

FINES DEL RÉGIMEN SANCIONATORIO EN MATERIA DE
PROTECCIÓN A LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA: UN
ESTUDIO DESDE LOS ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA LIBRE
COMPETENCIA

Leidy Medina Cagueño- Mileth Caterine Osorio Zúñiga
FACULTAD DE DERECHO | UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA

**FINES DEL RÉGIMEN SANCIONATORIO EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LA
LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA: UN ESTUDIO DESDE LOS
ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**LEIDY MEDINA CAGUEÑO
MILETH CATERINE OSORIO ZUÑIGA**

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA
FACULTAD DE DERECHO**

2017

**FINES DEL RÉGIMEN SANCIONATORIO EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LA
LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA: UN ESTUDIO DESDE LOS
ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA LIBRE COMPETENCIA**

LEIDY MEDINA CAGUEÑO

MILETH CATERINE OSORIO ZUÑIGA

Trabajo de Grado para optar al título de abogado

Director: Julián Eduardo Prada Uribe

Asesor metodológico:

Daniel Josué Rojas Fonseca

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA

FACULTAD DE DERECHO

2017

Nota de aceptación

Firma del presidente del Jurado

Firma del jurado

Firma del Jurado

Bucaramanga _____ () de _____ de 2017

A Dios

A nuestros padres

*A todos las personas que contribuyeron en nuestra formación profesional
Al Doctor Camilo Quiñonez Avendaño porque fue siempre una gran ejemplo
académico,
y especialmente, a nuestro Director el doctor Julián Eduardo Prada Uribe por toda
su paciencia, entrega, y por su valiosos aportes en la construcción de este trabajo
...y por supuesto a su escudero intelectual, el doctor Daniel Josué Rojas Fonseca*

CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN	7
2. CAPÍTULO PRIMERO: CONSIDERACIONES DESDE LA DOCTRINA NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE LAS FINALIDADES DEL REGIMEN SANCIONATORIO	9
2.1. TEORÍAS, MODELOS Y CONCEPTOS DEL RÉGIMEN DE COMPETENCIA ..	10
2.1.1. Teoría de intervención del Estado en la Economía	10
2.1.2. Modelos intervención del Estado en la Economía	13
2.1.3. Conceptos de libre competencia desde el Mercado, el Estado y los sujetos que participan en el mercado.....	14
2.1.3.1. Conceptos de libre competencia desde una perspectiva de economía de mercado.....	15
2.1.3.3. La libre competencia desde la perspectiva de sujetos que participan en una economía de mercado de un Estado, en un marco de garantía de despliegue de la competencia.	19
2.2. CONDUCTAS PROHIBIDAS POR LA LIBRE COMPETENCIA	21
2.2.1. Acuerdos restrictivos de la libre competencia.....	21
2.2.2. Actos restrictivos de la libre competencia.....	22
2.2.3. Abuso de posición de dominio.....	23
2.2.4. Monopolio.....	24
2.3. DOCTRINA JURÍDICA EN RELACIÓN CON EL REGIMEN DE COMPETENCIA Y SU RÉGIMEN SANCIONATORIO	25
2.4. COMENTARIO DE CIERRE	27
3. CAPÍTULO SEGUNDO. REGIMEN SANCIONATORIO VIGENTE EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO	28
3.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.....	30
3.2. DECRETO 2153 DE 1992.....	32
3.3. LEY 1340 DE 2009	35
3.4. PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	39
3.5. COMENTARIO DE CIERRE.....	44
4. CAPÍTULO TERCERO EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 1340 DE 2009 Y DECISIONES SANCIONATORIAS DE ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA LIBRE COMPETENCIA IMPUESTOS POR LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO	45
4.1. FINES EXPRESOS CONTENIDOS EN LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 1340 DE 2009	46

4.2. FINES EXPRESOS CONTENIDOS EN LAS DECISIONES SANCIONATORIAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO A PARTIR DE LA VIGENCIA DE LA LEY 1340 DE 2009 EN ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA LIBRE COMPETENCIA	49
4.2.1. RESOLUCIÓN 71794 DEL 12 DE DICIEMBRE DE 2011 (CARTEL DE LA GASOLINA DUITAMA)	50
4.2.3. RESOLUCIÓN 31739 DEL 26 DE MAYO DE 2016 (CARTEL DEL PAPEL HIGIÉNICO)	52
4.2.4. RESOLUCIÓN 54403 DEL 18 DE AGOSTO DEL 2016 (CARTEL DE LOS CUADERNOS)	53
4.3. COMENTARIO DE CIERRE	53
5. CONCLUSIONES	54
6. BIBLIOGRAFÍA	56

1. INTRODUCCIÓN

En Colombia la iniciativa privada como libertad económica para el ejercicio de cualquier actividad productiva, en el marco de la legalidad, es protegida por la Constitución Política de 1991¹. Además, se establece de manera amplia que la libre competencia es un derecho de todos que además supone responsabilidades². Así mismo, se le atribuye al Estado colombiano la obligación constitucional de proteger la libertad económica y la libre competencia en general de las conductas anticompetitivas como las prácticas restrictivas de la competencia, el abuso de posición dominante en el mercado y la configuración monopolios en la economía³.

En ese orden, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene el papel principal de velar por la protección de la libre competencia, quien investida con funciones administrativas puede imponer sanciones a personas naturales y jurídicas por prácticas comerciales restrictivas de la competencia, o a quien con su despliegue y administración de los negocios alcance desplieguen una conducta abusiva de posición dominante o se configure en monopolio económico.

En efecto, son consideradas prácticas restrictivas de la competencia, según la legislación colombiana, los acuerdos, los actos y en general toda conducta que tenga por objeto restringir, obstaculizar o anular la libre competencia valiéndose de una posición de dominio en el mercado. Estas conductas anticompetitivas reciben la denominación que las agrupa como *prácticas restrictivas de la libre competencia*⁴. Adicionalmente, se consideran contrarias a la libre competencia aquellas integraciones empresariales que puedan contraerla, debilitarla o anularla.

En cuanto al régimen sancionatorio por conductas que sean contrarias al *régimen de competencia*, es principalmente pecuniario, y el procedimiento para imponer

¹ Constitución Política de Colombia, Art 333 inciso 1

² Constitución Política de Colombia, Art 333 inciso 2

³ Constitución Política de Colombia, Art 333 inciso 4

⁴ Ley 155 de 1959 y Decreto 2153 de 1992, artículos 44 a 50

sanciones está contenido principalmente en la ley 1340 de 2009. El monto de las mismas varía según el sujeto pasivo de la sanción que infringe las normas de libre competencia, pues si es una persona natural el tope de la multa a título de sanción la limitó a dos mil salarios mínimos mensuales vigentes como máximo⁵, y para personas jurídicas se estableció como limite la suma de cien mil salarios mínimos mensuales vigentes o el 150 % de las utilidades derivadas de la conducta del infractor del régimen, dependiendo de cuál resulte mayor.

De esta manera la ley 1340 de 2009 fortalece el régimen sancionatorio por violaciones al régimen de libre competencia, sin embargo, no se expresa en la normativa que define el procedimiento para fijar las sanciones, ni la finalidad que persigue el Estado con dicho régimen sancionatorio. Solo se establece los límites máximos de acuerdo a un principio de legalidad, según el cual no puede imponerse sanción o castigo que no esté declarada en la ley, y también criterios de agravación de la sanción con miras a la tasación de la multa que debe imponerse.

Si bien es claro que el régimen de sanciones por conductas anticompetitivas tiene como objeto general proteger el mercado, no es clara ni expresa cuál es la finalidad que persigue el Estado con dicho régimen sancionatorio, ni por qué los topes que se fijan a título de sanción máxima para los infractores logran el propósito general de protección al mercado.

En consecuencia, este escrito se propone un análisis al régimen sancionatorio contenido en la ley 1340 de 2009, con el fin de identificar las finalidades que se establecen con la sanción pecuniaria a los infractores de la libre competencia en el mercado. Para delimitar el problema de investigación que desarrolla este trabajo, nos concentramos exclusivamente en las sanciones que se imponen por cuenta de acuerdos restrictivos de la libre competencia que impidan la libre formación de precios de bienes y servicios.

⁵ Decreto 2153 de 1992, artículo 4, numeral 15.

Para el cumplimiento de dicho propósito este escrito se divide en tres apartados: 1. En el primero rastreamos las consideraciones desarrolladas en la teoría, los modelos económicos y los conceptos económicos de interés al derecho sobre la libre competencia, además de las prácticas restrictivas que den pie al análisis del régimen sancionatorio estrictamente pecuniario como instrumento de protección y corrección de la libre competencia en el mercado, y un rastreo sobre la doctrina de producción nacional y foránea que se pregunte por las finalidades de dicho régimen. 2. En el segundo, se indagamos en la normativa nacional, desde la Constitución Política de 1991 y las normas que regulan el régimen de libre competencia en Colombia, así como el procedimiento sancionatorio vigente, con el fin de relacionar el acoplamiento de los desarrollos teóricos, modelares, conceptuales y doctrinales enunciados, e identificar los fines que la normativa establece a la imposición de una multa como sanción a los infractores de la libre competencia por prácticas restrictivas. 3. En el tercero, examinamos los posibles fines de la imposición de una sanción pecuniaria a partir de las construcciones argumentativas que desarrolla la Superintendencia de Industria y Comercio en las sanciones que impone a personas jurídicas en Colombia por cuenta de acuerdos y actos restrictivos de la competencia que tengan como finalidad lesionar la libre formación de precios de los bienes y servicios que comercializan en el mercado con vigencia en el procedimiento sancionatorio de la ley 1340 de 2009.

2. CAPÍTULO PRIMERO: CONSIDERACIONES DESDE LA DOCTRINA NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE LAS FINALIDADES DEL REGIMEN SANCIONATORIO

Para empezar, consideraremos a manera de contexto, una introducción teórica y conceptual en el que este trabajo se enmarca, que se justifica en el intento por comprender el régimen sancionatorio en materia de libre competencia, que a nuestro modo de ver, no puede entenderse aisladamente de su ambiente económico y legal, y por lo tanto, es necesario hacer algunas consideraciones en torno a temas propios de la economía política, como es la relación del Estado con la economía y la intervención del primero sobre el segundo, y en torno a temas de

economía propiamente dicha, como el concepto de libre competencia económica y el de prácticas económicas que la restringen, en

Con el mismo aliento, este capítulo intenta mostrar cuál ha sido la consideración doctrinal sobre la que reposa y debería identificarse la intención jurídica sancionatoria de carácter pecuniario, y los criterios fundadores que soportan un *quantum* en la sanción, en el régimen de la libre competencia económica.

De esta manera, la estructura de este apartado se divide en dos, por un lado, las enunciadas en el primer párrafo, y una segunda parte, las enunciadas en el siguiente. Cada una se compone de subsecciones que consideramos necesarias para cumplir el propósito del primer capítulo, y así sentar las bases discursivas sobre el que se da el segundo.

2.1. TEORÍAS, MODELOS Y CONCEPTOS DEL RÉGIMEN DE COMPETENCIA

El rastreo teórico es pertinente por cuanto nuestra pregunta problematizadora se concentra en la determinación o finalidad de la sanción (medio coercitivo y correctivo) que impone el Estado a participantes en el mercado, ya sea en calidad de productores o distribuidores de bienes y servicios, que de su conducta es predicable como anticompetitiva o al menos obstaculizadora de la libre competencia. En ese orden, es necesario identificar el contexto teórico en el que el estado y la iniciativa de mercado entra en tensión, mediante el ejercicio de determinados roles (que varía según la teoría económica desde la cual se juzgue), y que se pregunta, al menos en un entorno capitalista, cuánto debe controlar, vigilar y hasta intervenir el primero sobre los segundos.

2.1.1. Teoría de intervención del Estado en la Economía

En este apartado se describen exclusivamente cuatro teorías que responden a la manera de cómo debe intervenir el Estado en la economía, y que, sin el ánimo de ser exhaustivos, proponemos como las más valiosas a nuestro contexto e intencionalidad del escrito. En este orden empezaremos con la escuela de los

fisiócratas, la tesis propia de la teoría económica clásica, Jean Baptiste Say y finalmente John Maynard Keynes.

En este orden, debemos empezar por señalar la escuela de los fisiócratas, cuyo mayor desarrollo tuvo lugar en la Francia del siglo XVIII, y su contexto la economía mercantilista con el Nuevo Mundo y la naciente industria europea, en cual permite las condiciones de posibilidad de una nueva clase social que trajo consigo este desarrollo y que se consolidó rápidamente no solo como un poder económico sino también como un poder político. Las nuevas exigencias de esta nueva clase social, que los fisiócratas preciaban de representar, se concentraban en la posibilidad de comercializar libremente, en poder desplegar una iniciativa económica y comercial sin restricciones, ya sean transfronterizas (teniendo en cuenta el mercado el Nuevo Mundo y los mercados del ultramar y el oriente asiático) o impositivas por los feudos, monarquías o estados nacientes. Los fisiócratas parten de la idea, de la cual toman también su denominación (el cual quirié decir gobierno de la naturaleza fisis- cracia), de que la producción natural tiende necesariamente hacia el crecimiento exponencial, como cuando se siembra un árbol y se obtiene una gran cosecha de la cual se pueden obtener más árboles que a su vez cuadruplicaran la cosecha y así continua y sucesivamente, de esta manera el comercio articula e industrial no eran ajenos a esta “ley” cuyo libre movimiento natural tendería necesariamente a multiplicar la riqueza. A manera de síntesis “los fisiócratas del siglo XVIII en Francia con su famosa frase *Laissez faire, laissez passer* (dejar hacer, dejar pasar), donde el sistema mercantil basado en el intercambio de bienes había permeado la actividad agrícola y manufacturera francesa, requiriendo plena libertad para el desarrollo de este proceso”⁶

Posteriormente hizo carrera la escuela de la Economía clásica: y cuyos representantes quizá los de mayor relevancia, son los ingleses Adam Smith y David

⁶ Acatlán, U. F. (Ed.). (2014). *La Intervención del Estado en la Actividad Económica; Justificación Teórica y Perspectivas*. Recuperado el 16 de Enero de 2016, de <https://www.academia.edu>: https://www.academia.edu/7545576/La_Intervenci%C3%B3n_del_Estado_en_la_Actividad_Econ%C3%B3mica_Justificaci%C3%B3n_Te%C3%B3rica_y_Perspectivas

Ricardo, quienes compartían algunos postulados con los fisiócrata franceses, solo que no se referían a la ley natural para explicar el movimiento artificial de la economía. Ellos al igual que los fisiócratas, planteaban que la oferta y la demanda se regulaban solos, y por tanto la intervención del Estado en su control y dirección era no solo innecesaria, sino contraproducente. Esta ausencia de intervención suponen la reducción impositiva e incluso su prohibición a los miembros que participan en la economía y la garantía de la libertad en la iniciativa y ejecución económica.”⁷

No podemos dejar de mencionar a Jean Baptiste Say, quien estableció que; “para toda oferta corresponde una demanda”, y cuyas consecuencias son parecidas a las predicadas en las tesis de la economía clásica de Smith y Ricardo, puesto que si el mercado tiene la capacidad de estimar sus propios movimientos, de calcularse y auto sostenerse y marcarse un trayecto limpio competitivamente, y en constante crecimiento, de acuerdo a la ley de oferta y demanda, imperioso era concluir que era innecesaria no solo la intervención sino también la supervisión del Estado sobre la economía.”⁸

Como cara contrapuesta, a estos movimientos libremercadistas aparece John Maynard Keynes, economista y teórico de gran repercusión hacia nuestros días, porque le devuelve al Estado un papel intermedio en relación con la economía, pues escapa a la visión totalitaria de la economía dirigida y pero también a la visión libertaria del libre juego de los movimientos de la economía. En su lugar su visión es la de un Estado director de la economía, cuyo papel ordinario es la vigilancia y supervisión de unos mínimos de conducta en los agentes de la economía, y del que también se reserva ciertos sectores económicos estratégicos en donde la libertad y la iniciativa económica es medianamente restringida. Esto sin olvidar que en cualquier momento de crisis, es el Estado quien está llamado a retomar el control, y no la economía con sus fuerzas mismas. John Maynard Keynes en el primer

⁷ *Ibid*

⁸ *Ibid*

capítulo de su obra Teoría General de la Ocupación, el Interés y el Dinero, realiza el quiebre a la escuela clásica de la cual critica la supuesta auto eficiencia del mercado, desmintiendo y exponiendo a la Ley de Say como obsoleta e insuficiente, y estableciendo: “Sostendré que los postulados de la Teoría Clásica solo son aplicables a un caso especial y no en general, porque las condiciones que supone son un caso extremo de todas las posiciones posibles de equilibrio. Más aun, las características del caso especial supuesto por la teoría clásica, no son las de la sociedad económica en que hoy vivimos, razón por la que sus enseñanzas engañan y son desastrosas si intentamos aplicarlas a hechos reales. (Keynes, J.M. 1938: p 37)”⁹

2.1.2. Modelos intervención del Estado en la Economía

En lo que respecta a los modelos, hace referencia ya no a las finalidades como tal de la relación e intervención del Estado en la Economía, sino a los medios cómo esa relación es posible. De ahí que cualquier consideración sobre el tema debe analizar de forma conjunta no solo el diseño teórico que responde a intencionalidades y fines, sino también el modelo como tal, que responde a métodos. En este apartado señalamos algunos modelos de intervención del Estado en la economía, específicamente dos que están contrapuestos: El modelo de mercado y la economía dirigida.

2.1.2.1. Modelo Mercado. Dentro de los paradigmas que defiende este modelo podemos identificar los siguientes: i) un sistema descentralizado, cuyo control sea privado, para la toma de decisiones. ii) Maximizar beneficios iii) el mercado funciona mediante incentivos, (iv) El estado tiene solo una participación indirecta, para corregir asimetrías en el mercado, (v) los precios de los bienes y servicio es que circulan en la economía, se forman a partir de la oferta y demanda.

⁹ *ibid*

Dentro de esta línea de pensamiento podemos distinguir, no obstante, los diversos matices y variaciones entre ellos, a John Maynard Keynes y Friedrich Hayek.¹⁰

2.1.2.2. Economía dirigida. Dentro de los paradigmas que defiende este modelo podemos identificar los siguientes: i) Sistema centralizado (público) de toma de decisiones, ii) Los mercados funcionan de manera centralizada, iii) Participación directa del Estado en la actividad económica quien planifica la economía y determina los niveles de producción y los precios de consumo de bienes y servicios. Dentro de esta línea de pensamiento, a pesar de sus matices, podemos señalar Karl Marx y Friedrich Engels, y otros teóricos de la economía política marxista.¹¹

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, y sin perder la vista de la problemática de nuestro escrito, debemos concluir en este punto que solo es posible discutir en términos de libre competencia en el modelo de economía de mercado, lo que nos pone en la necesidad, una vez adscritos en ella, de desentrañar el sentido de los conceptos de la libre competencia en esta orbita, para lo cual lo desarrollaremos desde tres perspectivas: el mercado, el Estado y los sujetos que participan en ella. Ese es el contenido del que apartado siguiente.

2.1.3. Conceptos de libre competencia desde el Mercado, el Estado y los sujetos que participan en el mercado.

Como quiera que la especialidad de nuestro problema de investigación se enmarca dentro de interés del Derecho económico, es indispensable ahora, decantar la teoría y los modelos en conceptos específicos de nuestro análisis, cuya comprensión son indispensables, y donde se encuentran y se concentran la economía y el derecho, y específicamente nuestra temática problematizada. En

¹⁰ Departamento de Análisis Económico Aplicado de la Universidad de Palmas de Gran canaria. (2005). <http://www2.ulpgc.es/>. Recuperado el 16 de enero de 2016, de <http://www2.ulpgc.es/hege/almacen/download/27/27046/sesion01.pdf>

¹¹ Departamento de Análisis Económico Aplicado de la Universidad de Palmas de Gran canaria. (2005). <http://www2.ulpgc.es/>. Recuperado el 16 de enero de 2016, de <http://www2.ulpgc.es/hege/almacen/download/27/27046/sesion01.pdf>

este acápite están los insumos terminológicos que consideramos irreductibles y que dejan al lector a tono con nuestro trayecto y finalidad investigativa. Precisamente aquí abordamos qué es la libre competencia (desde tres perspectivas), y cuales son y en qué se consisten las conductas que contrarían la libre competencia económica o cuales son las actuaciones que la restringen. Esto con la intención de continuar en la segunda parte de este texto, con las medidas correctivas (sanción pecuniaria) que establece el Estado como sustitutiva de la salud en la competencia, y cuyo *te/los* sancionatorio, es nuestro principal objetivo.

2.1.3.1. Conceptos de libre competencia desde una perspectiva de economía de mercado

A continuación, presentamos cómo se ha entendido el concepto de libre competencia desde la perspectiva mercado. Esta presentación se realiza desde muchos autores, pero con el enfoque común que señalamos, y que, a pesar de ligeras variaciones entre ellos, hay más o menos un acuerdo común de lo que esto significa.

- a. “Representa la posibilidad efectiva que tienen los participantes de un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de vender bienes y servicios a los consumidores, y de formar y mantener una clientela”¹².
- b. “Se entiende por libertad de competencia económica, la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores, y de formar y mantener una clientela. La libre competencia económica se encuentra consagrada como derecho constitucional en el artículo 333 de la Constitución Política”¹³.

¹² ESCOBAR, Jairo Rubio. *Derecho de la competencia en Colombia y su interacción con los tratados internacionales de libre comercio*. Superintendencia de Industria y comercio. Bogotá. 2004. Disponible en: http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/articulos/Derecho_competencia.pdf

¹³ MIRANDA LONDOÑO Alfonso. *El régimen general de la libre competencia. Características Principales*. Segundo Congreso Iberoamericano De Derecho Empresarial Formas De Control, Colaboración, Competencia Empresarial Y Propiedad Industrial. Bogotá. 1997. Disponible en:

- c. “La Libre Competencia es el motor de la economía, ya que asegura el derecho de todas las empresas y personas a participar con eficiencia y en igualdad de condiciones en las actividades económicas, logrando así ofrecer productos y servicios con la mejor combinación precio, calidad, seguridad, variedad e innovación, maximizando el bienestar de los consumidores y de la sociedad en general”¹⁴.
- d. “Rivalidad entre compradores y vendedores de bienes y servicios. La competencia tiende a estar en relación directa con el grado de difusión (por oposición a concentración) del poder del mercado, y con la libertad con que compradores y vendedores pueden entrar en, o salir de, los mercados”¹⁵.
- e. “La competencia es el modo mediante el cual se manifiesta la libertad económica y la iniciativa del empresario. Significa en general el deseo de conseguir una misma cosa al mismo tiempo que otro”¹⁶.
- f. “Para los economistas existen dos grandes modelos de competencia económica: la denominada competencia perfecta o pura, que reuniría elementos y características pretendidamente universales por ser las más óptimas y la competencia imperfecta, que puede asumir las distintas versiones según las alteraciones que sufran los diferentes elementos que confluyen para la conformación del modelo de competencia perfecta.
[...] una competencia perfecta, los precios tienden a reflejar la relación de sustitución existente entre los distintos bienes y servicios, es decir, de cuántas unidades de un determinado bien debe prescindir la sociedad para lograr la producción de una unidad de otro bien. Los consumidores deciden, sobre la base de sus gustos y a través de su demanda, qué bienes y servicio serán producidos.”
[...] se configura por, [...] a) Libertad de acceso al mercado [...] b) Atomismo del mercado [...] c) Homogeneidad de los productos y servicios [...] d) Ausencia de un poder sobre el control de los precios [...] e) Transparencia en el mercado [...] f) Movilidad de los factores de producción [...] g) Finalidad del máximo beneficio y utilidad.

<https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1-rc3a9gimen-general-de-la-libre-competencia-aml.pdf>

¹⁴ CONFEDERACIÓN DE LA PRODUCCIÓN Y DEL COMERCIO. *Libre Competencia: entre el ser y el parecer Bien común, dilemas éticos y compromisos empresariales confederación de la producción y del comercio*. Chile. 2013. Disponible en:

<http://www.cpc.cl/wp-content/uploads/2013/10/Libre-Competencia-entre-el-ser-y-el-parecer.pdf>

¹⁵ SPENCER, Milton. *Economía contemporánea*. Editorial Reverté S.A. Barcelona, 1983.

¹⁶ ECHEVERRY DE Y RICUARTE, Claudia y otro. *La competencia desleal*. Editorial Kelly. Bogotá. 1980.

[...] La expresión de competencia imperfecta se ha acuñado para designar la situación en que se encuentra la competencia en un sistema teórico de la competencia perfecta.

Entre los modelos que puede asumir la competencia imperfecta cabe reseñar los siguientes: a) El monopolio puro [...], b) La competencia monopolística [...] c) El oligopolio [...], d) La competencia imperfecta desde el lado de la demanda [...] ¹⁷.

- g.** “La actuación independiente de varias empresas para conseguir cada una de ellas en el mercado el mayor número de contratos de una misma clientela, ofreciendo los precios, las calidades o las condiciones más favorables” ¹⁸.

Ahora bien, teniendo en cuenta las múltiples versiones o predicables del concepto de libre competencia desde la perspectiva del mercado, podemos, en síntesis, señalar que la libre competencia es una manifestación de la libertad individual en un escenario de mercado, espacio donde esta se posibilita, y cuyo alcanza cubre la oportunidad y garantía de desplegar una iniciativa económica cualquiera y ejecutarla en dicho espacio sin restricción alguna más allá de lo que su talento y suerte impugne, por cuanto un límite de la libre competencia es también una restricción efectiva de la libertad propiamente dicha del individuo. En los anteriores términos podemos afirmar que se concreta el concepto de libre competencia desde la perspectiva del mercado y sobre la que construiremos posteriormente nuestro análisis.

2.1.3.2. Concepto de libre competencia desde la perspectiva del Estado con un modelo económico de mercado capitalista

De la misma manera que en el apartado anterior, en este acápite abordamos el concepto de libre competencia pero desde la perspectiva del estado, para lo cual

¹⁷ ALMONACID SIERRA, Juan Jorge, y otro. *Derecho de la competencia. Abuso de la posición dominante, competencia desleal, uso indebido de información privilegiada*. Editorial Legis. Bogotá. Pág. 26-29

¹⁸ GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. México. Editorial Porrúa. Pág. 223

exponemos diversas versiones del concepto desarrolladas por distintos autores pero que, de acuerdo al enfoque con el que los presentamos, podemos decir que son comunes.

- a. La libertad de competencia se puede ver restringida, eliminada o alterada de diversas maneras: a) por el establecimiento de monopolios de derecho (en la forma prevista por el artículo 336 de la C.P.); b) por el reconocimiento de marcas, patentes y demás derechos de la propiedad industrial; c) por la explotación abusiva de la posición dominante en un mercado; d) por la realización de prácticas restrictivas de la competencia; y e) por la realización de actos de competencia desleal de tipo nacional o internacional (dumping)”¹⁹.

- b. “la competencia desde el punto de vista jurídico [derecho objetivo], o su equivalente libre competencia, designa un modo de ser de la iniciativa económica consistente fundamentalmente en una libertad para todos los justiciables con algunas limitaciones, tanto en la admisión como en el comportamiento; limitaciones, pero iguales para todos, de entrar y actuar en el mismo mercado, actual o potencial, ofreciendo bienes o servicios susceptibles de satisfacer necesidades o intereses idénticos, o similares o complementarios”²⁰ (Corchetes fuera de la cita).

- c. “La rama del derecho que de manera específica moldea las conductas en el mercado es el derecho de la competencia (también conocido como derecho antimonopolio). Tal derecho tiene como objeto proteger la competencia de las restricciones que pueden obstaculizar el funcionamiento y reducirle beneficios”²¹.

¹⁹ MIRANDA LONDOÑO Alfonso. *El régimen general de la libre competencia. Características Principales*. Segundo Congreso Iberoamericano De Derecho Empresarial Formas De Control, Colaboración, Competencia Empresarial Y Propiedad Industrial. Bogotá. 1997. Disponible en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1-rc3a9gimen-general-de-la-libre-competencia-aml.pdf>

²⁰ PACHÓN, Manuel. *Algunos aspectos de la competencia desleal*. Universitas Vol. 74. Bogotá. 1988

²¹ GERBER. David J.. *Competencia global. Derecho, mercados y globalización*. Editorial Temis. Bogotá. 2012

Como se evidencia, desde el punto de vista del Estado, la libre competencia es una característica deseable de las economías capitalistas, y cuya preservación se convierte de interés público por la salud sistémica del mercado. En ese orden, la libre competencia por un lado, es objeto de protección estatal como condición salubre del sistema de mercado frente a conductas que eventualmente la restrinjan, y por otro lado, es una libertad de los asociados en lo que corresponde a la iniciativa y despliegue de actividades económicas en el mercado, y cuya garantía individual debe preservar.

2.1.3.3. La libre competencia desde la perspectiva de sujetos que participan en una economía de mercado de un Estado, en un marco de garantía de despliegue de la competencia.

En esta tercera perspectiva el enfoque parte desde los sujetos que participan en el mercado, distintos al Estado, por supuesto, y del cual podemos hallar un predicable diverso del concepto de libre competencia.

- a. La Constitución Colombiana de 1991 consagra en su artículo 333 lo siguiente: *“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”*²²

²² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991, Art 333.

- b.** “La libre competencia económica se encuentra consagrada como derecho constitucional en el artículo 333 de la Constitución Política. El Derecho a la Libre Competencia Económica implica dos aspectos fundamentales: de una parte, garantiza la libertad de los competidores para concurrir al mercado en busca de una clientela; y de la otra implica la libertad de los consumidores para escoger y adquirir en el mercado, bienes y servicios que se ofrezcan en condiciones de competencia”²³.
- c.** “libre competencia, en sentido jurídico, significa igualdad de los competidores ante el derecho”²⁴.
- d.** “[...]a través del principio de la libertad de competencia se protege el derecho del particular para que pueda desarrollar actividades competitivas sin restricciones, impedimentos o trabas del Estado o de particulares”²⁵

En este sentido la libre competencia para un sujeto que participa en el mercado es una forma más de cómo se manifiesta la libertad individual, como garantía fundamental, y con respecto a otros sujetos del mercado que despliegan también libremente su iniciativa económica, libre competencia es entonces igualdad entre quienes competidores, exigible no solo entre ellos, sino también exigible desde otros sujetos que si bien no están compitiendo, sí se benefician de esa contraposición igualitaria y libre en el mercado, como son los consumidores. Sobre este último punto, debemos señalar que es quizá la protección al consumidor lo que justifica en gran medida, las actuales intervenciones del Estado en la economía, ya sea castigando los excesos en la libertad económica, o regulando la actividad económica en un segmento del mercado.

²³ MIRANDA LONDOÑO Alfonso. *El régimen general de la libre competencia. Características Principales*. Segundo Congreso Iberoamericano De Derecho Empresarial Formas De Control, Colaboración, Competencia Empresarial Y Propiedad Industrial. Bogotá. 1997. Disponible en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1-rc3a9gimen-general-de-la-libre-competencia-aml.pdf>

²⁴ GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. México. Editorial Porrúa. Pág. 224

²⁵ FFRISCH PHILIP, Walter, y otro. *La competencia desleal*. Editorial Trillas. México D.F. 1975

2.2. CONDUCTAS PROHIBIDAS POR LA LIBRE COMPETENCIA

Una vez considerado qué es la libre competencia, desentrañando diversas perspectivas o predicables de su concepto, pasamos entonces a señalar las principales amenazas a esta idea, que sean de interés para el derecho, y que señalamos como conductas prohibidas por la libre competencia, o en sentido técnico, prácticas restrictivas de la libre competencia.

Son prácticas restrictivas de la libre competencia, según diversos autores e instituciones estatales o económicas, que a continuación procederemos a estudiar las siguientes: a) acuerdos restrictivos de la libre competencia económica; b) actos restrictivos de la libre competencia c) el abuso de posición dominante. Finalmente, en este acápite incluimos las prácticas monopolísticas o monopolio, a secas, con un fin ilustrativo, no obstante, están por fuera de nuestro análisis, toda vez que, recordamos de nuevo, estamos tras la búsqueda de un fin en las sanciones pecuniarias que impone el estado por violación al régimen de competencia, en específico, por prácticas restrictivas de la libre competencia.

2.2.1. Acuerdos restrictivos de la libre competencia

Que los sujetos que participan en la cadena productiva como productores o distribuidores de bienes y servicios realicen acuerdos dentro del margen ordinario de sus negocios, en ejercicio de su libertad económica, es completamente viable y tiene total protección desde el Estado. No obstante, algunos acuerdos, aun así provengan de la iniciativa económica en ejercicio de una libertad individual, pueden poner en riesgo la libertad de quienes en igualdad de condiciones compiten y crear un malestar en el sistema considerado en su visión macro, o sencillamente lesionar los intereses de los consumidores. Estos acuerdos se entienden así:

“Un acuerdo anticompetitivo es todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas, que prevenga, restrinja, o distorsione la competencia o tenga la potencialidad de surtir uno de estos efectos.

Los acuerdos contrarios a la competencia pueden ser anticompetitivos por sí mismos o por sus efectos. A los primeros se les denomina carteles.

Los acuerdos anticompetitivos se pueden presentar en diferentes lugares de la cadena de producción:

- Se llama acuerdos horizontales a aquellos pactos entre empresas que proveen bienes o servicios similares o sustitutos en un único eslabón de la cadena de producción. Ejemplo de lo anterior es acuerdo entre los productores de maíz.
- Se llama acuerdos verticales a aquellos convenios entre agentes económicos que se encuentran en diferentes niveles de la cadena de producción, por ejemplo, el que surgiría entre un productor de maíz y un distribuidor mayorista de arepas.

La normatividad vigente considera que un acuerdo puede ser anticompetitivo por su objeto o por su efecto. Son anticompetitivos por su objeto aquellos acuerdos cuyo fin, sin importar que hayan sido efectivamente ejecutados en el mercado, los califica como tal. Un acuerdo es anticompetitivo por su efecto cuando el resultado del mismo, sin importar el fin de la partes, tiene efectos anticompetitivos en el mercado.”²⁶

2.2.2. Actos restrictivos de la libre competencia

Como se señala en el acápite anterior, el acuerdo requiere del concierto de dos voluntades, para que, en el ejercicio de su libertad económica, se distorsione artificialmente los precios de bienes y servicios, o se obstaculice la entrada al sistema de nuevo miembros, o se menoscaben las condiciones e igualdad competidora, para beneficiar a los miembros parte del acuerdo. En cambio, en los actos, si bien persigue los mismos efectos, estos parten desde la unilateralidad del

²⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Tomado de: <http://www.sic.gov.co/drupal/practicas-restrictivas-de-la-competencia>

individuo que despliega su conducta sin necesidad de acuerdo con otros. En otras palabras, podemos señalar que:

“Constituirán actos o prácticas comerciales restrictivas los que fueren llevados a cabo por una empresa, [...] que tienen por propósito o efecto, impedir restringir o distorsionar la competencia”²⁷

2.2.3. Abuso de posición de dominio

En lo que refiere al abuso de posición de dominio, hay ciertas condiciones necesarias implícitas en su denominación, para que esta sea posible. En primer lugar, el agente del mercado tiene que tener un peso considerablemente más fuerte que el más cercano o juntos todos sus competidores en el sector económico que participan. En segundo lugar, este agente debe aprovecharse maliciosamente en provecho propio desplegando una conducta con la intención de afectar la competencia, no con un juego libre y competitivo, sino valiéndose de su peso y posición de dominio frente a sus competidores en el mercado. En otros términos, podemos señalar que:

“El término "posición de dominio" se refiere a la capacidad que tiene una empresa para determinar las condiciones del mercado relevante en el que participa. Esto quiere decir que la empresa tiene la posibilidad, sin tener en cuenta que hacen sus competidores, de definir precios, montos de producción, calidad de sus bienes, etc., independientemente de las presiones de la competencia. Esto, en consecuencia, puede afectar a su favor a los competidores o consumidores participantes en el mercado. [...]La posición de dominio no es necesariamente anticompetitiva, de hecho, el resultado de la competencia vigorosa puede resultar en la adquisición de una posición dominante en el mercado. Ahora bien, si una empresa usa su posición

²⁷ Lalanne, P. F. (16 de enero de 2016). *Prácticas restrictivas de comercio, competencia desleal y "dumping" en la integración económica centroamericana*. Obtenido de [http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/Derecho_Integracion/documentos/020-Estudios_03.pdf](http://www10.iadb.org/http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/Derecho_Integracion/documentos/020-Estudios_03.pdf)

de dominio para excluir o explotar a sus competidores o consumidores, se dice que abusa de ella.”²⁸

Asimismo, podemos agregar que:

“Una empresa u organización empresarial tiene una posición dominante cuando dispone de un poder o fuerza económica que le permite individualmente determinar eficazmente las condiciones del mercado, en relación con los precios, las cantidades, las prestaciones complementarias, etc., sin consideración a la acción de otros empresarios o consumidores del mismo bien o servicio. Este poder económico reviste la virtualidad de influenciar notablemente el comportamiento y las decisiones de otras empresas, y eventualmente, de resolver su participación o exclusión en un determinado mercado. La regulación constitucional y legal de la posición dominante de las empresas en el mercado tiene como finalidad evitar que estos sujetos, prevaleciéndose de su supremacía económica y comercial, que goza de la protección jurídica del Estado, puedan utilizarla para eliminar a sus competidores.”²⁹

2.2.4. Monopolio

Finalmente el monopolio considerándolo desde una visión estrictamente económica supone que el agente del mercado, ya sea una empresa o un individuo, es el único (pues los ha concentrado a todos) distribuidor o productor de un determinado producto o servicio y “puede configurarse cuando un solo actor controla la compra o distribución de un determinado bien o servicio”³⁰.

En otros términos “El monopolista, como único productor de un producto, se encuentra en una posición única. Si decide subir el precio del producto, no tiene que preocuparse de la posibilidad de que los competidores cobren un precio más bajo y capturen así una cuota mayor del mercado a su costa. El monopolista es el mercado

²⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. <http://www.sic.gov.co/drupal/practicas-restrictivas-de-la-competencia>

²⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-616 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil

³⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-226 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

y controla absolutamente la cantidad de producción que pone en venta [...]. Como el monopolista es la única empresa que produce un producto, la curva de demanda a la que se enfrenta es la curva de demanda del mercado.[...] la cantidad del monopolista es menor y su precio más alto que la cantidad y el precio competitivos, lo cual impone un coste a la sociedad, ya que es menor el número de consumidores que compran el producto y los que lo compran pagan más por él. Esa es la razón por la que las leyes antimonopolio prohíben a las empresas monopolizar la mayoría de los mercados.”³¹

2.3. DOCTRINA JURÍDICA EN RELACIÓN CON EL REGIMEN DE COMPETENCIA Y SU RÉGIMEN SANCIONATORIO

En este acápite nos concentramos con rastrear la doctrina en relación con el régimen de competencia, y en específico, con el régimen sancionatorio, o en su defecto con el terreno temático que nos dejara más cerca. Es así como mostramos un rastreo doctrinal de producción nacional e internacional que dictamina, de cierta manera, el estado actual de la discusión sobre el tema de nuestra investigación. Los autores serán presentados sucesivamente junto con su obra y un comentario adicional sobre su postura, postulado o desarrollo temático de interés para el desenvolvimiento de nuestro problema.

El profesor Juan Jorge Almonacid, autor del libro “Derecho de la competencia: abuso de la posición dominante, competencia desleal, uso indebido de información privilegiada”, hace un detallado estudio del derecho a la competencia en lo que tiene que ver con su importancia en el orden económico y social, y sobre todo, de las prácticas que restringen la libre competencia.

El investigador David Ospina Riaño escribió el trabajo titulado “La libre competencia económica frente a la intervención del Estado en la economía - la paradoja del Mor”, trata de analizar las consecuencia negativas o positivas para la libre competencia

³¹ Pindyck, R., & Rubinfeld, D. L. (2009). *Microeconomía*. Madrid: Pearson Prentice Hall.

cuando el Estado interviene creando un reglamento de subasta del mercado, como instrumento mediante el cual se garantiza la normal formación de precios de energía eléctrica por parte de empresas prestadoras de este servicio. Aborda la libre competencia en su perspectiva económica, como paradigma del normal funcionamiento de acceso y formación de precios en el mercado.

La investigadora Grace García Gutiérrez mediante el trabajo titulado “Protección de la competencia a través de Derecho Penal”, parte en su análisis considerando que el derecho a la libre competencia es un derecho asimilable a un bien jurídico, y como tal lleva su razonamiento para justificar que es susceptible de protección penal.

En el año 2000 la tesis titulada “Prácticas comerciales restrictivas de la competencia en el sector automotor” escrita por María Carolina Caicedo Pombo y presentada a la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, se analiza todo el régimen de la competencia en general y el contenido de las conductas denominadas bajo el conjunto de prácticas restrictivas de la libre competencia en Colombia. Posteriormente, se delimita al sector automotor, para señalar las distintas prácticas anticompetitivas que la Superintendencia había identificado y sancionado a diversos sujetos que participan en dicho sector. Si bien esta investigación se realiza con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 1340 de 2009, en esta investigación no se identifican los fines expuestos que persigue la sanción pecuniaria, como instrumento de protección a la libre competencia

El doctor Jorge Alejandro Mier Hernández, en su tesis doctoral titulada, en una investigación muy completa analiza por un lado las políticas de competencia en una economía de mercado, las prácticas restrictivas de la competencia transfronteriza, la cooperación entre estados en materia de libre competencia y los criterios para legislar en cada Estado, y la regulación en el marco de la organización mundial del comercio. En el documento el autor plantea unos mínimos que debe contener la regulación que protege la libre competencia, y aunque no se mencionan los fines de las sanciones que se puede imponer por infracción al régimen, sí es de gran utilidad para la comprensión del fenómeno planteado en nuestro problema de investigación.

El Banco Mundial analiza el régimen de libre competencia en Venezuela, describiendo su funcionamiento y definiendo conceptualmente las diferentes prácticas restrictivas de la libre competencia. A pesar que estudia el procedimiento sancionatorio que se sigue, no se pronuncia en ningún aspecto sobre los fines que persiguen las sanciones que se imponen, a manera de protección de la libre competencia económica.

Como se ve, el desarrollo doctrinal presentado no contiene referencia directa o indirecta sobre el fin de la sanción pecuniaria impuesta por el Estado contra prácticas restrictivas de la libre competencia económica, por lo que nos deja frente a un reto muy interesante, y que consiste en rastrear estos contenidos sobre consideraciones estáticas y legales del desarrollo normativo en Colombia a sobre el asunto, y sobre consideraciones dinámicas relativas en decisiones de la Corte Constitucional colombiana en sentencias de constitucionalidad, o en dinámicas absolutas, desde la evaluación de casos concretos en los que la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia haya impuesto sanciones por prácticas restrictivas de la libre competencia económica.

2.4. COMENTARIO DE CIERRE

A manera de cierre de esta primera parte debemos considerar que es en desde la teoría keynesiana mediante el cual se inaugura el papel de director de la economía al Estado, cuyo rol se circunscribe, no en la planificación estricta y omnicomprensiva, sino a la vigilancia, supervisión e intervención correctiva de un mercado que se desenvuelve con su dinámica propia, libre y competitiva. Así mismo esto solo es predicable, y posible, dentro del modelo de economía de mercado, pues reduce el protagonismo estatal en la consecución de un desarrollo, sino que el mercado confía en su dinámica propia para autorregularse y crecer exponencialmente. El papel es mero vigilante, si se combinan los dos puntos señalados, con poder regulativo, y no planeador. En consecuencia, es a este terreno teórico y conceptual al que pertenecen los conceptos de libre competencia económica, y sobre los que profundizamos en tres predicables distintos, asumiendo

una perspectiva de la libre competencia desde el Mercado, desde el Estado y desde los sujetos o agentes que participan en él. Y sobre los cuales, juntando todo, el Estado se compromete proteger, ya no solo por el interés de protección del mercado mismo, sino también porque es una garantía individual, como manifestación de la libertad propiamente dicha en un escenario económico, que se traduce en poder desplegar y llevar a cabo en condiciones iguales frente a la competencia una iniciativa económica cualquiera, y que redundará no solo en la libre y natural formación de precio por competencia sana de acuerdo a la oferta y la demanda, sino que también tiene eventualmente efecto en la mejor de la calidad de productos y reducciones precio competitivos, en satisfacción del consumidor. Así el Estado identifica, tomando prestado de los desarrollos económicos, los conceptos de las conductas reprochable que contrarían la libre competencia bajo la denominación de prácticas restrictivas de la libre competencia, de la cual forman parte los acuerdos y los actos restrictivos de la competencia, el abuso de posición dominante, y las prácticas monopolísticas, con las salvedades anotadas en su respectivo acápite de desarrollo.

Sobre este desarrollo nos comprometimos a rastrear la doctrina que se preguntara o respondiera por las finalidades de la sanción Estatal estrictamente pecuniaria, cuyos montos están determinados expresamente mas no su finalidad, pero ese esfuerzo fue infructuoso. De manera que se prosigue en el análisis, ya desde otras perspectivas: normativas, jurisprudenciales y sancionatorias administrativas.

3. CAPÍTULO SEGUNDO. REGIMEN SANCIONATORIO VIGENTE EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

Una vez descrito y analizado el sustrato teórico y los modelos económicos sobre los cuales se erige nuestro problema de investigación, y recogiendo de ello que el concepto de libre competencia podría ser visto desde tres ópticas (Estado, mercado, y sujetos), nos propusimos identificar las motivaciones en las que un estado capitalista con un modelo de mercado abierto intervenía en la economía para controlar la conducta de algunos sujetos en el mercado, es decir, las motivaciones o justificaciones para que un Estado de mercado abierto, particularmente como el

Estado Colombiano para intervenir en la economía e imponer sanciones a sujetos que intervienen en ella por su actuar en el mercado, contraviniendo la libre competencia.

Nos concentramos en buscar en estas motivaciones o justificaciones que se traduzcan en la finalidad de una sanción por contravenir la libre competencia desde dos frentes. Por un lado, desde el estado actual de desarrollo legislativo vigente en Colombia sobre el régimen de la libre competencia, y por otro lado, desde las sentencias de la Corte Constitucional que se hayan producido en el ejercicio de control constitucional sobre artículos de normas que conforman el cuerpo regulador de la libre competencia en Colombia. En este sentido descartamos en nuestro estudio cualquier motivación o justificación de una intervención del Estado en la economía que se traduzca en otra forma de control, supervisión o vigilancia, distinta a la imposición de una sanción.

En cuanto producción normativa que se ha desarrollado en el derecho sancionatorio de la libre competencia en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991, tenemos el Decreto Ley 2153 de 1992 (régimen sancionatorio anterior, parcialmente derogado) y posteriormente la Ley 1340 de 2009 (régimen sancionatorio vigente). Sobre estos instrumentos legales nuestra intención identificar a partir de una lectura positiva, apegada a la literalidad y el sentido gramatical del texto normativo, las finalidades directas que la ley pueda contener sobre las sanciones en el régimen de la libre competencia.

Pero en cuanto al estudio de las sentencias de la Corte Constitucional, tenemos que tener en cuenta que, de acuerdo con la Ley 270 de 1996, las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional, en el ejercicio del control constitucional, tiene efectos *erga omnes*, lo que hace prácticamente imprescindible de cualquier estudio normativo hacer una revisión de las sentencias de constitucionalidad que se han realizado sobre el instrumento normativo legal objeto de estudio. Pero además y como segundo elemento, que a esta altura es una justificación metodológica también, tenemos que tener en cuenta que en el órgano que realiza este control constitucional, ha hecho carrera en sus decisión la tesis

según la cual estas sentencias (las de constitucionalidad) son extensión de la Constitución, por lo que le da un mayor valor en el desarrollo de nuestro problema objeto de estudio considerar la visión de nuestro más alto Tribunal Constitucional, es decir en relación con el régimen de competencia, y específicamente con las finalidades de la sanción pecuniaria que se establecen en este régimen.

3.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

En el nivel constitucional podemos identificar en el concepto de libre competencia una connotación jurídica de derecho fundamental, cuando está ligado al derecho de libertad y propiedad privada que desembocan en la libre iniciativa privada y la protección de la misma, es decir, cuando la libre competencia es una derivación necesaria de la libertad individual. Así mismo podemos identificar también, una connotación jurídica de derecho colectivo cuando se protege la actividad empresarial en la dinámica de mercado competitivo que tiene beneficios no solo en el incremento de la riqueza sino también en el aumento de la calidad de bienes y servicios, y en la reducción de precio en los mismos, lo que en últimas es también la protección de la libre competencia desde la óptica de los sujetos consumidores³².

Pero en una tercera visión podemos identificar una connotación jurídica de la libre competencia menos “juridicalizada” y por el contrario más economista cuando señala que además de ser un derecho, es una obligación de protección del estado al modelo económico, caracterizado como enunciamos en el capítulo precedente, por garantizar una dinámica de despliegue libre de los sujetos en el mercado

³² Al respecto el artículo 88 de la Constitución Política nos señala: “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, **la libre competencia económica** y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”. (negritas fuera del texto)

garantizando la competencia libre y la formación natural de los precios de los bienes y servicios³³.

De ahí se desprenden una serie de mandatos al Estado con miras a proteger el modelo económico, y en especial una de sus características más importantes la libre competencia, y que redundaría de paso, en la protección de las dos otras posibilidades del concepto de libre competencia. Por eso el régimen de libre competencia que se regulan en el Decreto 2153 de 1992 y posteriormente la Ley 1340 de 2009, en el que se sancionan conducta que restringen la libre competencia, además el abuso de la posición dominante del mercado, mediante la imposición de multas, o en el control previo de la de la fusión e integración de sujetos en el mercado. Pero tomar como alternativa correctiva del mercado por cuenta de conductas anticompetitivas una sanción de tipo monetario no es expresa en la Constitución sino una la alternativa que tomó el legislador.

Por tanto, desde el texto Constitucional no es posible hallar de forma expresa una finalidad a la sanción pecuniaria como instrumento correctivo de primera línea del Estado en cumplimiento del mandato de protección de la libre competencia. De

³³ Al respecto podemos encontrar en la Constitución Política de 1991, los siguientes artículos: **“ARTICULO 333.** La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.” **“ARTICULO 336.** Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley. La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley.”

manera que es en la Ley, por expresa remisión del constituyente³⁴, a quien le corresponde establecer la finalidad de la sanción pecuniaria, y cumplir el propósito de protección de la libre competencia en las tres dimensiones que señalamos al principio de este segundo capítulo, y el método mediante el cual dicha protección se hace efectiva.

De esta manera damos paso al régimen de libre competencia contenido fundamentalmente en el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, mediante el cual se determina la sanción pecuniaria por cuenta de prácticas restrictivas de la misma, el procedimiento de imposición de la sanción y otros datos de consideración que nos permitirán identificar, si es que no es expresa, la finalidad de la sanción que establece en dicha normatividad.

3.2. DECRETO 2153 DE 1992

En este apartado, señalaremos en primer lugar un contexto de producción de esta normatividad, en segundo lugar, indicaremos de forma breve el anterior procedimiento sancionatorio y las sanciones a imponer por prácticas restrictivas de la competencia, con el fin de identificar una eventual finalidad expresa en dicha norma.

En consonancia con lo anterior, debemos indicar que el Decreto 2153 de 1992 fue expedido sobre la base del artículo 20 transitorio de la constitución nacional en el que se dotan de amplias facultades al Gobierno Nacional, con la intención de que reestructurara, suprimiera o fusionara, entidades públicas de la rama ejecutiva, así como empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta a fin de que estuvieran en consonancia con la nueva Constitución del 1991. En dicha normatividad de le asigno a la Superintendencia de Industria y Comercio

³⁴Artículo 333 de la Constitución Política de 1991, inciso cuarto: “El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.”

Velar por la promoción y la protección de la libre competencia, así como la de imponer sanciones³⁵.

Como quiera que ya hemos indicado atrás en el apartado 1.3.4 lo que se entiende conductas prohibidas por el régimen de libre competencia, donde citamos dicha normatividad, y entre otras identificamos no solo las prácticas restrictivas de la libre competencia sino también los abusos de posición dominante y el monopolio, entonces pasaremos por alto ello para entrar directamente el procedimiento sancionatorio que dicho sea de paso es con un mero interés académico ya que se encuentra solo vigente parcialmente, pues fue derogado y sustituido casi en su totalidad por el que establece la ley 1340 de 2009.

Para empezar la sanción que imponía la superintendencia en el régimen de protección de la libre competencia variaba hasta un tope de 2.000 SMMLV para personas jurídicas y hasta 300 SMMLV para personas naturales, con un procedimiento relativamente sencillo que se guiaba por el siguiente tenor:

Procedimiento del régimen anterior	
Fase de investigación	De oficio
	Por denuncia de un tercero
Notificación al investigado	Puede aportar pruebas
	De oficio se pueden decretar la práctica de pruebas

³⁵ Artículo 2: Decreto 2153 de 1992 Numeral segundo, actualmente vigente: “2. Imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como por la inobservancia de las instrucciones que, en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia.”

Informe del superintendente	Puede desestimar la conducta como violatoria del régimen de libre competencia
	Determinar que sí hay infracción al régimen de libre competencia y determinar la sanción
Beneficios por suspensión de la conducta infractora	En todo caso si el investigado durante el transcurso de la investigación brinda garantías de que suspenderá o modificará la conducta infractora de la libre competencia, entonces el superintendente puede clausurar la investigación adelantada contra el presunto infractor.

No obstante, en toda la normatividad enunciada, y en conjunción con la ley 155 de 1959, en lo referente al régimen de protección de la libre competencia, no se indicaba ninguna finalidad expresa en la imposición de la multa, de manera que su monto justificará un fin que se pretendía alcanzar con dicha imposición. Estas dudas son más recurrentes cuando frecuentemente los infractores por prácticas restrictivas de la libre competencia obtenían un beneficio económico mucho mayor que la pérdida que suponía la sanción por cometer la infracción, y por tanto a la multa³⁶. Así, por ejemplo, si la empresa X y Y se unen para realizar una fijación artificial de los precios de un producto determinado, de manera tal que la competencia se desmedre por una cartelización de precios que se lleva a cabo durante cinco años, practica restrictiva de la competencia de la que perciben una

³⁶ Al respecto se puede consultar la relación de casos que recoge el profesor Dionisio de la Cruz de la Universidad Externado de Colombia en el publicación titulada "Régimen sancionatoria de la nueva ley de competencia colombiana" publicado en la Revist@ Mercatoria en su Volumen, Número 2 del año 2009.

utilidad de 5000 mil millones cada una, q1 cabo de los cuales son descubiertos y sancionados por Superintendencia de Industria y comercio una sanción por la suma de 2000 salarios mínimos, de lo que resultaría que a pesar infringir la ley esta resulta rentable.

Ahora bien, reiteramos que en dicho régimen no se expresa una finalidad de la sanción de multa que se impone por prácticas restrictivas de la competencia a personas naturales y personas jurídicas. Y por otra parte considerar extralegalmente que dicha multa era disuasoria para otros potenciales infractores de la libre competencia, e incluso evitar la reincidencia del infractor es imposible. Al respecto el profesor Dionisio de la Cruz indicó, en cuanto a las deficiencias sancionatorias del régimen contenido en el decreto 2353 de 1992:

“Además de considerar también los vacíos, anotados en el numeral anterior, como claras deficiencias del régimen sancionatorio establecido por el Decreto 2153 de 1992, el bajo monto de la multa, se decía, no constituía un desestímulo suficiente para disuadir sobre todo a aquellos operadores que por el monto de las transacciones 2.000 smlmv eran fácilmente recuperables con poco tiempo de vigencia de cualquier comportamiento de los que considera la ley colombiana como restrictivo de la competencia. \$ 800 millones aproximados de hoy pueden ser mucho dinero para ciertas empresas pero no para la gran empresa, de ahí que sería de sentido común que para la gran industria en la evaluación de cometer un acto restrictivo sería rentable correr el riesgo de transgredir la ley con la seguridad de que las ganancias obtenidas superarían con creces una eventual multa, en el caso de que fueren detectados por la autoridad.” (De La Cruz, 2009)

3.3. LEY 1340 DE 2009

La ley 1340 de 2009 contiene el régimen sancionatorio actual contra las prácticas restrictivas de la libre competencia en Colombia. Entre sus principales cambios, en razón a la mayor deficiencia del anterior, es el incremento de la multa a imponer,

que aumentó en 100.000 SMMLV para personas jurídicas o sea 50 veces mayor que el régimen anterior. Sin embargo, la norma también contempla, considerando el vacío del anterior régimen, en que, si los beneficios obtenidos por los infractores superan este monto, entonces la superintendencia podrá prescindir de él, y en su lugar imponer una multa a su favor por el 150% de la utilidad derivada de la conducta infractora³⁷.

En cuanto a las personas naturales el nuevo régimen también incrementó las sanciones a imponer por violación al régimen de libre competencia, aumentando hasta 2.000 SMMLV la multa a imponer a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio³⁸.

Así mismo, encontramos criterios de graduación de la multa que varían según la persona jurídica o natural:

Para los primeros (personas jurídicas) debe tenerse en cuenta: 1. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado. 2. La dimensión del mercado afectado. 3. El beneficio obtenido por el infractor con la conducta. 4. El grado de participación del implicado. 5. La conducta procesal de los investigados. 6. La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción. 7. El Patrimonio del infractor. De manera que la Superintendencia de Industria y comercio pueda determinar el *quantum* de la multa a imponer³⁹.

³⁷ Artículo 25 de la ley 1340 de 2009: “Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.”

³⁸ Artículo 26 de la ley 1340 de 2009: “Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio”.

³⁹ Artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

Así mismo se estableció que la reincidencia en la conducta, ser el promotor de la conducta entre varios infractores, o el incumplimiento de compromisos para no desplegar alguna conducta infractora de la libre competencia, serían criterios de agravación de la conducta que traería como consecuencia una sanción más alta, sin ir más allá de los toques indicados.⁴⁰

Para los segundos (personas naturales) debe tenerse en cuenta: 1. La persistencia en la conducta infractora, 2. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado. 3. La reiteración de la conducta prohibida. 4. La conducta procesal del investigado, y, 5. El grado de participación de la persona implicada⁴¹. Adicionándose que la multa que se impone a las personas naturales no puede ser cubierta ni garantizada por interpuesta persona, ni por la persona jurídica a la cual estaba vinculada, ni por ninguna matriz de esta o subordinada, sino con su patrimonio propio⁴².

En lo que tiene que ver con el procedimiento a seguir por violación al régimen de libre competencia se encuentra actualmente regulado en la ley 1340 de 2009, el Decreto 2153 de 1992, y la ley 155 de 1959, en conjunto, está conformado por tres etapas, así:

1. Actuación Previa	Se recibe la denuncia y se estudia su admisibilidad.
	Si hay mérito se adelanta una averiguación preliminar.
	Se investiga y se practican pruebas de oficio para recaudar información
2. Fase de Instrucción	Si existe mérito suficiente se abre una investigación formal.

⁴⁰ Parágrafo del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

⁴¹ Artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

⁴² Parágrafo del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

	Se notifica al investigado y se publica en un diario.
	Se abre la posibilidad de efectuar un ofrecimiento de garantías, de solicitar pruebas y se admiten intervenciones de terceros.
	Se decretan y practican de pruebas. Concluye la investigación: El Superintendente Delegado presenta un informe motivado al Superintendente de Industria y Comercio.
3. Fase Resolutiva	Se da traslado del informe motivado a las partes.
	Se efectúan los alegatos finales.
	El Superintendente de Industria y Comercio profiere una decisión. (sanción si es del caso)
	El investigado puede interponer recurso de reposición

En lo no contemplado en el procedimiento se seguirán las normas del Código de Procedimiento Administrativo. Sin embargo nos hace falta agrega que esta facultad sancionadora del estado tiene una caducidad de cinco años contados desde el

momento en que se ejecutó la conducta, o desde el momento del ultimo hecho constitutivo de la infracción⁴³.

A pesar de lo anterior brilla por su ausencia una norma en la que se determine una finalidad expresa que permita identificar el porqué de las los topes en las multas, de manera que se puedan establecer criterios de eficacia del nuevo régimen. Así, si la finalidad expresa fuera imponer multas para desestimular las infracciones al régimen de libre competencia, se tendría que hacer visible una recurrencia menor en las infracciones a la competencia de sujetos en el mercado, o de no reincidencias, manifestándose un efecto positivo en el régimen, en correspondencia con un fin mayor que sería la protección de la libre competencia. No obstante, estas finalidades no son expresas, y esa medición de eficacia no es asunto al cual nos comprometimos en nuestro trabajo, así que no es posible identificar ni de forma directa (de acuerdo a un propósito fijado en la literalidad del régimen colombiano de competencia) ni de forma indirecta, en la medida en que se desconocen los datos de reincidencia de un régimen a otro.

Como quiera que no es posible hallar la finalidad del régimen sancionatorio de forma directa sobre el texto legal, pasaremos a la revisión de los exámenes de constitucionalidad que realizó la Corte Constitucional sobre la ley 1340 de 2009 en lo atinente a dicho tema.

3.4. PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Entre otras funciones, la Corte Constitucional de Colombia, como guardiana de la Constitución realiza, entre otras funciones, un control de constitucionalidad posterior a la sanción presidencial de una norma, cuando a instancia de un ciudadano se promueve su control mediante una acción pública de inconstitucionalidad. Las sentencias proferidas en ejercicio de estas competencias, como se mencionó atrás, tienen un efecto *erga omnes*, es decir obligatorio para todos. Esto sin desconocer

⁴³ Artículo 27 de la Ley 1340 de 2009

que la Corte ha venido desarrollado la tesis de que puede modular los efectos de sus sentencias distintas a las proferidas en el control constitucional, y establecer que sentencias de revisión de tutela puede tener efectos vinculatorios mayores que a las de las partes en conflicto, y establecer efectos inter pares, con condiciones estrictas argumentativamente para quien no se quiera adherir a esos efectos. No obstante, esas otras sentencias no forman parte de nuestro en el desarrollo de la metodología de nuestro objeto de estudio. De manera que es imperioso revisar la jurisprudencia que en sentencias de constitucionalidad haya expedido la corte constitucional en la revisión de artículos que forman parte del régimen legal vigente de la libre competencia con el fin de identificar cualquier intervención interpretativa del Juez Constitucional sobre la finalidad del régimen sancionatorio, si la hay, o rastrear un camino jurisprudencial que nos permita concluir que nada se ha dicho en ese frente de análisis de nuestro problema.

En consecuencia, en este apartado abordamos el estudio de las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: C-228 de 2010; C537 de 2010; C277 de 2011 y C-172 de 2014, que son las sentencias que se han proferido sobre el análisis de constitucionalidad de algún artículo de la ley 1340 de 2009. Sobre la base del referido nicho citacional procedimos a estudiar a fondo los problemas jurídicos planteados en el estudio de constitucionalidad de cada norma del régimen vigente de la libre competencia.

A pesar de ello, advertimos desde el principio que después de realizar el estudio ninguna de las sentencias rastreadas tuvo por objeto de estudio directo el régimen sancionatorio en general, ni la constitucionalidad de las multas determinadas en la norma en particular, por lo que intentamos ubicar algún pronunciamiento sobre estos temas de forma indirecta o colateral

3.4.1. Sentencia C-228/10, 24 de marzo de 2010. Referencia: expediente D-7865. Magistrado Ponente: Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Esta sentencia no tiene por objeto de estudio las prácticas restrictivas de la libre competencia, pero sí realiza un estudio del control de integraciones empresariales preventivo con el fin de crear distorsiones en la libre competencia por cuenta de una posición monopolística o el abuso por cuenta de una posición dominante en el mercado. Así se propone como objeto de estudio si las normas legales que confieren a la Superintendencia de Industria y Comercio la competencia para adelantar el control de las integraciones empresariales⁴⁴, al punto de oponerse o imponer condiciones para la ejecución de las mismas, constituye una vulneración de las garantías a libre competencia económica y la libertad de empresa, al igual que desconocen el principio de buena fe, en tanto limitan desproporcionadamente la facultad de las empresas de integrarse basándose en una presunción de abuso de posición dominante.

Como se ve es un asunto que, si bien forma parte de una temática general de intervención del Estado en la economía, esta vez no a título de sanción, sino de forma preventiva, se escapa de nuestro objeto de estudio. Sin embargo, solo con un fin académico señalamos que la Corte Constitucional señaló que la intervención del Estado en la economía resulta compatible con la Constitución Política atendiendo que la misma le confirió facultades al Congreso de la República, a través de su potestad legislativa, y a la rama ejecutiva, mediante su potestad reglamentaria y por medio de funciones de inspección, control y vigilancia frente a actividades o determinados agentes económicos y que ésta intervención se justifica en la medida que tiene como finalidad tanto la corrección de conductas que generen desigualdad e inequidad como la participación pública en el mercado encaminada a satisfacer las garantías constitucionales de los participantes y consumidores. Sin embargo, resaltó que la intervención del Estado únicamente será procedente cuando: (i) se lleve a cabo por ministerio de la ley, (ii) no afecte el núcleo esencial de la liberal de empresa, (iii) obedezca a motivos que justifiquen la limitación, (iv) obedezca al principio de solidaridad y (v) responda a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

⁴⁴ Regulados en los artículos 9 a 12 de la Ley 1340 de 2009.

Esta argumentación también nos da luces, por cuanto como se señaló, existe un centro temático compartido que es la intervención del Estado en la economía, de esta manera podríamos señalar que el régimen sancionatorio, y específicamente la sanción estatal por prácticas restrictivas de la libre competencia son procedentes en las mismas condiciones que se señalaron atrás. El único reparo es que los criterios de razonabilidad, entendida como la forma menos lesiva que permita cumplir un fin determinado, y de esta manera predicar idoneidad de la multa como sanción, requiere de establecer una finalidad específica, asunto de nuestro interés.

Finalmente, expuso esa Corporación que la libre competencia económica es una garantía de naturaleza relacional en el sentido que su satisfacción depende del ejercicio de funciones de inspección, vigilancia y control en aras de prevenir que los agentes de mercado incidan en conductas abusivas, o en su defecto, de imponer las sanciones previstas por la ley. A su vez, sostuvo que ésta libertad se entiende como un derecho individual y colectivo, motivo por el que el Estado interviene no solo como garante de los derechos particulares sino, además, como corrector de desigualdades sociales, evitando el origen de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia y/o los abusos de posiciones dominantes, argumentación que confirma nuestra hipótesis anterior.

3.4.2. Sentencia C-537/10, 30 de junio de 2010. Referencia: expediente D-7942.

Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Esta sentencia tiene por objeto el estudio de la constitucionalidad del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 que en su literalidad expresa: “Doctrina Probable y Legítima Confianza: La Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia. Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable”. Frente a ello la Corte concluyó:

“Considera la Corte, que con el apartado sobre doctrina probable del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, se establece la posibilidad de crear doctrina probable en sede administrativa, cuando se ejerce la facultad de supervisión, vigilancia y control en las investigaciones y resoluciones de la SIC en materia de protección a la libre competencia y la vigilancia administrativa de la competencia desleal. En ese caso lo que se presenta es una vinculación más formal al precedente administrativas que se desarrolla en consonancia con los principios constitucionales de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. En ese caso se debe aplicar la línea jurisprudencial de que la decisión que acoge la doctrina probable debe ser motivada, pero especialmente de que la vinculación a ésta, no debe ser óbice para que teniendo en cuenta el caso concreto, la entidad administrativa se pueda apartar de dicha doctrina motivando con razones suficientes el acto para evitar las modificaciones intempestivas y descontextualizadas”.

De esta manera, es constitucional la tesis según la cual tres decisiones administrativas actuando relacionadas con la libre competencia y la competencia desleal, puede configurar la doctrina probable. No obstante, y como se puede percibir, a pesar de lo interesante de la discusión, no forma parte de nuestro interés directo en el tema.

3.4.3. Sentencia C-277/11, 12 de abril de 2011. Referencia: expediente D-8224
Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

En esta sentencia se estudia el párrafo del artículo 8 de la ley 1340 de 2009, que le atribuye a “la “La Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil conservará su competencia para la autorización de todas las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves consistentes en contratos de código compartido, explotación conjunta, utilización de aeronaves en fletamento, intercambio y bloqueo de espacio en aeronaves.” Considerando que se vulnera la unidad de materia, en una ley de régimen de competencia, y en un articulado previo que determina la autoridad única en materia de libre competencia, rompiéndose repetimos, al parecer

la unidad de materia legislativa. NO obstante, esta sentencia no se tendrá en cuenta a fondo por cuanto la corte se declaró inhibida.

3.5. COMENTARIO DE CIERRE

A manera de cierre del segundo capítulo, podemos concluir parcialmente que de la literalidad del antiguo (decreto 2353 de 1992) y nuevo régimen de competencia (Ley 1340 de 2009) no existe en su cuerpo literario, ninguna referencia directa ni indirecta en cuanto a la finalidad expresa de la sanción de multa como medio por el cual se previene o se corrige el régimen de libre competencia. Una finalidad que nos permita medir la eficacia de la multa a imponer, de manera que esta forma de intervenir en la economía por parte del Estado resulte idónea y razonable, además de constatar que está trazada por un criterio de verificable y no arbitrario.

Así mismo, se debe resaltar que el legislador identifica las deficiencias del régimen sancionatorio contenido en el Decreto 2153 de 1992 y las intenta corregir mediante la Ley 1340 de 2009, principalmente con su cambio más notorio que es el incremento en las multas por prácticas restrictivas de la libre competencia y abuso de posición de dominio, fortaleciendo de esta manera la modalidad de intervención del Estado en el mercado y la economía vía sanciones pecuniarias a los sujetos que intervienen en él.

En lo que corresponde con los análisis de constitucionalidad realizados por la Corte Constitucional sobre artículos de la Ley 1340 de 2009, podemos asegurar que la Corte nada ha dicho (de forma directa) sobre las finalidades del régimen sancionatorio, y tampoco nada ha dicho sobre la constitucionalidad del incremento de la sanción pecuniaria que se impone en el régimen de la libre competencia. No es posible identificar ni de forma directa, ni indirecta, una finalidad determinada de la sanción del régimen sancionatorio en general de la libre competencia y las finalidades de la sanción en particular, desde la interpretación del máximo juez constitucional.

Sin embargo destacamos que es posible inferir de las sentencias de la Corte que esta reconoce la creación de una regulación que es una forma válida de intervenir la economía por parte del Estado, cuando protege la libre competencia, no solo con el control previo de integraciones empresariales para prevenir el abuso de posición de dominio o el control monopolístico, sino también mediante la sanciones monetarias por prácticas o conducta contrarias a la libre competencia, y de esta manera realizar una intervención correctiva; esto siempre y cuando a juicio de la corte sean intervenciones razonables y proporcionadas.

Finalmente, y en consonancia con lo anterior, consideramos que la Corte, y es entendible en la medida que no fue su objeto de estudio, pasa por alto el hecho de que no hay ninguna finalidad expresa en cuanto a la imposición de una multa y su quantum, de manera que sea verificable su razonabilidad en la imposición, es decir que cumple con los criterios para alcanzar un fin propuesto, y que entre el abanico de posibilidades eficaces es la menos invasiva. Razón por la cual se resalta aún más la importancia de nuestro objeto de estudio, y es una motivación más para seguir en el análisis desde otras perspectivas.

Ahora pasaremos al estudio de la finalidad de la sanción desde las discusiones tenidas en el órgano legislativo, en tiempos de producción de la norma; desde las decisiones sancionatorias proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio impuestas a sujetos del mercado por el despliegue de prácticas restrictivas de la libre competencia, y finalmente desde lo esperando en la teoría y doctrina económica enunciada al principio.

4. CAPÍTULO TERCERO EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 1340 DE 2009 Y DECISIONES SANCIONATORIAS DE ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA LIBRE COMPETENCIA IMPUESTOS POR LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En este tercer capítulo establecemos el propósito de indagar el fin de la sanción que se impone por la infracción del régimen de la libre competencia, específicamente por prácticas restrictivas, desde la óptica de una interpretación exegética y su correspondiente técnica histórica, que supone hallar un sentido del articulado

normativo desde el querer legislativo contenido en la exposición de motivos de la Ley 1340 de 2009. Así mismo, procuramos indagar en algunas decisiones impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio, expedidas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1340 de 2009, la finalidad que se propone la Autoridad de Competencia al sancionar a un sujeto del mercado por infringir el régimen de competencia al ejecutar un acuerdo restrictivo de la libre competencia considerado como una de las practicas lesivas que se reprimen.

4.1. FINES EXPRESOS CONTENIDOS EN LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 1340 DE 2009

En lo que a la exposición de motivos de la Ley 1340 de 2009 respecta, debemos hacer hincapié en dos cosas:

En primer lugar, el régimen de la libre competencia se establece en la lógica de un Estado Interventor de la economía, no obstante, la intervención no se realiza mediante el control de procesos productivos sino en la vigilancia y supervisión de un funcionamiento correcto del mercado y la economía, que dada una situación anómala o funcionamiento inadecuado en su dinámica ameritaría su intervención, a título de director. Esta apreciación es muy importante porque la dinámica de intervención es distinta, pues es una intervención al mercado, pero a su favor por corrección, y no a su control. El papel del Estado se convierte entonces en esta visión un mero agente del mercado, de manera tal que no se amenace su dinámica ni por parte de particulares ni por el Estado mismo. En esta visión se propende por la defensa y protección de las reglas del libre mercado, que supone entre otras cosas la libre competencia (i) de acceso al mercado de nuevos competidores y, (ii) de evitar el abuso de una posición dominante o el ejercicio de prácticas restrictivas de la libre competencia, entre otras cosas), (iii) la formación libre de precios de bienes y servicios que redunde en un beneficio al consumidor, y (iv) el empuje en una mejor calidad de bienes y servicios por cuenta de un mercado competido, como lo vimos al principio de este documento. En este sentido podemos corroborar lo enunciado al leer los dos primeros párrafos de la exposición de motivos, lo siguiente:

“De conformidad con el artículo 333 de la Constitución Política La libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades... El Estado por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

En una economía que confía en la iniciativa empresarial como medio para crear riqueza, ingreso y bienestar como la nuestra, la preservación de mercados competitivos está en la base de múltiples objetivos sociales y económicos. En efecto, como lo establece el artículo 1° del Decreto 2153 de 1992, velar por la observancia de las normas que reprimen esas prácticas hace posible lograr varias finalidades. Mejora la eficiencia del aparato productivo nacional; hace posible que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios. También es el instrumento para asegurar que las empresas puedan participar libremente en los mercados y busca hacer posible que en los mercados existan variedad de precios y calidades.”.

En segundo lugar, en lo que corresponde a la multa y su finalidad, la exposición de motivos del proyecto de Ley determina que es una necesidad imperiosa incrementar las sanciones por prácticas restrictivas de la libre competencia, al considerar tres razones, no obstante, podríamos hallar una justificación o finalidad, estas no son evidentes ni se dejaron expresamente enunciadas. Por lo tanto, no es en la exposición de motivos en donde se halla dicha justificación.

El régimen sancionatorio contenido en la el Decreto 2153 de 1992 es muy débil en razón a que las multas en ocasiones eran miles de veces inferiores a las utilidades que podría percibir una empresa al ejecutar una práctica restrictiva de la libre competencia, como lo señalamos en el capítulo anterior, y en ese sentido el régimen no contenía ningún elemento disuasorio que permitiera tener un control efectivo que permitiera corregir el despliegue de ese tipo de conductas en el mercado.

Así mismo, que bajo el entendido que por lo general, la motivación principal de una empresa tiene en consideración para desplegar una práctica restrictiva de la libre competencia es la consolidación de su poder o posición en el mercado, el incremento de las multas no podía ser un asunto menor a considerar dentro del nuevo régimen de la competencia y su cuantía no puede dejar a un lado el hecho de que la práctica restrictiva puede arrojar cuantiosas utilidades al infractor, lo que supone desde luego, para no restarle eficacia a la multa del régimen dicha circunstancia, razón por la cual, y como lo señalamos en el acápite anterior, así fue consignado en el régimen, de manera que si los beneficios obtenidos por el infractor superan el máximo de la multa, esta pueda variar en su tope y adaptarse a dicha circunstancia.

Pero en cuanto a la finalidad de la multa como tal, no se determina expresamente, pero podemos inferir del texto que se establecen dos criterios interpretativos que nos permitirían construir hermenéuticamente una finalidad específica a la sanción del régimen de libre competencia:

- (i) El primero de ello es que la multa se estructura para contrarrestar los beneficios que el infractor ha obtenido con el despliegue de una conducta anticompetitiva, de manera que bajo ninguna hipótesis esta pueda arrojar utilidades: Pero además podríamos agregar, la multa tienen una lógica correctiva, en la medida en que la multa pueda exceder las utilidades y diezmar el patrimonio del ejecutor de la infracción **(pero sin que se determine en cuanto, ni ponga en riesgo la existencia de la empresa)** con el fin de corregir su acción⁴⁵.
- (ii) En el segundo lugar, y en consecuencia de lo anterior podría pensarse que de la exposición de motivos hay en el Legislador una intención disuasiva a los infractores de la libre competencia para proteger el mercado, de ahí que se incrementen el quantum de las multas, PERO no es posible sostener esta

tesis en la medida en que la reincidencia en la infracción no es sancionable con la expulsión del mercado, ya que esta forma de castigar sí realmente se buscaría de forma disuasiva la protección del mercado, pues la sola multa que nunca puede superar su capacidad de pago del infractor (y por lo tanto no quebraría la empresa), podría imponerse de manera continuada y para siempre, y dejar ser rentable para el infractor la conducta anticompetitiva a pesar de la dureza de la sanción.⁴⁶

Finalmente, y como consecuencia de lo anterior no es posible identificar una finalidad real de la sanción en el régimen de competencia a partir de la exposición de motivos del legislador, por lo tanto, tampoco es posible identificar del cuerpo normativo, mediante un método que apele a la exégesis histórica, identificar el querer del legislador. Sin embargo al conocer la visión contextual del papel del Estado en la economía como una gente que corrige ineficiencias en el mercado mediante su intervención, podemos sugerir con mayor firmeza que el régimen de competencia que se traduce en la imposición de multas, puede tener como fin general el de desincentivar el despliegue de prácticas anticompetitivas, pero no es identificable el fin en particular del quantum de la sanción real, siendo de esta manera un despliegue de la libertad de con figuración legislativa de nuestro legislador, y no un criterio respaldado efectivamente y verificable.

4.2. FINES EXPRESOS CONTENIDOS EN LAS DECISIONES SANCIONATORIAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO A PARTIR DE LA VIGENCIA DE LA LEY 1340 DE 2009 EN ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA LIBRE COMPETENCIA

⁴⁶ Eso último es de gran valor, podría pensarse que teniendo en cuenta que la empresa es generadora de empleo y de riqueza, esta no es objeto de sanción en el régimen de la competencia de multas que excedan su capacidad de pago (salvo que las utilidades obtenidas sean mayores que los topes de la ley) de manera que la Autoridad de Competencia pueda llevarla a la quiebra, sin embargo, creemos que debe ser lo suficientemente ejemplar, para que cumpla su cometido disuasorio. Por esta misma razón tampoco se consideran sanciones como la expulsión del mercado, dado el rol central en la producción de empleo, de la que pueden depender un indeterminado número de familias.

En este capítulo se tendrán en cuenta algunas decisiones sancionatorias impuestas por la Superintendencia de Industria y comercio por cuenta de acuerdos restrictivos de la libre competencia. Ahora bien, hay que tener en cuenta que las sanciones son impuestas mediante resolución, es decir mediante un acto administrativo, de **manera que su análisis no puede realizarse con las técnicas de estudio de una decisión judicial ya sea del órgano judicial o de un órgano administrativo que la expedida en el ejercicio de funciones administrativas de poder de policía.** Por lo tanto, la forma como se presentarán estos actos administrativos individualmente considerados serán a partir de una presentación breve de los hechos, la sanción impuesta y la consideración dosimétrica tenida en cuenta por la autoridad, de manera que se puede medianamente considerar la finalidad de la sanción.

En cuanto a la selección de las sanciones se tuvo en cuenta solo un criterio temporal del cual se seleccionan aquellas que hayan sido proferidas por la Superintendencia de industria y comercio con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1340 de 2009. Así mismo estas decisiones sancionan específicamente acuerdos, restrictivos de la libre competencia, y teniendo en cuenta que son decisiones administrativas no contienen en lo que podríamos llamar en la jurisprudencia *ratio decidendi*, sino que por el contrario son de estructura silogística, sostenidas fundamentalmente sobre un supuesto factico, unas pruebas, y una consecuencia jurídica sancionatoria o exonerativa.

4.2.1. RESOLUCIÓN 71794 DEL 12 DE DICIEMBRE DE 2011 (CARTEL DE LA GASOLINA DUITAMA)

La Superintendencia abrió investigación y posteriormente sancionó la Federación nacional de distribuidores de petróleo -Fendipetroleo- seccional Boyacá y Casanare y a varias empresas distribuidoras de combustible (gasolina y ACPM) empresas por la promoción y celebración de un presunto acuerdo de precios de los combustibles en el Municipio de Duitama.

La sanción que impuso la Superintendencia de Industria y comercio se limitó a 1070 millones de pesos a cada una de las investigadas y sancionadas, por un acuerdo

que se puede establecer la vigencia de al menos dos años de duración (2007-2009) pero que si bien la decisión fue expedida con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo régimen de competencia, la favorabilidad aplicable es el régimen anterior por cuanto era el vigente al momento de la ocurrencia de los hechos objeto de reproche.

Ahora bien, en cuanto a la dosimetría, se impuso la más alta permitida por el régimen anterior, es decir 2000 salarios mínimos, a pesar de la gravedad de la conducta y de la que posiblemente hubieren resultado más utilidades que el monto de la sanción, no obstante, era el tope de la multa en la ley.⁴⁷

4.2.2. RESOLUCIÓN 13483 DE DEL 9 DE MARZO DE 2012 (CARTEL DE LAS CDA'S).

La Superintendencia abrió investigación y posteriormente sancionó a siete empresas por un presunto acuerdo de precios y reparto de mercados de las revisiones técnico mecánicas en la ciudad de Ibagué y a una octava por promover la celebración del acuerdo de precios.

La sanción osciló entre los 30 mil millones y los 5 mil millones de pesos, dosimetría que tuvo en cuenta para determinarse, (i) tamaño de participación en el mercado del servicio técnico mecánico (ii) los beneficios obtenidos por la conducta.

Ahora bien, de acuerdo a los estados financieros de las empresas investigadas y sancionadas se pudo establecer que los beneficios derivados del acuerdo eran bajos, y que el mercado en Ibagué de esos servicios estaba en crisis, la superintendencia consideró que el acuerdo que tiene como fin alterar la libre formación de los bienes o servicios en el mercado constituye prácticamente el acuerdo de no competir, y por esa razón es una de las conductas más lesivas a la libre competencia, y que por lo tanto no se iba a considerar la poca utilidad de la de

⁴⁷http://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/RESOLUCION_71794_DE_12_DE_DICIEMBRE_DE_2011_SANCION_FENDIPETROLEO.pdf

conducta y la crisis del sector, para determinar la dosimetría de la sanción, sino su lesividad en el mercado, razón por la cual se justificaron dichas multas.⁴⁸

4.2.3. RESOLUCIÓN 31739 DEL 26 DE MAYO DE 2016 (CARTEL DEL PAPEL HIGIÉNICO)

Conocido como el cartel del papel higiénico, la Superintendencia sancionó a cinco de las empresas más grandes en Colombia productoras y distribuidoras de dicho producto. La conducta anticompetitiva consistió en celebrar un acuerdo que determinara un artificialmente el precio del papel higiénico, producto que forma parte de la canasta familiar en Colombia, y que según cifras del DANE citadas en la resolución, los colombianos destinan el 0,496% del ingreso disponible en el consumo de dicho bien. La cartelización estuvo en pie por más de diez años, y las involucradas en ello equiparaban el 70% de las ventas de dicho producto en el mercado colombiano. De manera que por un largo periodo los cartelistas evitaron la libre formación de los precios en el mercado.

Este caso fue muy sonado en los medios de comunicación, sobre todo porque tres de las empresas vinculadas de un total de cinco, se sometieron al programa de beneficios por colaboración, de manera que se pudo dismantelar la totalidad de la red tramada en el acuerdo anticompetitivo. La primera fue exonerada al pago en un 100% de la multa impuesta por la Superintendencia, que se traduce en primera delatora, la segunda cobijada por dicho plan de beneficios en el transcurso del proceso fue excluida por falta de colaboración. La tercera fue beneficiada con un 30% de la sanción.

Las multas que impuso la superintendencia oscilaban entre los 68 mil millones de pesos hasta los 2800 millones de pesos, en consideración de los siguientes elementos: (i) participación en el mercado e impacto de la conducta (ii) utilidades percibidas (iii) persistencia en el tiempo de la conducta. Un elemento en

⁴⁸http://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/RESOLUCION_13483_DE_09_DE_MARZO_DE_2012_SANCION_CDA_IBAGUE.pdf

consideración (iv) grado de participación (vi) y su graduación se consideró de acuerdo a su patrimonio líquido.⁴⁹

4.2.4. RESOLUCIÓN 54403 DEL 18 DE AGOSTO DEL 2016 (CARTEL DE LOS CUADERNOS)

Este acuerdo anticompetitivo fue celebrado por tres empresas dedicadas a la comercialización de cuadernos escolares y fue conocida como el cartel de los cuadernos. En este caso también se celebró un acuerdo para fijar de forma artificial los precios de los cuadernos, de manera que del acuerdo de no competir se pudieran obtener cuantiosos beneficios. En este caso también operó el Programa de Beneficios por colaboración del que tuvo como resultado la exoneración en un 100% de dos de las empresas involucradas, por erigirse como deladoras del cartel.

Coincidentalmente una de las deladoras en este cartel, fue la misma que participó como delatora y exonerada en el 100% de la sanción en el cartel del papel higiénico, a pesar que dicha empresa en ambos carteles fue su principal promotor del acuerdo anticompetitivo, que en este caso perduró desde el año 2001 hasta el año 2014.

La empresa no cobijada en el programa de beneficios por colaboración fue sancionada con una multa de más de 12.400 millones de pesos, así como en el anterior los criterios para determinar la sanción fueron: (i) participación en el mercado e impacto de la conducta (ii) utilidades percibidas (iii) persistencia en el tiempo de la conducta. Un elemento en consideración (iv) grado de participación (vi) y su graduación se consideró de acuerdo a su patrimonio líquido.⁵⁰

4.3. COMENTARIO DE CIERRE

En este capítulo pudimos dar cuenta, valiéndonos de la técnica histórica de la hermenéutica exegeta, que en efecto el legislador sí discutió en la exposición de motivos del nuevo régimen de la libre competencia contenido en la Ley 1340 de

⁴⁹http://visordocs.sic.gov.co:8080/consultaDocs/actos_administrativos.jsf?tipo_acto=RE&ano_acto=2016&nome_acto=31739

⁵⁰http://visordocs.sic.gov.co:8080/consultaDocs/actos_administrativos.jsf?tipo_acto=RE&ano_acto=2016&nome_acto=54403

2009, una finalidad general régimen de la libre competencia, pero no una finalidad específica de la sanción de multa por prácticas restrictivas de la libre competencia, por lo tanto, esta tampoco se plasmó en ningún artículo del texto normativo final. En todo caso la finalidad general del régimen de la libre competencia es proteger el mercado en sus propias reglas de juego, de manera que las correcciones por prácticas anticompetitivas no se traduzcan en una aniquilación de la privada ni una prohibición de despliegue de iniciativa económica, sino en corregir que actúe de manera fiel a las reglas del mercado. Por lo tanto, más que una disuasión es una corrección, en pro del mercado.

En efecto del estudio de casos pudimos constatar que el recrudecimiento de las sanciones es evidente, pero que no se determina con claridad un criterio de medición que permita identificar una finalidad a la multa en concreto. Más allá de restarle las utilidades obtenidas con la infracción, pero no en una sanción que busque disuadir efectivamente.

5. CONCLUSIONES

A manera de conclusión podemos establecer que en efecto sí existe una finalidad, pero al régimen general, que consiste en la protección del mercado bajo las reglas del mercado mismo, pero no existe una finalidad en las multas que se establecen en el régimen de competencia por ejercer prácticas restrictivas de la libre competencia, sino que estas obedecen a la libertad de configuración legislativa dentro de la finalidad general. La función principal no es disuasoria entonces, sino correctiva, pero adscrita a una situación en particular, que no genera efectos disuasorios efectivos de protección.

Ahora bien, es evidente que, en la acogida al plan de beneficios por colaboración de empresas promotoras de acuerdo anticompetitivos, fue después de muchos años (hasta el cambio de régimen de la libre competencia) que se conocieron carteles importantes que formaban artificialmente los precios de los bienes que comercializan.

Pero podríamos pensar que la delación no se realiza propiamente por temor a la sanción, también es plausible que sea con la intención de debilitar a la competencia cuando financieramente es castigada por el Estado. Pero solo debilitar, porque se repite no se imponen sanciones que pongan en peligro la viabilidad de una empresa infractora.

Así mismo podemos establecer que dentro propósito general del régimen anticompetitivo, el rol que el Estado tiene en un mercado neoliberal y capitalista, cuya intervención se promueve no ya en la ejecución de dinámicas productivas, sino en la de ejecución de políticas pro mercado, es también un agente que vela por el buen desempeño del mismo, y que tiene instrumentos como las multas a patrimonios privados para corregir ineficiencias en el mismo, en este caso por prácticas restrictivas de la libre competencia.

Esto, como se pudo observar, redundando en un mercado eficiente que forma los precios de los bienes y servicios que circulan de forma normal, y permite el ingreso en el mercado de nuevos agentes, cuyo efecto natural es además de la competencia en precios, la mejoría en la calidad de los bienes y servicios, redundando todo en un beneficio al consumidor.

De esta manera también, es justificado el cambio de régimen de competencia, pero su reformar más sustancial, es decir el incremento de las multas al pasar de hasta 2000 SMMLV en persona jurídica, hasta los 150.000 SMMLV o el 150% de la utilidad percibida con la conducta, y en persona natural de 300 SMMLV a 2000 SMMLV, cumpliendo el legislador con instrumentos efectivos que permitan cumplir la finalidad específica de disuasión, ES CONSECUENCIA DE LA LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA Y NO CORRESPONDE CON UNA FINALIDAD EN PARTICULAR ATRIBUIBLE A LA SANCIÓN EN CONCRETO.

La finalidad general de un Estado agente del mercado que vela por su protección, por la corrección de ineficiencias, la garantía de ingreso al mercado en calidad de competidor, y de contera beneficios para el consumidor, como ya se explicó.

Todo lo anterior es armónico a lo que denominamos la libre competencia en sus múltiples perspectivas, desde el mercado (mediante la garantía de desarrollo de acuerdo a sus reglas propias, de la cual la libre competencia es uno de sus pilares fundamentales), desde el Estado (mediante el cual es un agente del mercado y utiliza sus instrumentos para intervenir de manera que garantice efectivamente la dinámica propia del mercado y contribuya a superar las ineficiencias de este, utilizando entre otros instrumentos el poder sancionatorio, en este caso de conductas anticompetitivas) y desde la óptica de los sujetos que participan en él (de acuerdo a posibilidad de ingresar al mercado y competir en las mismas condiciones, y como consumidor en la medida en que un mercado competido permite una formación favorable de precios y un incremento en la calidad de los bienes y servicios. No obstante, se echa de menos, el que no se explique cuál es la finalidad específica de una sanción en el régimen de libre competencia, por prácticas restrictivas de la libre competencia, sino que se oculte con el velo de la libertad de configuración legislativa.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Acatlán, U. F. (Ed.). (2014). *La Intervención del Estado en la Actividad Económica; Justificación Teórica y Perspectivas*. Recuperado el 16 de Enero de 2016, de <https://www.academia.edu>:
https://www.academia.edu/7545576/La_Intervenci%C3%B3n_del_Estado_en_la_Actividad_Econ%C3%B3mica_Justificaci%C3%B3n_Te%C3%B3rica_y_Perspectivas
- Almonacid, J. J. (1998). *Derecho de la competencia: Abuso de la Posición Dominante, Competencia Desleal, Uso Indebido de Información Privilegiada*. Bogotá: Legis.
- Bastida, F., Villaverde, I., Requejo, P., Presno, M. A., Alaez, B., & Sarasola, I. (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos.
- Bobbio, N. (2007). *Teoría general del Derecho*. Bogotá: Editorial Temis.
- Caicedo Pombo, M. (2000). *Prácticas comerciales restrictivas en el sector automotor*. (P. U. Javeriana, Ed.) Recuperado el 2016 de enero de 20, de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis29.pdf>

- Confederación de la Producción y del Comercio. (2013). Libre Competencia: entre el ser y el parecer. Bien común, dilemas éticos y compromisos empresariales. Chile. Obtenido de <http://www.cpc.cl/wp-content/uploads/2013/10/Libre-Competencia-entre-el-ser-y-el-parecer.pdf>
- Departamento de Análisis Económico Aplicado de la Universidad de Palmas de Gran Canaria. (2005). <http://www2.ulpgc.es/>. Recuperado el 16 de enero de 2016, de <http://www2.ulpgc.es/hege/almacen/download/27/27046/sesion01.pdf>
- Garavito, L. F. (1995). *Intervencionismo de Estado y Economía en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Garrigues, J. (1987). *Curso de Derecho Mercantil*. Bogotá: Temis.
- Guillem Briones, M. V. (2010). El derecho de la Competencia. *Revista de Derecho Económico*, 02, 167-205. Obtenido de <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-economico-tomo-2/derecho-economico-tomo-2.pdf>
- Hayek, F. (1978). *Camino de servidumbre*. Madrid: Alianza Editorial.
- Henao, M. C. (2008). *libertad de empresa en el Estado Social de Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hernandez, J. A. (2013). *Control de prácticas restrictivas de la competencia en el comercio internacional (perspectiva latinomericana)*. (U. C. Madrid, Ed.) Obtenido de <http://eprints.ucm.es/20187/1/T34240.pdf>
- Lalanne, P. F. (16 de enero de 2016). *Prácticas restrictivas de comercio, competencia desleal y "dumping" en la integración económica centroamericana*. Obtenido de <http://www10.iadb.org/>: http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/Derecho_Integracion/documentos/020-Estudios_03.pdf
- Martínez Neira, N. H. (1986). *Intervención del Estado en el Mercado Público de Valores*. Bogotá: Temis.
- Pachon, M. (1988). Algunos Aspectos de la Competencia Desleal. *Revista Universitas*.
- Paucar, J. A. (2013). La posición dominante en los contratos, el abuso de la misma y la protección del adherente en el sistema colombiano. En C. L. Rojas, *Perspectivas del derecho del consumo* (págs. 357-388). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pindyck, R., & Rubinfeld, D. L. (2009). *Microeconomía*. Madrid: Pearson Prentice Hall.

Pulido, C. B. (2008). *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ramirez, M. F. (2010). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley.

Rubio Escobar, J. (10 de Junio de 2004). Derecho a la libre competencia en Colombia y su interacción con los tratados internacionales de libre comercio. Bogotá, Colombia. Obtenido de http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/articulos/Derecho_competencia.pdf

Samuelson, P. A., & Nordhaus, W. D. (2005). *Economía*. Mexico: McGraw Hill.

World bank. (s.f.). *Sobre el régimen de libre comopetencia en Venezuela*. Recuperado el 19 de enero de 2016, de <http://siteresources.worldbank.org/INTCOMPLEGALDB/Resources/SobreelregimendeLibreCompetenciaenVenezuela.pdf>

Normatividad

Constitución Política de Colombia del año 1991

Ley 155 de 1959

Ley 1340 de 2009

Decreto 2153 de 1992

Jurisprudencia de Corte Constitucional Colombiana

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-616 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-226 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-228/10, M. P: Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-537/10. M.P: Juan Carlos Henao Pérez

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-277/11, M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Superintendencia de Industria y Comercio

Resolución 71794 del 12 de diciembre de 2011

Resolución 13483 de del 9 de marzo de 2012

Resolución 31739 del 26 de mayo de 2016

Resolución 54403 del 18 de agosto del 2016