

APROXIMACIÓN AL MARCO JURÍDICO DE LA LIBERTAD ECONÓMICA EN COLOMBIA

JAVIER ARISTIZÁBAL VILLA

Director del Programa de Derecho de la Universidad ICESI. Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Especialista en Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia. Magistrado Auxiliar del Consejo de Estado. Profesor de Derecho Público, Universidades del Valle y de San Buenaventura, Cali. Profesor de Introducción a la Estructura Jurídica Colombiana de la Universidad Icesi. Investigador sociojurídico del CIAC (Centro de Investigación de la Arquidiócesis de Cali)

INTRODUCCION

La libertad económica es uno de los pilares fundamentales del derecho económico colombiano. Como tal, tiene un doble contenido de clara estirpe constitucional.

De una parte, la libertad de empresa como fundamento de la actividad particular y de los derechos inherentes a ella, que pueden hacerse valer frente a la intervención del Estado cuando éste pretenda reglamentarla; de otra, la libertad de competencia, entendida como el derecho a emular con otro sin ser discriminado, lo que naturalmente conduce a limitar las condiciones en las cuales las personas públicas pueden participar en la actividad económica sin desnaturalizar la sana competencia.

El artículo 333 de la Constitución Política estipula que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común. Según el inciso 5°. del mismo artículo, *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.*

En consecuencia, estos límites los fija el Congreso según el artículo 150, ordinal 21, que para este efecto debe concordarse con el artículo 334 de la Constitución Política donde se consagra la dirección general de la economía por parte del Estado. El texto constitucional consagra la libertad económica, recogiendo el doble contenido de un principio inspirado en los autores franceses con De Laubardere y Devolve¹ a la cabeza: *la liber-*

1. Citados por Marco A. Velilla, en *Reflexiones sobre la Constitución Económica Colombiana*, Bibliotheca Millennium, pag. 102. Bogotá, 1996.

tad de empresa y la libre competencia.

Por su parte, la Corte Constitucional coincide con la doctrina al señalar que la libertad económica *es una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio*².

PRINCIPIO DE LA LIBRE EMPRESAY SUS LIMITACIONES

Se fundamenta en la libertad económica y se refiere a dos tópicos básicos:

1. *La libertad de establecerse o de instalarse*, que con la sola limitación del bien común consagra el inciso primero del artículo 333 de la Constitución Política en su parte final: *Para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley*. Existen algunas excepciones a este principio en la Constitución, como las previstas en los artículos 335 y 150 numeral 19; 189, numerales 24 y 25, atinentes a la actividad financiera, bursátil y aseguradora que, por ser de interés público, sólo pueden ser ejercidas con autorización del Estado.
2. *La libertad de ejercicio o de explotación de la actividad profesional*, lo que se opone al menos de manera teórica, a restringir la utilización de ciertos procedimientos o de ciertos productos, en general al establecimiento de limitaciones

que se refieran tanto a la actividad ejercida propiamente dicha, como a la persona que la ejerce. Incluye desde luego, la libertad de contratar.

RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE EMPRESA

1. Desde el punto de vista del mantenimiento del orden público. Las necesidades de seguridad, salubridad, higiene pública a favor de los consumidores (Art. 78 de la Constitución Política). Igualmente el control sobre la publicidad e información a que están sometidos durante el proceso de comercialización todos los productos.
2. En cuanto a los comportamientos que atenten contra un determinado sector económico que se encuentra deprimido por factores específicos, como por ejemplo la competencia internacional.
3. Por razones de servicio público, lo que permite reglamentar determinadas actividades, exigir autorizaciones o condicionarlas al cumplimiento de requisitos mínimos. En muy pocos casos se llega al extremo de prohibir una actividad totalmente o en ciertos lugares.
4. En lo atinente a monopolios, que de conformidad con el artículo 336 de la Constitución Política no son legales, pero que se permiten excepcionalmente como arbitrio rentístico cuando tienen una finalidad de interés público o social.

2. (Sent. T-425 de 1992).

LA LIBRE COMPETENCIA Y SUS LIMITACIONES

Este principio implica que los particulares puedan ejercer su actividad industrial o comercial dentro de un sistema competitivo sin que sean impedidos u obstaculizados, en general, por reglamentaciones o prohibiciones del Estado. En el inciso 2o del artículo 333 de la Constitución Política se enuncia de la siguiente manera: *La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.*

Cuando varias personas compiten en una misma actividad, tienen derecho a hacerlo sin obstáculos por parte del Estado. La libre competencia, en realidad, es un aspecto de la libre empresa, pero sin considerar la actividad de los particulares en sí misma, sino en su relación con otros, se trate bien de particulares o bien del Estado mismo. La Constitución contiene ciertas limitaciones a la libre competencia: por ejemplo, en materia de precios, con fundamento en el artículo 334 es posible intervenir para regular ciertos productos. Otra limitación del derecho a la competencia tiene su consagración constitucional en el artículo 333 (inc.4) de la Constitución Política: *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.*

Este control se refiere a dos clases de infracciones:

1. A los acuerdos entre firmas distintas, o la adquisición por una firma de una situación tal sobre

el mercado, que prácticamente excluya la competencia. En este caso se habla en otras legislaciones de acuerdos anticoncurrenciales.

2. La prohibición de monopolios (artículo 336 de la Constitución Política) según la terminología americana, o de abuso de posición dominante, que es la terminología utilizada por el régimen jurídico de la Comunidad Europea.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

Esta área del derecho resulta vital en el desarrollo constitucional, muy particularmente dentro del proceso de internacionalización de la economía. En general, pueden existir atentados contra la competencia individual, o contra la competencia colectiva.

Entre los atentados contra la competencia individual están los regímenes de prácticas relativas a los precios (imposición de precios, o utilización de prácticas de promoción de precios como ventas a pérdida, o ventas a precios reducidos) y a los procedimientos de venta (procedimientos selectivos, procedimientos captativos, procedimientos de venta excepcionales, etc).

Entre los atentados contra la competencia colectiva están los denominados regímenes de acuerdos, el régimen de los abusos de posición dominante, y el régimen jurídico de las concentraciones de empresas.

ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

De acuerdo con los artículos 45 y 50 del Decreto 2153 de 1992 que a su vez incorporan la decisión continental

CAN, proferida en 1971 por la Comisión Europea, se considera que las empresas se encuentran en posición dominante cuando tienen la posibilidad de adoptar comportamientos independientes que las colocan en condiciones de actuar sin tener en cuenta a los competidores, ni a los compradores, ni a los proveedores. Por ende, en dicha normatividad se contiene una reglamentación específica de las posiciones dominantes y de sus abusos.

De otra parte, si bien la Ley 155 de 1959 sobre concentración del poder económico y prácticas restrictivas del comercio no se refería expresamente al abuso de posición dominante, sí quiso controlar ciertas operaciones que podrían permitir a una empresa llegar a tener dicha posición o abusar de ella, así:

1. **El artículo 2o.** Establece una vigilancia especial para aquellas empresas que tuvieran la capacidad, dada su participación en el mercado, de fijar los precios.
2. **El artículo 4o.** Exige que para la fusión, consolidación e integración de empresas que se dediquen a la misma actividad productiva, abastecedora, distribuidora o consumidora de un mismo producto o servicio, cuando los activos individuales o en conjunto de tales empresas excedieran una suma determinada, debería informarse previamente de dicho proyecto al Gobierno, el cual puede objetarlo si conlleva indebida restricción a la libre competencia.
3. **El artículo 8o.** Prohíbe a las empresas emplear prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a monopolizar la distribución.

No sobra tener en cuenta que la introducción en la Comunidad Europea de las disposiciones destinadas a regir las posiciones dominantes parece haber obedecido al propósito de poner la legislación nacional en armonía con las normas del Derecho Comunitario. Al respecto, prescribe el artículo 86 del Tratado de Roma: *Será incompatible con el Mercado Común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el Mercado Común o en una parte sustancial del mismo.*

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en :

- a) Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b) Aplicar a los terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- c) Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- d) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

El régimen establecido en el derecho colombiano se caracteriza ante todo por la ausencia de una prohibición tajante para que prosperen posiciones dominantes. Sólo se condena y

restringe el ejercicio abusivo del poder conferido a la empresa por su posición de dominio sobre el mercado.

El mencionado artículo 50 del decreto 2153 de 1992 establece que cuando existe posición dominante, constituyen abuso de la misma, las siguientes conductas:

1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos. Esta práctica se ha denominado de «precios predatorios».
2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes que pongan a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas. Esta práctica se denomina por la doctrina de «discriminación vertical».
3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones. En inglés se denomina a esta práctica **tying** y consiste en querer condicionar la contratación.
4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o de eliminar la competencia en el mercado. Se denomina doctrinalmente «Discriminación horizontal».

5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente a aquél en que se ofrece en otra parte de dicho territorio cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción. Aquí se consagra la práctica de «precios predatorios regionales».

El mismo decreto establece que el Superintendente de Industria y Comercio no podrá objetar los casos de fusiones, consolidación, integraciones o adquisición del control de empresas que le sean informados, en los términos del artículo 4° de la ley 155 de 1959 cuando los interesados demuestren que puede haber mejoras significativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro de costos que no puede alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado.

Lo que nos permite concluir que el **abuso de posición dominante** está conformado por dos elementos: la posición dominante y el ejercicio abusivo que de ésta puede hacerse.

EXPLOTACIÓN ABUSIVA DE LA POSICIÓN DOMINANTE

Lo cierto es que la posición dominante no está en sí misma prohibida. En desarrollo del artículo 86 del Tratado de Roma, así lo confirma la jurisprudencia al dejar por sentado que el solo hecho de declarar que una empresa tiene posición dominante no es por sí mismo un reproche sino que simplemente significa que, sin tener

en cuenta las razones por las que tiene tal posición dominante, la empresa de que se trata tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta impida una competencia genuina y no falseada en el Mercado Común³.

En nuestro ordenamiento, el Decreto 2153 de 1992 condena las actividades de una empresa en posición dominante sólo cuando éstas tienen por objeto o pueden tener por efecto el impedir o falsear el juego de la competencia sobre un mercado. Dicho de otra manera, la posición dominante es la condición previa para un abuso de dicha posición, abuso cuyos elementos constitutivos resultan a la vez del comportamiento adoptado por esta empresa o del nexo de causalidad entre la posición dominante y ese comportamiento.

COMPORTAMIENTOS PROHIBIDOS

La noción de abuso fue tomada del artículo 86 del Tratado de Roma y permanentemente ha sido objeto de críticas por parte de los analistas jurídicos. Fundamentalmente se aduce que el término «abuso» es impreciso teniendo en cuenta la realidad que él describe, ya que los comportamientos prohibidos no necesariamente son, en sí mismos, abusivos.

Sobre el ejercicio ilícito de actividades monopolísticas de arbitrio rentís-

tico, concretamente se ocupa la Ley 57 de 1993, mediante la cual se adiciona el Código Penal vigente⁴ y que a la letra prescribe: *El que de cualquier manera o valiéndose de cualquier medio ejerza una actividad establecida como monopolio de arbitrio rentístico, sin sujeción a las normas que la regulan, incurrirá en pena de prisión de tres a cinco años y el pago de una multa de diez a cien salarios mínimos legales.*

PRACTICAS PROHIBIDAS

Los comportamientos que restringen el juego de la competencia sobre el mercado son frecuentemente actos reprochables en sí mismos. Es el caso de una empresa que ocupando una posición dominante utiliza una práctica que reviste un carácter intrínsecamente ilícito, y que merece entonces calificarse de abusivo. Estaríamos aquí ante una acumulación de infracciones en el caso de que dicho acto se encuentre igualmente penalizado.

La normatividad vigente, particularmente el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, considera algunas conductas, como la aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, las que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, o la deni-

3. Asunto 322 de 1981, Rep. 3461.

4. A partir del 25 de julio de 2001 entrarán a regir los nuevos Código Penal (el cual reproduce casi textualmente dicha norma en el artículo 312) y de Procedimiento Penal, contenidos en las leyes 599 y 600 de 2000, respectivamente.

gración abusiva. Desde luego que tales comportamientos, en principio no sancionados, pueden llegar a serlo.

El análisis de las decisiones sobre la materia en el derecho comparado demuestra que muchas conductas o disposiciones contractuales emanadas de empresas en posición dominante se encuentran consideradas como verdaderos abusos, aunque su ejecución no constituya ningún acto ilícito en sí mismo. Sabido es que un acto puede ser también ilícito sin necesidad de que tenga un carácter delictual, tratándose de actos de competencia desleal o de irregularidades contractuales.

El aumento de ciertas prácticas restrictivas que no podían incluirse dentro del alcance de las disposiciones de posición dominante, hizo que el legislador, en países como Alemania y Francia, creara el denominado abuso de dependencia económica para poder reprimirlas. Se hace referencia a ciertas conductas que pueden presentarse en las Centrales Mayoristas o en los Hipermercados, según las cuales se exige una prima para referenciarse, indemnizaciones o contribuciones retroactivas, solicitud de suministros gratuitos, o se llega a denigraciones derivadas de la no aceptación de condiciones de ventas comerciales injustificadas, etc. etc.

EL NEXO DE CAUSALIDAD

Como en acápite anteriores, resulta ineludible la referencia al profesor

Marco A. Velilla⁵ cuando anota que para que exista una infracción de abuso de posición dominante es necesario que además del poder de dominación del mercado y del obstáculo que se deriva para el libre juego de la competencia sobre este último, se dé el nexo de causalidad entre estos dos elementos. Es decir, en palabras del autor, que el obstáculo debe resultar de la utilización de ese poder de dominación y que este nexo de causalidad se establece cuando el mercado aparece sometido a prácticas impuestas por la empresa dominante y cuando ningún intercambio del producto o del servicio puede efectuarse en condiciones diferentes a las que por ésta son fijadas.

Por el contrario, no existe nexo de causalidad cuando las condiciones de funcionamiento de un mercado se encuentran alteradas por efecto de una evolución económica que resulta principalmente del progreso técnico o de una modificación de los gustos del público.

FINALMENTE

Es menester entonces concluir que entre nosotros, la noción de abuso de posición dominante resulta incipiente y sólo comienza a delinearse en determinados sectores y por diferentes autoridades. Así:

- a) En cuanto a la libertad y plena competencia del transporte marítimo que regula el Decreto 2327 de 1991 (Art. 30, num. 4o.).

5. VELILLA, Marco A. *Derecho de la Competencia, una aproximación al concepto de abuso de posición dominante*. Bibliotheca Millennio, pág. 177 y ss. Bogotá, 1999.

b) La ley 142 de 1994 sobre la prestación de servicios domiciliarios (art. 2 nrl. 2,6, y 14.12).

c) Ley 182 de 1995, estatuto de T.V (Art. 52).

Por lo que ante hechos cumplidos como el de la compra del 45% de las acciones de la Compañía Leona por parte del Grupo Bavaria, no nos es permitido ir más allá del asombro. O plantearnos el interrogante sobre si de verdad podremos llegar a un desarrollo sistemático del abuso de la posición dominante y del derecho de la competencia, en general, incluyendo la creación de una jurisdicción especial y única, asistida por un cuerpo plural de magistrados probos e independientes.

Tarea bastante sugestiva, y muy adecuada al perfil y a los retos de la nueva escuela de Derecho, en buena hora iniciada en la Universidad ICESI.

BIBLIOGRAFIA

Compendio de Normas sobre Propiedad Industrial en Colombia. Su-

perintendencia de Industria y Comercio, Bogotá, 1998.

Guía práctica para la ejecución de la Ley Antimonopolio para una economía en transición. Superintendencia de Industria y Comercio. Bogotá, 1999.

Constitución Económica Colombiana, Bibliotheca Millennium. Bogotá, 1996.

Derecho de la Competencia. Bibliotheca Millennium, Bogotá, 1999.

RESTREPO, Juan Camilo. *Hacienda Pública.* Uniexternado, 1998.

Política y Derecho del Consumo. Bibliotheca Millennium. Bogotá, 1999.

PALACIOS MEJÍA, Hugo. *La Economía en el Derecho Constitucional Colombiano.* Revista Economía Colombiana. 1991.

LÓPEZ GARAVITO, Luis Fernando. *Intervencionismo de Estado y Economía en Colombia.* Uniexternado. 1999. ☀