

**TENSIÓN ENTRE LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA Y LOS ACUERDOS  
LABORALES EN COLOMBIA**

**Estudiantes**

John Marcos Torres Cabezas  
Nicolás Godoy Vidal.

**Director de Artículo.**

Carlos Andrés Uribe Piedrahita.

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
MAESTRÍA EN DERECHO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
BOGOTÁ D.C.  
2022**

## Índice.

1. **Resumen.**
2. ***Abstract.***
3. **Palabras clave.**
4. **Introducción.**
5. **Metodología.**

I. Acuerdos laborales en Colombia y el derecho a la libre competencia. Breve alusión a la jurisprudencia y la doctrina.

1.1. Derecho a la libre competencia económica.

1.2. Acuerdos Laborales. *Propuesta de Clasificación en Colombia*

II. Aplicación de las normas de libre competencia en acuerdos laborales a nivel internacional.

2.1. Actos de Colusión a nivel internacional.

2.1.1. Acuerdos de no contratar trabajadores o acuerdos *no-Poach*.

2.1.2. Acuerdos de fijación de sueldos o condiciones laborales o *Wage-Fixing agreements*.

2.2. Otros acuerdos derivados del relacionamiento laboral que incumben a la libre competencia.

III. Injerencia de la Superintendencia de Industria y Comercio en Acuerdos laborales anticompetitivos en Colombia.

IV. Aplicación de las normas de libre competencia en los acuerdos laborales. Una mirada a las reglas de interpretación aplicables en Colombia y a los efectos de los acuerdos laborales en el mercado.

*“If labor monopsony is a problem,  
then antitrust law should be the solution”<sup>1</sup>*

*“Si el monopsonio laboral es un problema, las normas  
de libre competencia deberían ser la solución”.*

---

<sup>1</sup> Posner E., *How Antitrust failed workers*. Oxford University. Edición 2021.

## TENSIÓN ENTRE LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA Y LOS ACUERDOS LABORALES EN COLOMBIA

Nicolás Godoy Vidal<sup>2</sup> y John Marcos Torres<sup>3</sup>.

### 1. RESUMEN.

El derecho a la libre competencia en Colombia se encuentra establecido en el artículo 333 de la Constitución, el cual, además, consagra la libertad de empresa, la función social de la empresa y el deber en cabeza del Estado de impedir que la libre competencia se obstruya o se restrinja. Asimismo, la Constitución Política en su artículo 25 reconoce el trabajo como un principio axiológico constitucional ya que es el contrato laboral el instrumento reivindicatorio del *trabajo como un valor y un principio esencial del Estado*<sup>4</sup>.

A pesar de existir puntos de intersección entre estos derechos, es poco común analizar desde la perspectiva de la libre competencia, situaciones que se desprendan de las relaciones laborales, particularmente acuerdos de esta categoría. Sin embargo, existen convenios relacionados con el trabajo, que desde una óptica más amplia a la de la simple autonomía de las partes cuando regulan ciertas situaciones, pueden afectar significativamente el mercado laboral o impactar a consumidores de bienes y servicios.

Este trabajo se propone a través de casos prácticos y puntuales, determinar cuál ha sido y está siendo el nivel de injerencia de las autoridades de competencia en los acuerdos laborales tanto a nivel internacional como a nivel local. Para lograrlo, se analizará la intervención que han tenido dichas autoridades en el marco de los acuerdos laborales a nivel internacional, para luego arribar a los pronunciamientos sobre el particular en el caso de Colombia; partiendo de la base de que ubicar en el mismo nivel el derecho de la competencia y el derecho laboral, no suele ser un análisis común en la práctica del derecho del trabajo.

En Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio SIC ha analizado de manera indirecta la aplicación del derecho de la competencia en el mercado laboral y si bien, antes del 2021 no se había iniciado una investigación por prácticas restrictivas en el ámbito laboral, sí se había abordado el tema desde el punto de vista del derecho de asociación.

Como se desarrollará en este estudio, aunque la Superintendencia de Industria y Comercio SIC ha señalado que el derecho a la libre competencia debía ser utilizado para analizar las conductas anticompetitivas sin importar la naturaleza o forma jurídica del investigado, en la mayoría de las

---

<sup>2</sup> Nicolás Godoy Vidal, abogado de la Universidad de la Sabana. Especialista en Derecho Tributario de Pontificia Universidad Javeriana, y en Derecho Laboral de la misma Universidad. Candidato a Magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Javeriana. Actualmente, Abogado Asociado en Godoy Córdoba Abogados S.A.S.

<sup>3</sup> John Marcos Torres Cabezas abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Derecho Laboral de la misma Universidad. Candidato a Magister en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Pontificia Universidad Javeriana. Actualmente, Jefe de Asesores de la Superintendencia de Industria y Comercio.

<sup>4</sup> *Corte Constitucional*, Sentencia C-016 de 1998. M.P. Fabio Moron Díaz.

investigaciones relacionadas con acuerdos laborales esta entidad ha concluido con el archivo de las mismas al considerar que o no se afecta el mercado, o se trata de una simple disputa entre las partes de una relación de trabajo. Concluiremos con la necesidad de que se aplique el régimen de la libre competencia, teniendo en cuenta que estas normas prohíben no solo los actos anticompetitivos en sí mismos, por objeto, sino también los acuerdos que sin quererlo, tengan ese efecto.

## 2. ABSTRACT.

*The basis of free competition and antitrust law in Colombia is established in article 333 of the Constitution, which also establishes the freedom of business, the social function of the companies and the duty of the State to prevent free competition being obstructed or be restricted. Likewise, the Political Constitution in its article 25 recognizes work as a constitutional axiological principle since the labor contract is the instrument for claiming work as a value and an essential principle of the State.*

*Although the existence of points of intersection or meeting of these rights, it is not common to analyze, from the perspective of free competition, situations that arise from labor relations, particularly agreements of this category. However, there are agreements related to work, which from a broader perspective than the simple desire of the parties when regulating certain situations, may ultimately end up significantly affecting the labor market or impacting consumers of goods and services.*

*With this work, the authors intend, through practical and specific cases, determine what has been and is being the level of interference of the antitrust authorities in labor agreements both internationally and locally. To achieve this, the intervention that these authorities have had in the framework of labor agreements at the international level will be analyzed, and then arrive at pronouncements on the matter at the national, starting from the basis that placing the right of antitrust and labor law, is not usually a common analysis in the practice of labor law.*

*In Colombia, the Superintendency of Industry and Commerce SIC has indirectly analyzed the application of competition and antitrust law in the labor market and although, before 2021, an investigation into restrictive practices in the workplace had not been initiated, it had been from the point of view of the right of association.*

*As will be developed in this study, despite the fact that the Superintendency of Industry and Commerce SIC has indicated that the right to free competition should be used to analyze anti-competitive conduct regardless of the nature or legal form of the person investigated, in most investigations related to labor agreements has concluded in making a file of these, since it has considered that either the market is not affected, or it is a simple dispute between the parties to an employment relationship. We will conclude with the need for the free competition regime to be applied, considering that the norm prohibits not only anti-competitive acts, by object, but also agreements that inadvertently have that effect.*

### 3. PALABRAS CLAVE.

Libre competencia, *Acuerdos no poach*, Superintendencia, libertad económica, consumidor, mercado laboral, monopsonio, significatividad, acuerdos laborales, poder del mercado laboral, cláusula de no concurrencia.

### 4. KEY WORDS.

*Antitrust, No poach agreements, Superintendency of Industry and Commerce, Economic freedom, consumer, significance/relevance, monopsony, labor market, labor agreements, labor market power, no competition clauses.*

### 5. INTRODUCCIÓN.

El derecho del trabajo y el derecho de la competencia son dos derechos con connotaciones opuestas, sociales y económicas, pero con un núcleo en común: la raigambre constitucional y el *status* superior que los ubica en un nivel jerárquico de notable reconocimiento y que le impone el deber al Estado y a las autoridades que lo conforman, de tomar decisiones que no solo tengan en cuenta a un sector de la población, sino a esta en su conjunto.

Han sido múltiples los pronunciamientos a nivel internacional que dan cuenta de la necesidad de regular de manera eficaz ciertos aspectos del relacionamiento laboral de cara al impacto que este puede producir en el mercado de bienes y servicios, y para ello se ha recurrido a la fijación de unos estándares, reglas o parámetros que permiten determinar cuándo es o no sancionable determinada conducta derivada de las relaciones laborales. Sin embargo, en Colombia apenas se empieza a centrar la mirada en estos temas, y a dárseles la relevancia que merecen en el mercado laboral, a pesar de que en la práctica ya existen algunos preceptos que limitan la voluntad de las partes en las relaciones laborales de cara a la libre competencia en el mercado.

Como se identificará en el desarrollo de la presente investigación, la injerencia de las normas de la libre competencia en materia laboral en Colombia está aún en desarrollo, sin embargo, nada impide que las relaciones y los acuerdos laborales puedan ser analizados a la luz de esta regulación, con miras a garantizar no solo los derechos de los trabajadores y de las empresas, sino la mejora del mercado laboral y productivo, los precios, la calidad y, en últimas, los intereses de los consumidores y agentes de mercado que pudieren llegar a ser vulnerados por cuenta de un excesivo y desmedido relacionamiento entre las partes de una relación de trabajo.

El derecho laboral históricamente ha sentado sus raíces en impedir que la fuerza de trabajo del ser humano se convierta en una mercancía, o que los salarios y condiciones laborales sean mercantilizados. No obstante, ¿qué pasa cuando son las relaciones laborales las que afectan la competitividad en el mercado de productos o en el mercado del trabajo?, es allí donde el derecho a la libre competencia debe intervenir, aunque la forma en que debe lograrse esto en Colombia aún no sea clara.

## 6. METODOLOGÍA.

Este trabajo, se desarrollará a través de la investigación cualitativa. Se basará en el método hermenéutico y analítico. Se recurrirá a la revisión de bibliografía especializada.

### I. **Acuerdos laborales en Colombia y el derecho a la libre competencia. Breve alusión a la jurisprudencia y la doctrina.**

#### 1.1. **Derecho a la libre competencia económica.**

El derecho a la libre competencia en Colombia se encuentra establecido en el artículo 333 Superior, el cual además consagra: **(i)** la libertad de empresa, **(ii)** la función social de la empresa y, **(iii)** el deber en cabeza del Estado, de impedir que la libre competencia se obstruya o se restrinja. En relación con el elemento de libre competencia, la Corte ha sido enfática en señalar que:

“(…) La libertad de competencia acontece cuando un conjunto de empresarios o de sujetos económicos, bien se trate de personas naturales o jurídicas, dentro de un marco normativo y de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos a la conquista de un mercado de bienes y servicios en el que operan otros sujetos con intereses similares. Se trata propiamente de la libertad de concurrir al mercado ofreciendo determinados bienes y servicios, en el marco de la regulación y en la ausencia de barreras u obstáculos que impidan el despliegue de la actividad económica lícita que ha sido escogida por el participante”<sup>5</sup>.

De este artículo Constitucional surgen multiplicidad de normas que consagran este derecho como uno de naturaleza colectiva fundado en el principio de la libertad económica, el cual les otorga a los ciudadanos la facultad de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio<sup>6</sup>. En ese sentido, la libre competencia económica, como uno de los fundamentos del modelo de economía social de mercado<sup>7</sup>, permite generar escenarios de encuentro entre empresarios y consumidores -oferentes y demandantes- a través de los cuales el país se desarrolla a nivel económico y social.

<sup>5</sup> *Corte Constitucional*, sentencia C-032 de 2017.

<sup>6</sup> *Consejo de Estado de Colombia*. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de agosto de 2008. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>7</sup> “En materia económica la Carta de 1991 adoptó el modelo de economía social de mercado. En este sentido ha dicho la Corte Constitucional, que “el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general”. De acuerdo con lo anterior, el texto constitucional fue dispuesto para una sociedad de mercado, es decir, para un tipo de organización que desarrolla procesos ágiles de intercambio, que buscan no sólo la satisfacción de necesidades básicas, sino también la obtención de ganancia, bajo el supuesto según el cual, la actividad económica debe ser dinámica y estar en crecimiento, todo ello en un escenario (el mercado) fundado en la libertad de acción de los individuos (las

Para lograrlo, se han establecido una serie de disposiciones que no se pueden pasar por alto y que marcarán puntos de partida para la aplicación y el desarrollo de las normas de libre competencia en los mercados, entre estas se encuentran el Decreto 2153 de 1992, mismo que como enuncia Miranda A., dio paso al surgimiento de las reglas de interpretación -razón y *per se*- en el ordenamiento jurídico colombiano. Esto, al incluir no solo un catálogo de conductas consideradas como anticompetitivas sino también una cláusula de prohibición general en su artículo 46, que debe ser leída de cara a lo advertido en la Ley 155 de 1959, que establece un marco general de prohibición, y a las demás disposiciones que se han encargado de idear un catálogo de conductas consideradas como anticompetitivas, como es el caso de la Ley 1340 de 2009<sup>8</sup>.

Así, se parte -por lo general- de que si un acto ya se encuentra tipificado por el legislador como tal, e incluido en un catálogo de conductas, el acuerdo es **por sí mismo** anticompetitivo y deberá tenerse que la sanción que se genere al materializarse el pacto o la ejecución del acuerdo es el resultado de una aplicación de la *regla per se* o, en todo caso, cuando tratándose de conductas que pudieren afectar la competencia en el mercado, no sea posible enmarcarla en una norma que la contemple o la enuncie como tal, habrá que analizar -a partir de la regla razón- si la conducta es proclive a ser o no sancionada por sus efectos en el mercado<sup>9</sup>.

Como lo han establecido pluricitados autores<sup>10</sup>, la regla de la razón o *The Rule of Reason*, tiene su origen en la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Addyston Pipe y Steel Co. V United States*<sup>11</sup>, cuya decisión generó unas reglas de interpretación al momento de determinar si las conductas desarrolladas eran predatorias a la luz de la libre competencia en el mercado.

Determinaciones que fueron desarrolladas con posterioridad en el caso *Standard Oil Vs United States*<sup>12</sup> y en donde se determinó que solamente podrían considerarse como ilegítimas las restricciones en el mercado que sean irracionales, desmedidas o que generen un impacto significativo. Conclusión a la que deberá llegarse luego de que analicen tres aspectos particulares como lo son la naturaleza del acto, el propósito y el efecto sobre la libre competencia en el mercado<sup>13</sup>. Todo lo anterior, a diferencia de lo que se ha logrado concluir al analizar la regla de interpretación *per se*, en donde la autoridad del asunto deberá determinar si se incurrió en la conducta tipificada o no, ya que su carácter anticompetitivo es definido por la ley<sup>14</sup>.

Ahora, teniendo en cuenta que el propósito de este estudio gira en torno a la injerencia de las normas de la libre competencia en los acuerdos laborales, deberán analizarse bajo este foco entre

---

libertades económicas), en el que “las leyes de producción, distribución, intercambio y consumo se sustraen a la reglamentación consiente y planificada de los individuos, cobrando vida propia” (*Corte Constitucional*, sentencia C-032 de 2017).

<sup>8</sup> Miranda Londoño A., *La regla de la razón y la regla per se en el derecho colombiano*. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Bogotá D.C. 2017. [https://centrocedec.files.wordpress.com/2018/02/regla-per-se-y-regla-de-la-razocc81n\\_2017.pdf](https://centrocedec.files.wordpress.com/2018/02/regla-per-se-y-regla-de-la-razocc81n_2017.pdf)

<sup>9</sup> *Ibidem*. Pág. 7.

<sup>10</sup> *Ibidem*. Pág. 8.

<sup>11</sup> 175 U.S. 211 (1899)

<sup>12</sup> 221 U.S. 1 (1911)

<sup>13</sup> *Ibidem*. Pág. 8.

<sup>14</sup> *Ibidem*. Pág. 9.



otras, las previsiones legales laborales sobre exclusividad (Art. 26 C.S.T.), la no concurrencia (Art. 44 C.S.T.) y otras, las cuales deprecian un análisis del impacto y de sus efectos para determinar si a pesar de estar catalogadas como anticompetitivas, si terminan por generar una afectación en el mercado al ser pactadas.

Por otra parte, y en lo que corresponde a los acuerdos laborales en Colombia, existen algunos ya señalados en la ley, como otros que se generan a partir de la autonomía de la voluntad de las partes en línea con lo previsto en el artículo 39 del Código Sustantivo del Trabajo, y las normas respectivas en materia civil. Acuerdos que escasamente han tenido la posibilidad de ser analizados por las normas de libre competencia para determinar si constituyen una afectación al mercado, a pesar de encontrarse revestidos de legalidad en sus otros ámbitos.

Por lo anterior, es necesario hacer un breve recuento de los acuerdos más comunes en la práctica, para luego abordar el desarrollo que han tenido respecto a estos, las normas de libre competencia en el plano internacional, así como verificar los avances y el estado de la actividad de la autoridad de competencia nacional, para posteriormente, concluir con los criterios que consideramos que deberán ser tenidos en cuenta por dicha autoridad, al momento de determinar si un acuerdo laboral es o no anticompetitivo.

## **1.2. Acuerdos Laborales. Propuesta de Clasificación en Colombia.**

En lo que corresponde a los sujetos de una relación laboral, por mandato constitucional estos pueden acordar de manera libre y voluntaria la regulación de situaciones que a pesar de no estar nominadas por el legislador, requieren soluciones satisfactorias.

Las partes se encuentran facultadas para reglamentar los compromisos a los que lleguen, con efectos vinculantes, siempre y cuando no contraríen los principios mínimos fundamentales del derecho del trabajo como lo señala el artículo 43 del C.S.T. Situación esta, que a nivel colectivo también ha sido ya abordada por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en reiteradas oportunidades<sup>15</sup> al expresar:

“Nada se opone a que en el Derecho del Trabajo los trabajadores, bien sea por sí mismos o representados por la organización sindical a la cual pertenecen, celebren acuerdos con los empleadores tendientes a regular diversas situaciones laborales y menos aún, tampoco puede haber oposición o ilicitud en cuanto con ellos se superen los mínimos derechos legales o inclusive convencionales. Si el simple acto unilateral de un empleador puede crear derechos para los trabajadores en tanto superen los mínimos legalmente establecidos, con mucha mayor razón ello puede aplicarse a los convenios directos que celebren con sus servidores.

---

<sup>15</sup> Ver más en sentencias de la Sala Laboral de la *Corte Suprema de Justicia*, sentencias con radicación 32.347 del 3 de julio de 2008, 39.744 del 20 de junio de 2012, SL 2729 DEL 2015, 46475 del 22 de julio de 2015 y 46.636 del 08 de junio de 2016.

“Un acuerdo, como el que ahora ocupa la atención de la Sala, se convierte en ley para los contratantes sin desconocer el clásico principio que lo informa y según el cual debe ejecutarse de buena fe.

Así se desprende claramente de los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, que entre otros regulan el efecto de las obligaciones válidamente celebradas y de cuyas fuentes o nacimientos, señaladas en el artículo 1494 *Ibídem*, vale la pena destacar el concurso real de voluntades de dos o más personas o el hecho voluntario de la persona que se obliga.” (subraya y negrilla fuera del texto original).

Sobre la base anterior, los acuerdos laborales podrían clasificarse en nominados e innominados, según hayan sido previstos por vía legal, o en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes.

Así, frente a los primeros, los nominados o reglados legislativamente, debe hacerse referencia al contrato laboral que reivindicó “el trabajo como un valor y un principio esencial del Estado”<sup>16</sup>; los pactos y convenciones colectivas como resultado del desarrollo de los derechos de negociación colectiva<sup>17</sup>, de libertad sindical y de asociación<sup>18</sup> en su esfera tanto positiva como negativa; los acuerdos de exclusividad, mal llamados acuerdos de *no competencia* que son aquellos que contienen la obligación del trabajador de no vincularse con otros empleadores que desarrollen labores comerciales similares<sup>19</sup>; los acuerdos de no cesión de derechos intelectuales en el contrato de trabajo, y los acuerdos de confidencialidad como desarrollo de la obligación contenida en el artículo 58 numeral 2 del C.S.T.

Por otra parte, entre los acuerdos innominados, se encuentran los acuerdos *no poach*, que son suscritos entre empleadores para no vincular ni hacer ofertas de trabajo recíprocamente a sus trabajadores<sup>20</sup>, o todos aquellos pactos que sin estar plenamente reglados en cuanto a forma, contenido y efectos, generan un acuerdo de voluntades entre trabajadores/empleadores-empleadores/empleadores o trabajadores/trabajadores, con miras a determinar los mecanismos de regulación al interior de una relación de trabajo, independientemente sea subordinada o no.

Por último, pero no menos importante, se encuentran figuras como la huelga y los laudos arbitrales<sup>21</sup>, los cuales si bien no revisten características propias de un acuerdo, si son fenómenos laborales que impactan el relacionamiento entre las partes o introducen reglas que pueden generar un impacto significativo en el mercado.

Enlistar y tener claro cuáles son los acuerdos laborales que suelen celebrarse o reconocerse en Colombia, será clave al momento de determinar la injerencia de la autoridad de competencia,

<sup>16</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-016 de 1998. M.P. Fabio Moron Díaz.

<sup>17</sup> Constitución Política de Colombia, Artículo 55.

<sup>18</sup> Constitución Política de Colombia, Artículo 39.

<sup>19</sup> Código Sustantivo del Trabajo, artículo 27.

<sup>20</sup> Ibarra, G. (junio de 2017). *Acuerdos restrictivos de la competencia en la contratación y fijación de salarios de empleados. La República.*

<sup>21</sup> Expresión de la voluntad de un tercero, derivado de un mecanismo alternativo de solución de conflictos, denominado arbitramento que se produce a partir de la existencia de un conflicto colectivo en el que no ha sido posible llegar a un acuerdo entre las partes.

puesto que como se abordará en el capítulo siguiente, las normas de libre competencia sí han sido aplicadas al momento de determinar si acuerdos laborales celebrados entre empresas y trabajadores o entre empresas de manera exclusiva, o entre empresas y sindicatos, generan un *impacto significativo* en el mercado. Incluso, ha existido aplicación de estas disposiciones en el análisis del impacto que una huelga o cese colectivo de actividades, genera en el mercado laboral y en el mercado de productos o servicios.

Sin embargo, a pesar de que algunos actos y acuerdos son considerados anticompetitivos por sí mismos, por la simple enunciación que tienen en el catálogo de actos o acuerdos que restringen la libre competencia, como es el caso de las cláusulas de no concurrencia fijados expresamente en el artículo 44 del C.S.T., en el caso de otros acuerdos laborales el análisis partirá de la afectación o el impacto que generan en el mercado, de la naturaleza de estos o incluso, de que su desarrollo no responda a un aspecto eminentemente de la relación entre las partes que mejore las condiciones laborales, como lo sustentó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Albany*<sup>22</sup>, al realizar la exclusión en la aplicación de las normas *antitrust* por considerar que la disposición convencional que establecía la afiliación de los trabajadores a un fondo de pensiones acordado y definido, no era susceptible de afectar la competencia -aunque pudiese pensarse que sí, respecto a otros fondos de pensiones- ya que regulaba y mejoraba las condiciones laborales de los trabajadores.

## II. Aplicación de las normas de libre competencia en acuerdos laborales a nivel internacional<sup>23</sup>.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) llevó a cabo una discusión acerca de los asuntos de competencia en mercados laborales<sup>24</sup> y en marco de esta, académicos como *Herbert Hovenkamp*, *Marshall Steinbaum* y *Carl Shapiro*, junto a autoridades de competencia del mundo, discutieron, entre otros asuntos, sobre los factores que contribuyen a la creación del poder de monopsonio<sup>25</sup>, y sus efectos sobre trabajadores y consumidores. También exploraron las razones que explican la escasez de casos relacionados con los abusos de poder del monopsonio.

<sup>22</sup> Recuerda Girela, Miguel Ángel y otros. (2018) *Anuario de Derecho de la Competencia*. Pag. 155.

<sup>23</sup> Deberá tenerse en cuenta que las afirmaciones de los autores del presente ítem han sido tomadas del libro “*How antitrust failed workers*” escrito por Eric Posner, capítulo 1. “Labor Monopsony in the United States”.

<sup>24</sup> Ver los documentos preparatorios de las reuniones llevadas a cabo por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, tituladas “*Competition issues in labour markets*” de junio de 2019, y “*Labour markets*” del 26 de febrero de 2020. La segunda se llevó a cabo en el marco del OECD Competition Open Day, en <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-competition-open-day-2020.htm> y <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-concerns-in-labour-markets.htm>.

<sup>25</sup> La experiencia y la doctrina ha dejado como resultado que la conducta de monopsonio se entiende como la capacidad que tiene el comprador para influir en el precio de un tipo de bien. A diferencia del monopolio que es generado por la existencia de un solo vendedor que influye en el precio del bien que comercializa, cuando se habla de monopsonio nos referimos a la capacidad que tiene un **solo comprador** de influir en el precio del bien que adquiere, puesto que solo él tiene la posibilidad de adquirirlo.

Esta discusión pone de presente parte de la argumentación que se ha suscitado sobre la materia desde las perspectivas de política pública y de aplicación del derecho de la competencia en su intersección con la protección laboral y de los trabajadores, puesto que serán estos quienes comercialicen un servicio (fuerza de trabajo) y los empleadores, quienes lo compren.

En ese sentido, antes de enfatizar en la aplicación de las normas de libre competencia en los acuerdos laborales en Colombia, será prudente hacer un análisis del recorrido que han tenido las reglas de la libre competencia en esta clase de acuerdos a nivel internacional, puesto que como se demostrará, la relación de estas dos áreas en el derecho no es ni común ni antigua, por lo que muchas de sus doctrinas aún siguen en proceso de construcción y análisis.

Joan Robinson acuñó el término *monopsonio* para referirse “*al ejercicio de poder de mercado por parte de las empresas en el lado del comprador, en la adquisición de materias primas, incluyendo bienes, servicios y mano de obra – labor*”<sup>26</sup>. Indicó que, en mercados competitivos, la movilidad de los trabajadores aumenta, y en ese sentido, los empleadores no podrían pagar salarios muy bajos, pues los trabajadores podrían optar por cambiar de empleador.

Adam Smith<sup>27</sup> habló de la capacidad de los empleadores de ejercer poder sobre sus trabajadores, particularmente en materia de salarios. También de la situación en la que varios empleadores acordaron/coordinaron el valor de los salarios de sus trabajadores. Karl Marx criticó ese poder de los empleadores sobre los trabajadores y su capacidad para pagar salarios por debajo del valor real por su trabajo<sup>28</sup>. También destacó la imposibilidad de los trabajadores de cambiar de empleo, al estar este directamente relacionado con su subsistencia.

Por su parte, Lloyd Reynolds, en sus *papers* “*The supply of Labor to the Firm*” y “*Wage differences in Local Labor Markets*”, describió de manera empírica algunas características del mercado laboral, por ejemplo, las diferencias de salario entre trabajadores similares en un mercado laboral determinado, anticipándose a los modelos económicos modernos de monopsonio.

En este contexto, el problema que han identificado los académicos es ¿cómo lidiar con el poder del mercado sobre el trabajo?

- Primero, el derecho de la competencia --*antitrust law*--, desde la expedición de la ley Sherman o Sherman Act. De 1890, que se supone que aplica nominalmente a todos los mercados—a mercados laborales como a mercados de productos— se encargaría de contrarrestar los abusos de poder de las firmas en el mercado laboral/sobre los trabajadores, pero, lo cierto es que su *enforcement* se ha concentrado casi que exclusivamente en mercados/productos.
- En paralelo, una rama del derecho se dedicó a abordar los mercados laborales. En principio, las asociaciones/sindicatos eran ambivalentes frente al derecho de la competencia. Esa ambivalencia acabó cuando las cortes determinaron que las asociaciones/sindicatos podían

<sup>26</sup> Robinson, Joan. (1933). “*The Economics of Imperfect Competition*”. London: Macmillan.

<sup>27</sup> Smith, Adam. (1776). “*An inquiry into the nature and causes of the Wealth of Nations*”.

<sup>28</sup> Marx, Karl. (1865). “*Value, Price and Profit*.”

ser sujetos de las normas de competencia y violar las leyes *antitrust* cuando se unieran para fijar/determinar los precios de su trabajo o labor.

Ahora bien, como lo han indicado multiplicidad de autores, y como lo demuestra la experiencia, en Estados Unidos no parece haber duda en cuanto a que las normas de la libre competencia deberán ser aplicadas y tenidas en cuenta al momento de establecer condiciones laborales, como es el caso de los salarios, los requisitos para la contratación y las condiciones laborales de los empleados<sup>29</sup>, máxime si en reiteradas ocasiones, la misma Corte Suprema ha precisado que “las leyes antitrust prohíben todo acuerdo entre competidores que de manera no razonable afecten la competencia entre ellos”<sup>30</sup>, lo anterior sin hacer una diferenciación entre los tipos de competidores, es decir, aplica para todos.

A la misma conclusión parece arribarse cuando se mira el caso de las normas de la libre competencia en la Unión Europea, en donde el artículo 101<sup>31</sup> del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, determina que las normas de protección de la competencia aplicarán a aquellos acuerdos entre empleadores para fijar condiciones de salario, o restricciones al momento de contratar trabajadores de empresas competidoras. Sin embargo, al momento de realizarse el análisis de las conductas caso a caso, se ha encontrado que no en todas las situaciones pudo llegar a concluirse que son aplicables las normas de la libre competencia, un ejemplo claro de esto, se encuentra en el ordenamiento jurídico español, en el cual se excluyen del estudio y la aplicación de las normas *antitrust*, aquellos acuerdos laborales colectivos que persigan un objetivo de política social, como es el caso de las mejoras en las condiciones salariales y/o de empleo<sup>32</sup>.

#### a. Actos de Colusión a nivel internacional.

Tal como lo advierte la OCDE en el documento *Competition in labour market*, la colusión es la práctica anticompetitiva más perjudicial en los mercados laborales<sup>33</sup>. Las formas típicas de colusión son acuerdos para fijar salarios o condiciones laborales, o para intercambiar información para coordinar parámetros competitivos. En estos casos, los empleadores que compiten en un

---

<sup>29</sup> Richman, Cynthia; Swanson, Daniel. “Balancing the interests of antitrust and labor laws”. Disponible en: <https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/2019/07/Richman-Swanson-Balancing-the-Interests-of-Antitrust-and-Labor-Laws-Daily-Journal-7-9-2019.pdf>

<sup>30</sup> Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Caso Brown Vs Pro Football, Inc., 518 U.S. 231, 241 (1996).

<sup>31</sup> Artículo 101. 1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos. (...)

<sup>32</sup> Recuerda Girela, Miguel Ángel y otros. (2018) *Anuario de Derecho de la Competencia*. Pág. 158.

<sup>33</sup> OECD (2020), *Competition in Labour Markets* <http://www.oecd.org/daf/competition/competition-concerns-in-labour-markets.htm>

mismo mercado laboral acuerdan sueldos y salarios, o cualquier otro aspecto de la política de compensación a los trabajadores, controlando así el salario o nivel de beneficios o su rango.

En los términos de la *guía informativa sobre acuerdos anticompetitivos entre empresas en el ámbito laboral* de INDECOPI, la ley de Libre Competencia prohíbe las prácticas colusorias, tanto en el plano vertical como en el horizontal. Entendiendo que las colusiones verticales se configuran entre empresas que operan en planos distintos del mercado, por ejemplo, un productor y un distribuidor. Por otra parte, las conductas horizontales se ciñen en las coordinaciones y acuerdos efectuados entre empresas competidoras entre sí.

En lo que respecta al ámbito laboral, la experiencia internacional ha identificado dos tipos principales de prácticas colusorias que pueden materializarse entre empresas competidoras:

### **2.1.1. Acuerdos de no contratar trabajadores o acuerdos *no-Poach*.**

Un tipo particular de práctica de colusión se centra en los denominados acuerdos *no-Poach*, mediante los cuales las empresas acuerdan abstenerse de solicitar o contratar a los trabajadores de otras, esencialmente renunciando a competir por ese insumo (el servicio de los trabajadores). Con estos convenios, las compañías privan a los trabajadores de oportunidades laborales, de la posibilidad de aumentar su salario, o de mejorar sus condiciones laborales.

Como se señala en la guía de los EE. UU., "*Desde una perspectiva antimonopolio, las empresas que compiten para contratar o retener empleados son competidores en el mercado laboral, independientemente de si las empresas fabrican los mismos productos o compiten para proporcionar los mismos servicios*"<sup>34</sup>. El Departamento de Justicia de los Estados Unidos ha estado a la vanguardia de la lucha contra los acuerdos de no caza furtiva y de fijación de salarios. Al respecto, se emitieron sentencias contra empresas de alta tecnología que celebraron acuerdos para no buscar a los trabajadores de las demás o limitar su contratación<sup>35</sup>. A su vez, se inició la implementación de actos en la misma línea en los sectores laborales de enfermeras y modelos de moda.

Para ser más precisos, el caso estudiado por parte del Departamento de Justicia de Estados Unidos y de la Comisión Federal de Comercio, es conocido como *High-Tech Employee Antitrust Litigation*, cuya conclusión consistió en que los acuerdos a los que se llegó entre empresas ampliamente reconocidas de tecnología para limitar entre ellas la contratación de personal, implicaron una eliminación de la competencia entre trabajadores calificados, privando a estos de impulsar su camino profesional, impactando igualmente las variables que usualmente fijan los precios en el ámbito laboral.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Al respecto, revisar la *Antitrust Guidance for Human Resource Professionals*, a la cual puede accederse a través del siguiente enlace: <https://www.justice.gov/atr/file/903511/download>

<sup>35</sup> *Ibíd.*

<sup>36</sup> Recuerda Girela, Miguel Ángel y otros. (2018) *Anuario de Derecho de la Competencia*. Pag. 161.

Situación similar se presentó en España, en el caso de los acuerdos celebrados entre las compañías TRANSNATUR, SALVAT, INTER-TIR del sector de Transporte, enunciados en la resolución EXPTE. S/120/08 Transitorios de la Comisión Nacional de la Competencia de España, en donde las empresas, de manera colectiva, pactaron compromisos para no captar a trabajadores de otras empresas miembros del Grupo, sin el previo consentimiento de la compañía en que dicho trabajador prestara sus servicios.

Al respecto indicó la Comisión que, en estos eventos particulares, *“el riesgo de que un competidor pueda llevarse a trabajadores confiere a estos últimos una mayor capacidad negociadora y para devengar una remuneración más atractiva, adecuada a la demanda del mercado. Si se pacta la no captación o que la misma no se produzca sin consentimiento del empleador, los trabajadores pierden capacidad negociadora, lo que repercute en su retribución”*<sup>37</sup>.

En su momento, las reuniones auspiciadas por las empresas giraban en torno a temas que guardaban relación directa con la política comercial del sector, la cual, afectaba los costes de la actividad de cada una de estas, por lo que consintieron el acuerdo de determinadas actuaciones con el objeto de preservar no solo su margen de producción sino también minimizar el incremento de los precios de esta.

A la misma conclusión se llegó en el caso denominado en la doctrina como *Peluquería Profesional*<sup>38</sup> también en España, en donde se examinaron entre otros, acuerdos de no captación de personal por parte de las ocho compañías del sector cosmético -productos de cuidado del cabello-, integrantes de un acreditado cartel, en los términos de la legislación española, que en últimas afectaba la libre competencia en el mercado, y que era concertado para proteger únicamente la prosperidad de los miembros del mismo.

A las compañías se les reprochaba “una infracción del artículo 1 de la LDC por la adopción de acuerdos para el intercambio de información comercial sensible y para un pacto entre las empresas de no captación de trabajadores, lo que constituye un cartel, que ha venido funcionando desde el 8 de febrero de 1989 hasta el 28 de febrero de 2008”. Encontrándose acreditado en los informes de las reuniones celebradas de manera anual –a pesar de que varias compañías negaran su existencia-, que las sociedades integrantes del grupo declararon sentir malestar por el incumplimiento de la cláusula de no captación de personal de sus vendedores por parte del personal de otras compañías, por lo que concluyó la autoridad de competencia de España que se incurrió en una práctica anticompetitiva, junto con otras conductas de intercambio de información para la fijación de precios de los productos en el mercado.

Misma conclusión a la que seguramente se hubiese arribado en Croacia, de no haberse puesto fin al acuerdo suscrito por la empresa Gemicro con sus clientes o proveedores. La autoridad de competencia de ese país estableció en ese caso, que existía un acuerdo de no captación firmado entre la compañía y sus clientes (la mayoría de estas, empresas de *leasing*) en donde se restringía la contratación de exempleados de la primera por parte de los segundos, por un espacio de dos años, así como se prohibía la contratación de servicios con competidores de la compañía que

---

<sup>37</sup> Comisión Nacional de la Competencia. Resolución EXPTE. S/0120/08, Transitorios. 31 de julio de 2010. Madrid, España. <https://www.cnmc.es/expedientes/s012008>

<sup>38</sup> Expediente S/0086/08 Peluquería Profesional. España.

empleaban a sus exempleados. Este fue el primer caso en que la autoridad de competencia de Croacia analizó esta clase de acuerdos de no captación, sin embargo, en dicho evento se omitió la imposición de multas porque la empresa Gemicro determinó dar por finalizado el acuerdo, no sin que ello signifique que en efecto el acuerdo restringía la competencia<sup>39</sup>.

### **2.1.2. Acuerdos de fijación de sueldos o condiciones laborales o *Wage-Fixing agreements*.**

Como lo advierte INDECOPI, mediante estos pactos dos o más empresas acuerdan de forma conjunta, la fijación o eliminación de remuneraciones u otras condiciones laborales de sus trabajadores, sea imponiendo un monto específico de remuneraciones o aceptando no superar determinados rangos<sup>40</sup>. Ahora bien, antes de abordar lo que en estricto sentido constituye este apartado, resulta apropiado introducir el tema desde una perspectiva que puede a veces no resultar evidente como ocurre como los monopsonios de mercado laboral.

En principio, podría pensarse que los salarios bajos en un determinado mercado no interesan al derecho de la competencia, pues incluso para el consumidor del respectivo bien o servicio, este fenómeno representa un beneficio en la medida que abarata el mercado. No obstante, la anterior situación sí debe atraer la atención de las normas de competencia, pues en un análisis más detallado, dicha situación puede llegar a disuadir a los trabajadores de entrar a dicho mercado y llevarlos a optar por otras actividades productivas, lo que a su turno, podría conllevar la supresión o falta de oferta de determinado bien o servicio<sup>41</sup>.

Al respecto, ha concluido el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia, que esta restricción perjudica de manera indiscutible a los trabajadores en el valor de sus honorarios o en otros elementos que integran y configuran la relación de trabajo, puesto que no solo impiden el acceso a mejores beneficios laborales, sino que además los ubican en un escenario de inequidad al cual probablemente no estarían sometidos de no presentarse esta clase de pactos, puesto que podrían acceder a ofertas laborales en un entorno de mercado libre.

Un ejemplo claro de estas conductas, tal como lo advierte la entidad y como se puede extraer de la jurisprudencia especializada, se presentó en el caso americano relacionado con los hospitales de Arizona, en donde se estableció un plan de tarifas unificado para las enfermeras que trabajaban en la jornada diurna, así como aquellas que se vinculaban de manera temporal<sup>42</sup>, lo que imposibilitaba en últimas el acceso efectivo a puestos de trabajo con condiciones laborales y salarios determinados de manera particular por cada uno de los empleadores. Valga advertir que estos casos no se ajustan ni deben enmarcarse única y exclusivamente en el pacto de condiciones salariales,

<sup>39</sup> Recuerda Girela, Miguel Ángel y otros. (2018) *Anuario de Derecho de la Competencia*. Pág. 151.

<sup>40</sup> INDECOPI. Guía informativa sobre acuerdos anticompetitivos entre empresas en el ámbito laboral. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/2501877/Gu%C3%ADa+Informativa-Competencia+en+Ámbito+Laboral.pdf/cc871a77-33ae-6a3f-b2fb-c1fe5a2224e3>

<sup>41</sup> Devlin Alan J. *Reforming Antitrust*. (2021). Pág. 210.

<sup>42</sup> United States, District Court. Court of Arizona. CASE NO. CV07-1030-PHX. FINAL JUDGMENT. <https://www.justice.gov/atr/case-document/final-judgment-17>



puesto que se afirma en la misma guía del instituto, pueden abarcar otros beneficios o conceptos laborales.

Y es que como lo plantea Fons. D., en el documento *Libre competencia y derecho del trabajo: efectos del derecho económico comunitario en las relaciones laborales*: “la relación entre las reglas de libre competencia y el derecho del trabajo pueden observarse desde la interferencia entre una y otra”, y si bien, en los últimos años los conflictos entre estas se han generado a partir de la regulación de tiempo de trabajo y apertura en las contrataciones, no se resta validez a que puedan surgir, evento en el cual se empezarán a encontrar, en palabras del autor, controversias que requieran la intervención de las normas que regulen la libre competencia producto de los nuevos acuerdos y convenios colectivos.

No es un secreto que a medida que el ser humano avanza, el mercado se revoluciona y una vez se encuentre en este estado, surgirán nuevos conflictos y choques entre los derechos de las partes que intervinieren en él, entre esos el derecho al trabajo como derecho social y el derecho a la libre competencia como derecho económico, por lo que como se desarrollará adelante, “las normas de contenido laboral han actuado también de estándares mínimos en el ámbito de la libre competencia”<sup>43</sup>, por lo que no podrán tornarse como disciplinas contrarias y/o alejadas.

#### **b. Otras actividades derivadas del relacionamiento laboral que incumben a la libre competencia.**

Como se extrae de la guía informativa de INDECOPI, de la *Antitrust Guidance for Human Resource Professionals* y de los pronunciamientos de la OCDE sobre el particular, pactos para no contratar trabajadores entre sí, se constituyen en una práctica que en el ámbito laboral, eliminan de tajo la competencia para retener y atraer trabajadores, lo que limita la posibilidad de estos de obtener o negociar mejores puestos de labor, mejores condiciones laborales, mejor remuneración y mayor acceso a sectores más especializados.

Sin embargo, no deberá pasarse por alto que este tipo de acuerdos no pueden dejarse únicamente bajo la responsabilidad de las compañías, puesto que como lo muestra la evidencia, incluso las organizaciones sindicales de trabajadores pueden incurrir en la creación de una barrera para la generación de nuevas plazas de empleo de otros trabajadores de diferente sector, tal como se extrae de la resolución 0479-2014/SDC-INDECODI<sup>44</sup>, en donde se sancionó a una agremiación y a varios de sus integrantes, por impedir la contratación de trabajadores ajenos a dicho grupo.

---

<sup>43</sup> Fons, Daniel Martínez. *Libre competencia y derecho del trabajo: efectos del derecho económico comunitario en las relaciones laborales*. La Ley, 2006. Ver [https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=jW83dxDVXzMC&oi=fnd&pg=PA4&dq=libre+competencia+y+mercados+laborales&ots=vLr\\_ADmbdE&sig=xgJhoNAQ9I-LZtrEpAeeo-W84SU#v=onepage&q&f=false](https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=jW83dxDVXzMC&oi=fnd&pg=PA4&dq=libre+competencia+y+mercados+laborales&ots=vLr_ADmbdE&sig=xgJhoNAQ9I-LZtrEpAeeo-W84SU#v=onepage&q&f=false)

<sup>44</sup> Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Resolución No 0479-2014/SDC-INDECOPI. Expediente 002-2009/CLC. Ver en [https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/168301/RES\\_0479-2014.pdf/1489dca1-b204-4752-8523-e7c9bb5249f4](https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/168301/RES_0479-2014.pdf/1489dca1-b204-4752-8523-e7c9bb5249f4)

Se reprochó al sindicato de estibadores del Puerto de Salaverry, la comisión de prácticas para la obstaculización de la entrada de competidores en el mercado de trabajo portuario. Lo que permite señalar que si bien, existen acuerdos que generalmente se presentan en el mercado y que generan la injerencia de las autoridades encargadas de garantizar las normas de libre competencia, estos no pueden tomarse como una lista cerrada, puesto que resulta necesario analizar el impacto de las medidas, la afectación del relacionamiento y el mercado.

En esta oportunidad, los sindicatos pararon en sus actividades, bloquearon el ingreso al puerto e impidieron que se realizaran labores portuarias para finalmente, concertar actos de boicot, con la finalidad de impedir que la empresa denunciante contratara a trabajadores que prestaran sus servicios en el terminal y que no hacían parte del colectivo. Incluso, se generaron actos hostiles contra trabajadores no sindicalizados.

A primera vista, pareciera una discusión netamente entre empresa-organización sindical. Incluso, la defensa de las agremiaciones vinculadas pugnó porque fueran declarados sujetos sin legitimación en la causa, al no ser considerados agentes económicos ni encontrarse en la misma cadena productiva de la compañía, por lo que no podía supuestamente existir una relación de competencia entre estos y la empresa que permitiera que les fueran aplicadas las normas sobre competencia.

Se denunció en la determinación que las agremiaciones no solo obstaculizaron los procesos de contratación, sino que, además, impedían el eficiente desarrollo de las actividades del puerto, no obstante, fueron sancionadas en primera instancia únicamente por impedir los procesos de contratación de trabajadores no vinculados a los colectivos, lo que generó el conocimiento del caso en segunda instancia, provocando que el Tribunal determinara lo siguiente:

*“(...) 29. Ahora bien, sin perjuicio de lo explicado en torno a la legitimidad y legalidad de los sindicatos, es pertinente analizar cuáles son los efectos económicos de su actuar en el mercado. Ello nos permitirá poder analizarlos bajo el lente de la legislación de libre competencia y, de ser el caso, establecer en qué supuestos podrían resultar aplicables sus disposiciones a determinadas actuaciones efectuadas en el ámbito sindical.*

*30. Al respecto, este colegiado considera que, sin dejar de reconocer la especial condición de las relaciones de trabajo, ni mucho menos la especial protección que les otorgan la Constitución y las leyes, si atendemos a su naturaleza económica, más que a su calificación legal, los sindicatos son asociaciones entre competidores (trabajadores) que, entre otras cosas, adoptan acuerdos vinculados, entre otras cuestiones, con los salarios (lo que podría considerarse como equivalente al “precio” del trabajo). Aunque se trate de un mercado con características particulares, en el mercado de trabajo pueden identificarse también el producto o servicio ofrecido (mano de obra), los “ofertantes” (los trabajadores) y los “demandantes” (las empresas que demandan mano de obra).*

*31. En esa misma línea, un acuerdo adoptado por un sindicato que fije un determinado nivel de salarios o restrinja la producción o el acceso de terceros al mercado es susceptible de ser, al menos en teoría, violatorio de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. De hecho, en aquellos ordenamientos en los que las leyes de competencia surgieron con*

*anterioridad a las normas laborales, los acuerdos sindicales eran declarados ilícitos o, por lo menos no eran considerados “ejecutables” por las autoridades judiciales<sup>45</sup>.*

*32. Estos acuerdos, cabe precisar, no sólo son susceptibles de afectar a los empleadores (extrayéndoles un mayor salario por el trabajo al que se pagaría en un entorno competitivo), sino también a los consumidores, porque eventualmente podrían incidir en el precio final de los productos o servicios ofrecidos por el empleador. Al ser la mano de obra uno de los insumos de producción para las empresas, el pago de mayores salarios puede trasladarse al precio final de los productos ofrecidos por el empleador. Sobre el particular, Marks señala que:*

*“Un acuerdo entre competidores con relación a las horas de operación afectará la competencia a nivel retail y, por ende, el mercado de producto. Las horas de operación, sin embargo, también afectan las horas de trabajo de los empleados, uno de los aspectos de la compensación pagada a los trabajadores. Como este ejemplo evidencia, las decisiones adoptadas en el mercado de trabajo casi inevitablemente alteran los resultados en el mercado de productos. En consecuencia, las acciones anticompetitivas en el mercado de trabajo restringen la competencia en el mercado.”<sup>46</sup>*

El impacto que producen las conductas de las agremiaciones sindicales en el mercado laboral y de productos no puede ser desconocida.

Como aconteció en el asunto de la referencia y como se ahondará en el capítulo siguiente, diversos conflictos originados exclusivamente en el relacionamiento de empresas-trabajadores/ empresas-organizaciones colectivas, como lo anunció la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de Perú, pudieren parecer alejadas del marco de regulación de la libre competencia; sin embargo, será dable evaluar si en todo caso:

- i) El impacto que generan es permitido por la legislación laboral, y;
- ii) Si la incidencia en los costos de producción, de la fijación del precio y de la prestación del servicio en el mercado no pone en riesgo el derecho de los consumidores, puesto que, de ser así, tal como se advirtió en las consideraciones de la resolución en cita, será imperativo que interfiera la autoridad de la competencia.

No obstante, a diferencia de lo que ocurrió en este asunto particular, escenario diferente se encuentra en el ordenamiento español, en donde la autoridad de competencia ha sido enfática en determinar que estarán excluidos de la revisión de cara a las normas de libre competencia, los

---

<sup>45</sup> Para una explicación de cómo los sindicatos constituyen una especie de cartelización y cómo el marco legal los proscibía hasta mediados del siglo XX en Estados Unidos de América y en el Reino Unido, ver: EPSTEIN, Richard A. *El libre mercado bajo amenaza. Cártels, políticos y bienestar social*. Lima: UPC, 2007. pp. 111-132.

<sup>46</sup> Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Resolución No 0479-2014/SDC-INDECOPI. Expediente 002-2009/CLC. Ver en [https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/168301/RES\\_0479-2014.pdf/1489dca1-b204-4752-8523-e7c9bb5249f4](https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/168301/RES_0479-2014.pdf/1489dca1-b204-4752-8523-e7c9bb5249f4)

acuerdos, convenciones o negociaciones realizadas entre sindicatos y empresas cuando se evidencia que el producto de estas se relaciona estrictamente con el componente social de la relación, atado a las mejores en las condiciones laborales de los trabajadores.

Advirtió en su momento la autoridad española que, si bien “*las condiciones impuestas para la subrogación son desproporcionadas, y no niega esta Sala que pudieren serlo, lo cierto es que las condiciones se establecen para proteger la estabilidad en el empleo, esto es, mantener el puesto de trabajo de los trabajadores por cuenta ajena, y ello no puede negarse, es materia de que queda excluida del control de la CNC, que no puede entrar, por falta de competencia, a valorar la proporcionalidad de las condiciones (...)*”<sup>47</sup>.

Valga indicar que, en este caso particular, la autoridad de competencia analizó el *Convenio de Seguridad* celebrado por varias empresas del sector, en el cual se arribó a la conclusión de que se infringían las normas de libre competencia. No obstante, por tratarse de “mejoras en las condiciones laborales” y tener un trasfondo social relacionado con los puestos de trabajo y la estabilidad de los trabajadores, no era competente la autoridad para imponer sanciones a la luz de las normas anticompetitivas.

Lo anterior, demuestra que, si bien es cierto, las normas de libre competencia tienen injerencia en los acuerdos laborales y pueden y deben determinar cuándo afecten las condiciones libres del mercado, la posibilidad de que se materialice la intervención por parte de las autoridades es aún restringida.

El posicionamiento en el ordenamiento mundial, no solo en Colombia, que se le otorga al derecho del trabajo y los acuerdos que suscriban las partes para lograr mejores condiciones en el desarrollo de las labores, incluso si llegaren a considerarse desproporcionados a la luz del derecho de la competencia, al menos en los países de la Unión Europea, como es el caso de España, lo lleva a estar excluido del análisis y campo de acción de las autoridades de competencia, por lo que lograr la injerencia de estas se supedita a demostrar que en la práctica los acuerdos no se dirijan a mejorar las condiciones de los trabajadores sino a beneficiar a un tercero agente en el mercado de bienes y/o servicios<sup>48</sup>.

Pero ¿qué acontecería cuando la mejora en las condiciones de los trabajadores, de manera indirecta impacta negativamente en el mercado y afecta la libre competencia en este? Dicho interrogante deberá abordarse de manera puntual en cada caso y correspondería, en criterio de los autores, resolver a la autoridad de competencia colombiana, puesto que como se precisará en el capítulo final, existen conductas desarrolladas entre empresas y trabajadores que si bien son pactadas para garantizar un relacionamiento idóneo entre las partes, podrían poner en riesgo la libre competencia en el mercado no solo entre empresas sino entre los mismos trabajadores como agentes intervinientes del mercado.

---

<sup>47</sup> Audiencia Nacional. Sentencia del 29 de noviembre de 2013. Radicado 240/2012. España.

<sup>48</sup> Recuerda Girela, Miguel Ángel y otros. (2018) *Anuario de Derecho de la Competencia*. Pag. 151.

### III. Injerencia de la Superintendencia de Industria y Comercio SIC en la firma de Acuerdos laborales anticompetitivos en Colombia.

Antes de demostrar a través de casos prácticos y puntuales cuál ha sido hasta ahora el nivel de injerencia que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio SIC, como autoridad guardadora y controladora de las normas de libre competencia en nuestro país, será imperante reiterar que la creación de esta entidad gubernamental data desde el año 1968 con la expedición del Decreto 2974 del 3 de diciembre de 1968, mismo que reestructuró el Ministerio de Fomento de la época.

La entidad se fundó como la autoridad nacional de protección de la competencia, los datos personales y entre otras cosas, la propiedad industrial, y el consumidor. Objetivo que deberá ser entendido de manera muy puntual, puesto que, a partir de este, se establecerá su injerencia en la vigilancia de la libre competencia en los acuerdos laborales.

La Superintendencia de Industria y Comercio SIC ha analizado de manera indirecta la aplicación del derecho de la competencia en el mercado laboral y si bien, antes del 2021 no se había iniciado una investigación por prácticas restrictivas en el ámbito laboral, sí se había tratado desde el punto de vista del derecho de asociación en algunos casos relacionados con organizaciones de médicos profesionales. No obstante, como se revisará adelante, a pesar de que determinó en una oportunidad que el derecho a la libre competencia debía ser utilizado para analizar las conductas anticompetitivas, sin importar la naturaleza o forma jurídica del investigado, en la mayoría de las investigaciones relacionadas con acuerdos laborales, ha concluido decidir el archivo de estas, puesto que ha considerado que o no se afecta el mercado, o se trata de una simple disputa entre las partes de una relación de trabajo.

A través de la Resolución 71.792 de 2011 se impuso sanción a la Sociedad Colombiana de Pediatría y Puericultura Regional Santander (en adelante SCPPS) al encontrarse que creó un comité encargado de elaborar un manual tarifario que tenía como propósito servir de guía para la contratación de los servicios profesionales de medicina pediátrica por parte de las EPS e IPS, hecho que generó la vulneración del artículo 4 del Decreto 1663 de 1994<sup>49</sup>.

Se logró probar que existía el manual de tarifas y que en el mismo se incluían las condiciones de negociación de cada uno de los miembros de la asociación. La Superintendencia advirtió que si bien el Gobierno y el legislador han reconocido la necesidad de regular las tarifas de algunos servicios de salud, entre ellos, los honorarios de los especialistas de pediatría, lo cierto es que los agentes que participan en este mercado deben aplicar las normas de libre competencia, mismas que impiden la afectación a la libre formación del mercado. Incluso, concluyó la entidad que, si en todo caso en la regulación se establecieran precios máximos, “ello no quiere decir que los

---

<sup>49</sup> Artículo 4°. *Prohibición a las asociaciones o sociedades científicas y de profesionales o auxiliares. Sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas, se prohíbe a las asociaciones o sociedades científicas y de profesionales o auxiliares del sector salud al desarrollar su actividad, el adoptar decisiones o políticas internas que tengan por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud; abusar de una posición de dominio sobre el mismo; o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud. Dichas conductas tendrán objeto ilícito.*

*competidores podrían ponerse de acuerdo para aplicar la tarifa máxima permitida por la regulación”<sup>50</sup>.*

En el caso de las asociaciones, su naturaleza gremial, no las exime de la aplicación de las normas de libre competencia, independientemente de que no participen directamente en el mercado de los servicios de salud, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009. Sobre el particular, expresó la SIC y sobre esto se hace hincapié, *las normas de competencia serán aplicables a todo aquel que desarrolle una actividad económica y a aquel que sin realizar una actividad económica afecte o pueda afectar ese desarrollo de esta, independientemente de su forma o naturaleza jurídica*<sup>51</sup>.

Adicionalmente, estableció que en lo relacionado con los precios, la alteración de la libre formación de estos, sin lugar a duda restringe y limita la competencia, *“independientemente de que dicha alteración sea producida por una persona que no participa directamente como agente económico en el mercado”*. Por lo que puntualizó que *“las asociaciones y entidades de naturaleza gremial deben abstenerse de adoptar decisiones o políticas tendientes recomendar o sugerir a sus asociados cualquier tipo de precios ya sean mínimos o de referencia, lista de descuentos o promociones permitidas a sus asociados, en razón a que dichos actos pueden ser restrictivos de la libre competencia”<sup>52</sup>.*

En contraposición a lo enunciado, mediante Resolución 60.485 de 2016, la SIC decidió archivar la averiguación preliminar adelantada con motivo de la queja instaurada por COLSUBSIDIO al considerar que no se vulneró el régimen de libre competencia por cuanto de las pruebas se podía evidenciar un conflicto entre la entidad y los cirujanos que no tenía injerencia en las normas de libre competencia.

Para contexto, en el año 2012 COLSUBSIDIO interpuso una queja por la presunta infracción del régimen de libre competencia por parte de un grupo de cirujanos pediatras que prestaban sus servicios a la entidad que al renunciar masivamente y al abstenerse de prestar servicios de salud y no permitir que se realizaran contrataciones de nuevos cirujanos, se obstaculizaba en el mercado el derecho a la libre competencia de cara a otras empresas prestadoras del servicio.

La SIC consideró que la renuncia masiva se debió a que no se aceptó la propuesta de mejorar la atención a los pacientes quirúrgicos que implicaba mejorar las condiciones laborales y que, en todo caso, no resulta significativo desde la perspectiva del mercado presuntamente afectado. Determinó que tampoco se encontraron pruebas que demostraran que la Sociedad Colombiana de Cirugía Pediátrica haya influido para evitar que cirujanos pediatras se presentaran a la convocatoria realizada por COLSUBSIDIO. De hecho, concluyó que de la convocatoria se logró contratar 6 cirujanos de los cuales 5 trabajan exclusivamente con COLSUBSIDIO e incluso algunos hacían parte de la agremiación.

---

<sup>50</sup> Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Resolución 71.792 del 2011. Bogotá. Página 17.

<sup>51</sup> Ibidem. Página 18.

<sup>52</sup> Ibidem. Página 19.

De otro lado, en el año 2012 la Delegatura para la Protección de la Competencia inició de oficio una averiguación preliminar para determinar si existían prácticas restrictivas en el marco de la actividad de los futbolistas profesionales y semi-profesionales en Colombia, a raíz de las declaraciones dadas por la Asociación Colombiana de Futbolistas profesionales -ACOLFUTPRO- al periódico EL TIEMPO en las que se expresaba que “*varios jugadores han sido víctimas de un acuerdo que les impide firmar con otro club en el país, por haber presentado su renuncia alegando justa causa*”<sup>53</sup>.

Mediante Resolución 23.022 del 26 de abril de 2013, el delegado para la protección de la competencia decidió archivar la averiguación preliminar por considerar que no se cumplía con el requisito de significatividad desde el punto de vista del mercado afectado, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009.

Valga advertir que el análisis de significatividad se hizo teniendo en cuenta las quejas presentadas por los jugadores, por asuntos laborales y se concluyó que las quejas representaban el 0.6%, lo que no constituye una afectación a la generalidad del mercado. Adicional a ello, el delegado consideró que el impacto de las quejas se ve reducido por el hecho de que las disputas entre clubes y jugadores por cláusulas laborales se pueden resolver por mecanismo de autorregulación y de solución alternativa de conflictos. Además, advirtió la entidad que le corresponde a COLDEPORTES realizar el registro de los derechos deportivos de cada futbolista y es esa entidad la que debe velar porque dicho registro opere de manera legal.

En otro caso, mediante la Resolución 76.922 de 2021 la SIC abrió investigación y formuló pliego de cargos contra 16 equipos de fútbol y varias personas naturales vinculados a estos para determinar si en dicho asunto se transgredió el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 en el mercado de los derechos deportivos de los jugadores del fútbol profesional colombiano. En concreto, la Delegatura para la Protección de la Competencia determinó que existe una posible conducta anticompetitiva por parte de varios clubes deportivos y la DIMAYOR al acordar no negociar los derechos deportivos de determinados jugadores como una forma de sanción contra los jugadores que querían terminar sus contratos para irse a otro club.

Al parecer, este acuerdo se realizó de manera encubierta entre los presidentes de los clubes imputados con el objeto de evitar que los jugadores pudieran ser contratados por un nuevo club sin la aprobación y compensación económica a su antiguo empleador, así la relación contractual no estuviera vigente. El acuerdo realizado se conoció como “pacto de caballeros” que “buscaba hacer respetar las inversiones que se habían hecho sobre un jugador”<sup>54</sup>.

Dicho convenio afectó la competencia por cuanto los jugadores afectados con dicho comportamiento tuvieron que dejar el país, continuar con la relación laboral que tenían con el club o pagar alguna indemnización a su anterior empleador para poder actuar en otros clubes. Además, los clubes que no participaron en la conducta sufrieron un gran desincentivo a la hora de pretender contratar un jugador sobre el cual se hubiera impuesto un veto de facto<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Resolución 23.022 de 2013. Bogotá Página 2.

<sup>54</sup> Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Resolución 76.922 de 2021. Bogotá Página 44.

<sup>55</sup> Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Resolución 76.922 de 2021. Bogotá. Página 47.

En conclusión, tal como se extrae de las resoluciones en cita, la injerencia de la SIC, si bien puede estar establecida por la afectación de los actos de los sujetos de la relación en el mercado y aplicarse de manera indiscriminada, sin perjuicio de la naturaleza jurídica de las partes, tal como se enunció en resolución 71.792 de 2011 de conformidad con el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009<sup>56</sup>; en la práctica la posición que ha tomado la entidad se ciñe a indagar si a pesar de que los acuerdos sean inequitativos entre las partes y las ubiquen en posiciones de afectación frente a los otros prestadores de servicio en el mismo nivel, estos afecten al mercado de manera representativa.

Es decir, si se agrupan los acuerdos legales y extralegales que pudieren pactarse entre las partes de una relación laboral, en el caso colombiano y en lo que corresponde a las actuaciones de la SIC, tal como se advierte en la resolución 60.485 de 2016 y en la 23.022 del 26 de abril de 2013, solo será factible tener un pronunciamiento de fondo relacionado con la libre competencia, cuando estos pactos generen un impacto significativo en el mercado o cuando no se trate meramente de un conflicto entre empleador y trabajadores.

Sin embargo, como se indicará en el capítulo siguiente, el punto está en determinar cuál será la regla de interpretación aplicable al momento de determinar si un acuerdo laboral es o no anticompetitivo. Puesto que, si se arriba a la conclusión de que se tratará de la regla de interpretación *per se*, bastará con determinar qué acuerdos o pactos de los reglados normativamente encuadran en acuerdos laborales existentes en el ordenamiento jurídico colombiano. O si, por el contrario, se concluye que deberá darse prevalencia en estos análisis a la regla de interpretación de la razón -como es la inclinación de los autores, deberá concluirse cuál es el criterio para determinar que un pacto entre empleador y trabajadores no puede generar una afectación en el mercado o cuál sería el criterio de significatividad para asegurar que sí.

#### **IV. Aplicación de las normas de libre competencia en los acuerdos laborales. Una mirada a las reglas de interpretación aplicables en Colombia y a los efectos de los acuerdos laborales en el mercado.**

Múltiples han sido los cuestionamientos respecto a la existencia de casos que demuestren la aplicación de normas de libre competencia en el mercado laboral. Es significativo para la academia y para las autoridades de libre competencia que se analicen las conductas en que empleadores y trabajadores, a partir de acuerdos entre sí, o que sirvan para regular las relaciones de trabajo, generen un impacto en el mercado ya no de productos, sino en el mercado laboral.

Primigeniamente se debe partir de la base de que en lo que corresponde al mercado laboral, por disposición expresa del Código Sustantivo del Trabajo existe la prohibición de pactar cláusulas de no competencia a la finalización del vínculo, limitación contenida en el artículo 44 sustantivo que

---

<sup>56</sup> Artículo 2o-. *Ámbito de la Ley. Adicionase el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 con un segundo inciso del siguiente tenor: Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales, Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico.*



deja sin efectos cualquier pacto de esta naturaleza y que si bien no es analizado por la Superintendencia como autoridad de la competencia, su razón de ser está ligada a la competitividad en el mercado laboral, siendo nula de pleno derecho cuando se pacte, toda vez que como fue aceptado por el Tribunal Supremo del Trabajo en sentencia de 1948 limita la libertad de profesión u oficio. Expresó la Corporación en la única sentencia que ha analizado de manera práctica el asunto en la jurisdicción ordinaria laboral:

*“(...) reconociendo nuestra Carta Fundamental la libertad de trabajo y estableciendo ella misma también que el trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado, según se dejó analizado al principio de esta providencia, es lógico concluir que toda estipulación que limite esa libertad y ese derecho a trabajar va contra esos claros principios constitucionales, afecta notoriamente al trabajador porque le prohíbe ganarse la vida con su actividad, profesión u oficio, y es, por consiguiente, nula de nulidad absoluta, porque tiene objeto ilícito al contravenir el Derecho Público de la Nación.”*

Al respecto, valga advertir que esta disposición fue contrastada con la Constitución Política de 1886, vigente al momento en que el Tribunal Supremo del Trabajo realizó la revisión de la cláusula de no concurrencia o también conocida como de competencia desleal, sin embargo, con la expedición de la Constitución de 1991, la cual contempla el trabajo como un derecho fundamental, esta prohibición se mantiene y podría decirse que hoy tiene un contenido de protección mucho mayor, por lo que de manera primigenia podría advertirse que existe un punto de inflexión en el derecho laboral y el derecho a la competencia, al menos en lo que corresponde a las cláusulas de no concurrencia, que pone en un plano superior el derecho al trabajo y a la libertad de profesión u oficio, por encima del derecho a la competencia en el mercado.

Como precisa el delegado para la protección de la libre competencia en cuestionamiento realizado por los autores, “si bien la relación entre el derecho laboral y el derecho de la competencia tienen un origen que se remonta a varios años atrás en el mundo, al momento de mirar casos, no existe definitivamente un número equiparable de estos frente a todos los casos que versan exclusivamente con prácticas restrictivas de la competencia. En Colombia contadas son las referencias que ilustran esa relación, pero hoy por hoy se espera que se consolide una doctrina probable en este campo a partir del ejercicio de las funciones que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio en calidad autoridad nacional de competencia”<sup>57</sup>.

En línea con lo anterior, la experiencia nos ha permitido concluir que las normas de libre competencia serán aplicables en los casos de fijación salarial, los acuerdos entre empleadores para la fijación de tarifas o de condiciones laborales. Así como por expresa disposición laboral, los pactos de no concurrencia tenderán a ser nulos.

Sin embargo, acuerdos en el mercado laboral como los siguientes, requerirán la intervención de la autoridad de competencia a pesar de que no existe disposición expresa que así lo contemple y aunque pareciere tratarse de un asunto eminentemente laboral:

---

<sup>57</sup> Delegatura para la Protección de la Competencia. *Derecho de la competencia y Derecho laboral*. Marzo 2022. Concepto rendido por solicitud de los autores.

- a) En la industria de hidrocarburos se ha vuelto costumbre que en las regiones, algunas asociaciones o líderes ejerzan presión sobre empresas como Ecopetrol u otras del sector *oil and gas* para que se contrate obra de mano local más allá de los porcentajes legales establecidos en el Decreto 1668 de 2016, y se pacte la adquisición de bienes o la prestación de servicios con proveedores locales del área de influencia donde se va a desarrollar el proyecto o se adelanta la operación de dichas compañías.

En este escenario, es pertinente preguntarse si llegado el caso, como es lo usual que las empresas accedan a suscribir ese tipo de acuerdos para contratar sólo trabajadores locales excluyendo a otros de ese mercado laboral sin justificación alguna, estaríamos frente a un tipo de acuerdo restrictivo de la competencia cuya significatividad conlleve la intervención de la SIC.

- b) En la industria del Fútbol, el artículo 23 del Estatuto del Jugador establece lo siguiente:

*“Requisitos básicos del Contrato de Trabajo.*

*Todo jugador profesional deberá tener contrato de trabajo con el club que lo emplea. Para la validez de dicho acuerdo laboral se deberán cumplir los siguientes requisitos:*

*Constar por escrito en formato único adoptado por COLFUTBOL, el cual es de obligatorio cumplimiento. En caso de que se utilice modelo o documento distinto al anterior o que no sean registrados todos aquellos que regulen las condiciones laborales entre el club y jugador, conllevará la aplicación de las medidas disciplinarias que pudieran corresponder”.*

En relación con el formato único al que se hace referencia en la norma citada si bien no puede considerarse anticompetitivo per se, habría que analizar que el mismo no contenga cláusulas anticompetitivas o estipulaciones que pudieran ser consideradas por la SIC como restrictivas de la libre competencia.

La DIMAYOR es la encargada de verificar que los contratos de trabajo se ajusten a lo dispuesto en la norma referida del Estatuto del Jugador y a lo acordado por los clubes profesionales en sus asambleas, acuerdos y circulares que, en muchas ocasiones, conlleva para los equipos profesionales de fútbol pactar condiciones muy probablemente anticompetitivas entre clubes en su calidad de empleadores, o a intercambiar información sensible entre ellos como competidores en el mercado del fútbol, asociada con sus políticas laborales.

Un ejemplo de lo anterior es el artículo 5, numeral 11 de los estatutos de la DIMAYOR, que establece que esa entidad tendrá, entre otras, las siguientes funciones y competencias:

*“11. En el desempeño de sus funciones, la DIMAYOR tendrá derecho sobre el uso y la explotación comercial de los derechos de imagen colectivos de los jugadores cuando, actuando como miembros de un club profesional afiliado a la DIMAYOR, participen en una competencia oficial y/o cuando vistan la indumentaria oficial del club afiliado a la DIMAYOR. El uso y explotación comercial de los derechos de imagen colectivos lo podrá efectuar la DIMAYOR y sus aliados comerciales siempre que, concurren jugadores de dos*

*(2) o más clubes afiliados y será, pero no limitado a, reproducciones gráficas en cualquier medio, cinematográficas, internet, video gráficas y cualquier otro medio que sea utilizado por la entidad para su promoción y comercialización. Para efectos de lo anterior, se entenderá por derechos colectivos de imagen aquellos en los que la imagen de un jugador aparece relacionada con dos o más miembros de un equipo participante en una competencia oficial, vistiendo la indumentaria del mismo, o cuando participe en actos públicos organizados por la DIMAYOR.”*

La norma citada implica una conducta anticompetitiva laboral, pues todos los clubes profesionales del fútbol Colombiano acuerdan que será la DIMAYOR la que tiene el derecho sobre el uso y la explotación comercial de los derechos de imagen colectivos de los jugadores, lo que conlleva que en este mercado relevante de los jugadores, los agentes económicos que demandan este servicio, es decir, los clubes, no actúen de forma autónoma e independiente, pues deben establecer como condición para la contratación de un futbolista, que este ceda los referidos derechos, en virtud del acuerdo anticompetitivo al que llegaron y que quedó consignado en los estatutos de la DIMAYOR como ente rector del fútbol profesional colombiano.

El pacto anticompetitivo descrito genera que los jugadores de fútbol no pueden negociar con su club sobre el uso y la explotación comercial de los derechos de imagen colectivos de los jugadores, pues todos los clubes, en virtud del acuerdo, exigen que estos sean de la DIMAYOR, aspecto que los futbolistas están obligados a aceptar en virtud del artículo 5 del estatuto del jugador.

- c) Otra conducta potencialmente anticompetitiva de los clubes es el acuerdo de prohibir que los jugadores que se encuentren en la última temporada de vigencia de su contrato negocien con otro club, salvo que el club de origen manifieste su conformidad o reciba una compensación. Controversia que será resuelta de acuerdo con lo establecido en el artículo 8 del Código Disciplinario de la DIMAYOR en un tribunal de arbitramento. Lo que genera en últimas que los futbolistas no puedan someter a la justicia ordinaria, so pena de sanciones, cualquier tipo de controversias que no sean laborales, como por ejemplo, el uso indebido de su derecho de imagen o de cualquier otro asunto de libre disposición por parte de un Club, la DIMAYOR o la FCF.
- d) Por otra parte, algunos clubes profesionales, obligan a los futbolistas con los que celebran un contrato de trabajo o convenio deportivo a que se incluya a un determinado agente o intermediario, so pena de no ser contratado por el club si no se cumple esta condición. Solicitud que se funda en lo advertido en el artículo 18 numeral primero del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de la FIFA, el artículo 2 y 4 del Reglamento sobre las Relaciones con Intermediarios de la FCF aprobado mediante resolución Núm. 3330 de marzo 31 de 2015 y en los artículos 21 numeral 5, 30 y 37 numeral 5 del Estatuto del Jugador de la FCF.

En estos casos, será determinante que la Superintendencia adelante las investigaciones que correspondan, con miras a establecer el papel de los agentes o intermediarios dentro del mercado de transferencias en el fútbol colombiano. Toda vez que será fundamental analizar si imponerles un determinado agente y obligarlos a finalizar todo tipo de vínculos con los representantes de su confianza, podría configurar una práctica restrictiva de la competencia por cuanto se excluye a

otros sujetos del mercado y se obliga a los jugadores a firmar contratos con los intermediarios del club so pena de no ser contratados por esos equipos.

Para citar algunos ejemplos con relación a la obligatoriedad de que el jugador quede conminado a aceptar un intermediario que el club le imponga, se pueden verificar los contratos de intermediación que según ACOLFUTPRO suscriben los futbolistas del Unión Magdalena S.A. donde al parecer se les obligó a aceptar un intermediario único. Otro ejemplo son los contratos de intermediación que según lo informado por la misma Asociación Colombiana de Futbolistas Profesionales suscriben los futbolistas del club Atlético Nacional S.A. en donde se incluye en sus contratos laborales como intermediaria única a la hija del dueño de ese equipo de fútbol.

En ese orden de ideas, tenemos como resultado que la simple firma de algunos acuerdos laborales como es el caso de los acuerdos de fijación salarial o de condiciones laborales ya constituyen conductas objeto de la aplicación de las normas de libre competencia en los términos del artículo 47 del Decreto 2163 de 1992. A su vez, la firma de pactos de no competencia, sería nula por la restricción que generan estos en el mercado así como la transgresión del derecho superior al trabajo y a la libertad de elección de profesión u oficio. En ese sentido, si llegaren a ser pactados se entenderán sin efecto jurídico, por lo que, la respuesta a la pregunta problema será afirmativa: las normas de libre competencia son susceptibles de aplicarse a los acuerdos laborales en Colombia.

Sin embargo, cuando no se encuentren establecidos de manera previa en la ley, ni exista norma que restrinja la fijación de acuerdos como los enunciados en precedencia, el análisis y la injerencia de la SIC, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 de la Ley 155 de 1959, será objeto de un análisis caso a caso en el que se determine la significatividad y la afectación en el mercado, así como el impacto y el sentido económico que se haya tenido para la celebración de estos.

## CONCLUSIONES

1. El derecho a la libre competencia en Colombia consagra la libertad de empresa, la función social de la empresa y el deber en cabeza del Estado de impedir que la libre competencia se obstruya o se restrinja por la actividad de los particulares.
2. El derecho a la libre competencia es un derecho colectivo que se funda en el de la libertad económica y les otorga a los ciudadanos la facultad de realizar actividades de carácter económico según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio o satisfacer necesidades sociales.
3. Los actos y acuerdos que limitan la libre competencia estarán consagrados de manera expresa en codificaciones legislativas. No obstante, cuando ello no fuere de esa forma, podrá acudir a la regla de la razón, como regla de interpretación, para determinar que la conducta afecta, restringe o limita la competitividad en el mercado.
4. Pretender que las prohibiciones y los actos que atentan contra la libre competencia sean inamovibles, resultaría descontextualizado, desconocedor de las dinámicas del mercado y por consiguiente del ser humano.
5. Los sujetos de una relación laboral pueden acordar de manera libre y voluntaria la regulación de situaciones que, a pesar de no estar catalogadas por el legislador, requieren

soluciones satisfactorias a partir del principio de la autonomía de la voluntad reglado en nuestro ordenamiento por la legislación civil.

6. Las normas que regulan la libre competencia a nivel internacional y nacional, sí se aplican a los acuerdos laborales. No obstante, el desarrollo de esto no ha sido ampliamente abordado.
7. Las normas de libre competencia sí deben estudiar determinados acuerdos laborales ya que la injerencia de los trabajadores como grupo de intereses en el desarrollo de las compañías y por consiguiente en el mercado, es indiscutible.
8. La Superintendencia de Industria y Comercio ha analizado de manera indirecta la aplicación del derecho de la competencia en el mercado laboral y si bien, antes del 2021 no se había iniciado una investigación por prácticas restrictivas en el ámbito laboral, sí se había tratado desde el punto de vista del derecho de asociación en algunos casos relacionados con organizaciones de médicos profesionales.
9. En la actualidad y en la práctica, la posición que ha tomado la Superintendencia de Industria y Comercio se ciñe a indagar si a pesar de que los acuerdos sean inequitativos entre las partes y las ubiquen en posiciones de afectación frente a los otros prestadores de servicios en el mismo nivel, estos afecten al mercado de manera representativa, de lo contrario, no tendría competencia para tomar partida en el asunto.
10. En la actualidad y de acuerdo con las actividades desarrolladas por la SIC, solo se podrá tener un pronunciamiento de fondo relacionado con el régimen de la libre competencia, cuando estos pactos generen un impacto significativo en el mercado o cuando no se trate de un conflicto entre empleador y trabajadores.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **JURISPRUDENCIA.**

#### **- CORTE CONSTITUCIONAL**

1. Corte Constitucional, sentencia T-611 de 2001.
2. Corte Constitucional, sentencia T-282 de 2018.
3. Corte Constitucional, sentencia C-399 de 1999.
4. Corte Constitucional, sentencia C-212 de 2012.
5. Corte Constitucional, sentencia C-1491 de 2000.
6. Corte Constitucional, sentencia C-032 de 2017.
7. Corte Constitucional, sentencia C-320 de 1997.
8. Corte Constitucional, sentencia C-287 de 2012.
9. Corte Constitucional, sentencia C-320 de 1997.
10. Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1995.
11. Corte Constitucional, sentencia C-978 de 2010.
12. Corte Constitucional, Sentencia C-016 de 1998.

#### **- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**

13. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia con radicación 32.347 del 3 de julio de 2008.
14. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia con radicación 39.744 del 20 de junio de 2012.
15. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia con radicación SL 2729 del 2015.
16. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia con radicación 46475 del 22 de julio de 2015.
17. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia con radicación 46.636 del 08 de junio de 2016.
18. Decreto 2153 de 1992.

- CONSEJO DE ESTADO

19. Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de agosto de 2008. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

### **RESOLUCIONES DE ENTES DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL**

20. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 76922 de 2021.
21. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 23022 del 26 de abril de 2013.
22. Superintendencia de Industria y Comercio de. Resolución 71.792 del 2011. Bogotá.

### **REGULACIÓN NORMATIVA NACIONAL.**

23. Ley 155 de 1959.
24. Constitución Política de Colombia. 1991.
25. Decreto 2153 de 1992.
26. Decreto 3466 de 1982.
27. Ley 256 de 1996.
28. Circular única 10 de 2001.
29. Ley 1340 de 2009.
30. Ley 178 de 1994.

### **DOCTRINA ESPECIALIZADA.**

31. Guía informativa sobre acuerdos anticompetitivos entre empresas en el ámbito laboral, Indecopi, junio 2020. Acceso al siguiente link:

<https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/4753518/Gu%C3%ADa+Informativa+-+Competencia+en+%C3%81mbito+Laboral/>

32. Reporte del Departamento de Justicia de Estados Unidos (División Antimonopolios) denominado No-Poach Approach.
33. Zarama S., Germán. Marco regulatorio para la competencia de agentes económicos en Colombia Revista Finanzas y Política Económica. Vol. 2, núm. 2, julio-diciembre, 2010, pp. 43-56. Bogotá, Colombia.
34. Posner E., *How Antitrust failed workers*. Oxford University. Edición 2021.
35. Ibarra, G. (junio de 2017). Acuerdos restrictivos de la competencia en la contratación y fijación de salarios de empleados. La República.
36. Robinson, Joan. (1933). "The Economics of Imperfect Competition". London: Macmillan.
37. Smith, Adam. (1776). "An inquiry into the nature and causes of the Wealth of Nations".
38. Marx, Karl. (1865). "*Value, Price and Profit*."
39. Mason, Alpheus T. (August 1924). "[The Labor Clauses of the Clayton Act](#)". *American Political Science Review*.
40. OECD (2020), *Competition in Labour Markets* <http://www.oecd.org/daf/competition/competition-concerns-in-labour-markets.htm>
41. Fons, Daniel Martínez. Libre competencia y derecho del trabajo: efectos del derecho económico comunitario en las relaciones laborales. La Ley, 2006. Ver [https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=jW83dxDVXzMC&oi=fnd&pg=PA4&dq=libre+competencia+y+mercados+laborales&ots=vLr\\_ADmbdE&sig=xgJhoNAQ9I-LZtrEpAeeo-W84SU#v=onepage&q&f=false](https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=jW83dxDVXzMC&oi=fnd&pg=PA4&dq=libre+competencia+y+mercados+laborales&ots=vLr_ADmbdE&sig=xgJhoNAQ9I-LZtrEpAeeo-W84SU#v=onepage&q&f=false)
42. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Bogotá D.C. 2017.
43. Girela, Miguel Ángel y otros. (2018) *Anuario de Derecho de la Competencia*.
44. Richman, Cynthia; Swanson, Daniel. "Balancing the interests of antitrust and labor laws". (2019). <https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/2019/07/Richman-Swanson-Balancing-the-Interests-of-Antitrust-and-Labor-Laws-Daily-Journal-7-9-2019.pdf>
45. *Antitrust Guidance for Human Resource Professionals*, (Octubre 2016). a la cual puede accederse a través del siguiente enlace: <https://www.justice.gov/atr/file/903511/download>.
46. INDECOPI. Guía informativa sobre acuerdos anticompetitivos entre empresas en el ámbito laboral.
47. Devlin Alan J. *Reforming Antitrust*. (2021).
48. EPSTEIN, Richard A. *El libre mercado bajo amenaza. Cárteles, políticos y bienestar social*. Lima: UPC, 2007.
49. Delegatura para la Protección de la Competencia. *Derecho de la competencia y Derecho laboral*. Marzo 2022. Concepto rendido por solicitud de los autores.

## **JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.**

50. Comisión Nacional de la Competencia. Resolución del 24 de septiembre de 2009. EXPTE. 2805/07 EMPRESAS ESTIBADORAS
51. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 11 de diciembre de 2007. Asunto C-438/05, Viking Line.

52. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 21 de septiembre de 1999. Asunto C-67/96, Albany International.
53. Comisión Nacional de la Competencia. Resolución EXPTE. S/0120/08, Transitorios. 31 de julio de 2010. Madrid, España. <https://www.cnmc.es/expedientes/s012008>
54. United States, District Court. Court of Arizona. CASE NO. CV07-1030-PHX. FINAL JUDGMENT. <https://www.justice.gov/atr/case-document/final-judgment-17>
55. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Resolución No 0479-2014/SDC-INDECOPI. Expediente 002-2009/CLC. Ver en [https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/168301/RES\\_0479-2014.pdf/1489dca1-b204-4752-8523-e7c9bb5249f4](https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/168301/RES_0479-2014.pdf/1489dca1-b204-4752-8523-e7c9bb5249f4).
56. Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Caso Brown Vs Pro Football, Inc., 518 U.S. 231, 241 (1996).
57. Audiencia Nacional. Sentencia del 29 de noviembre de 2013. Radicado 240/2012. España.

## **REGULACIÓN INTERNACIONAL.**

58. Convenio de París sobre protección de propiedad industrial.