARÍA OSSA ARISTIZABAL.
- Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No Res. 54253 de 2010 Radicación No. 09-077242. Por la cual se decide recurso de reposición interpuesto por COLTABACO Y PROTABACO
- Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No 24629 de 2011. Radicación No 08-120684. Por el cual se decide el archivo de la averiguación preliminar en contra de GAZEL S.A
- Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No 33361 de 2012. Radicación No 07-24235. Por la cual se decide clausurar la investigación iniciada a BAVARIA S.A
- Superintendencia de Industria y Comercio SIC Res. 2011-42838 Radicación No. 10-99735. Por el cual se decide el archivo del expediente del proceso en contra de CENTRO DE DIAGNÓSTICO AUTOMOTOR DIAGNOSTI-CAR S.A
- Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No 76588 de 2011. Por el cual se decide el archivo del trámite radicado en contra de ROA, FLOR HUILA, DIANA, PROCEARROZ, CARIBE Y UNIARROZ.
- Superintendencia de Industria y Comercio, Sentencia No. 17 de 2010. Por la cual se resuelve el caso Mundo Video Corporation Ltda., Vs Elite Gamin International EGI S.A.
- Superintendencia de Industria y Comercio, Sentencia No. 005 de 2011. Por la cual se resuelve el caso r Motos de Bolívar Ltda. Vs United Motors de Colombia E.U.

- Superintendencia de Industria y Comercio, Sentencia No. 338 de 2011. Por la cual se toma la decisión de fondo respecto de la acción de competencia desleal instaurada por Matis París de Colombia Empresa Unipersonal contra Fedco S.A. y Matis S.A
- Superintendencia de Industria y Comercio, Sentencia No. 1391 de 2012. Por la cual se toma la decisión de fondo respecto de la acción de competencia desleal instaurada por Oncólogos Asociados de Imbanaco S.A. Vs Centro Médico Imbanaco de Cali S.A, así como de la demanda de reconvención presentada por Centro Médico Imbanaco de Cali S.A. Vs. Oncólogos Asociados de Imbanaco S.A.
- Superintendencia de Industria y Comercio, Sentencia No. 5132 de 2012. Por la cual se toma la decisión de fondo respecto de la acción de competencia desleal instaurada por Galotrans Ltda. Vs. la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena S.A.
- Superintendencia de Industria y Comercio, Sentencia No. 5137 de 2012. Por la cual se toma la decisión de fondo respecto de la acción de competencia desleal instaurada por Jairo Antonio Rodríguez Castelblanco, Gladys Cañadulce Avendaño, Industrial Technologies S.A. y los enores Juan Sebastián y María Paula Rodríguez Cañadulce, contra Nuevos Recursos Ltda. Juan Manuel Fresen Martínez, Beatríz Eugenia Solano Tovar y Promotores Financieros Ltda., así como de la demanda de reconvención presentada por estos últimos contra aquellos.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 01079812. 23 de Octubre de 2001.
- Superintendencia De Industria Y Comercio Resolución 588 De 2002 Por la cual se cierra una investigación iniciada por denuncia de Cámara de la Industria de Alimentos Balanceados de la Asociación Nacional de Industriales, Andi Vs. Cooperativa Colanta Ltda.
- Superintendencia De Industria Y Comercio Resolución 30835 de 2004 Por la cual se abre investigación contra Setas Colombianas S.A.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 58216 de 2000.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 46325 del 31 de Julio de 2010.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-537 de 1997. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-030 de 2012. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-375 de 1997. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-228 de 2010. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 24 de agosto de 2001. Consejero Ponente Darío Quiñones Pinilla
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 20 febrero 1997, exp. 3488, Consejero Ponente Juan Alberto Polo Figueroa.
- Tribunal superior del distrito judicial, sala civil de decisión, Sentencia No. 001 del trece (13) de enero de dos mil diez (2010), Caso: Market Ltda. Vs. Nestlé Purina Pet Care De Colombia S.A. Mp. Jorge Eduardo Ferreira Vargas
- Standard Oil Co. v. United States. 221 U.S. 1 (1911). Citado y traducido por Alfonso Miranda Londoño en “Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados unidos de Norteamérica”. Pag. 12. Bogotá D.C Septiembre de 1992. <http://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/ anotaciones-sobre-derecho-ntimonopolistico-de-e-e-u-u-alfonso-miranda-londono.pdf> Documento Consultado el 3 de Junio de 2013.
- Asunto C-74/04 P, de 13 de julio de 2006, *Comisión Europea* contra *Volkswagen AG*, Rec. p. I-6585.
- Asunto T-41/96, 26 de octubre de 2000, *Bayer AG* contra *Comisión europea*, Rec. p. II-3383