

**Criterios De Reforma Al Régimen De Prácticas Restrictivas de la Competencia En
Colombia: Estado Actual Y Estudio Comparativo Frente A La Regulación Vigente En La
Unión Europea Y Estados Unidos.**

Sandra Yeraldin Márquez Chiquillo

Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho Privado

Director

Marlon Iván Maldonado Narváez

Universidad Santo Tomás, Tunja

División de Ciencias Jurídicas y Políticas

Maestría en Derecho

2024

Agradecimientos

Agradezco a la Universidad Santo Tomás, por permitirme seguir desarrollando mi potencial como profesional, y por distinguir mis logros académicos, concediéndome el honor de cursar esta maestría.

Un agradecimiento especial a mi director de tesis, el Dr. Marlon Maldonado, por guiarme siempre en el camino y confiar en mis capacidades.

Agradezco a mi madre, por su dedicación y esfuerzo constante para educarme de la mejor manera.

Y a todas las personas que me apoyaron en este proceso de formación.

*Et gratias ago **pars mei** quae mihi totum suum auxilium dedit et non desperavit cum me solum esse sensi.*

Tabla de Contenido

| | |
|---|----|
| Introducción..... | 9 |
| I. Alcances conceptuales y Orígenes de Competencia Económica en Colombia. | 13 |
| 1.1. Concepto de Competencia Económica | 13 |
| 1.1.1. Aspectos generales del concepto de Competencia económica. | 14 |
| 1.1.2. Definición de Competencia para la Teoría económica..... | 15 |
| 1.1.3. Economía Social de mercado y Libre competencia económica..... | 17 |
| 1.2. Origen de la Regulación frente a la Competencia Económica. | 19 |
| 1.2.1. Las leyes estadounidenses. | 20 |
| 1.2.2. Las leyes europeas..... | 23 |
| 1.2.3. Las primeras leyes de Competencia económica en América Latina. . | 26 |
| II. Tendencias en el régimen de la Unión Europea y en Estados Unidos frente a la regulación de la competencia económica. | 28 |
| 2.1. Tendencias regulatorias frente a la Libre Competencia Económica en la Unión Europea. | 29 |
| 2.1.1. Reglamento (UE) No. 596/2014 del parlamento europeo y del consejo de 16 de abril de 2014..... | 31 |
| 2.1.2. Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado (Directiva sobre abuso de mercado). | 34 |

| | |
|--|----|
| 2.1.3. Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 , relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (Texto pertinente a efectos del EEE)..... | 35 |
| 2.1.4. Reglamento (UE) 2019/712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativo a la defensa de la competencia en el transporte aéreo y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 868/2004..... | 37 |
| 2.1.5. Directiva (UE) 2019/633 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario..... | 39 |
| 2.1.6. Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior (Texto pertinente a efectos del EEE.)..... | 41 |
| 2.1.7. Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales) (Texto pertinente a efectos del EEE).44 | |
| 2.1.8. Conclusión. | 47 |

| | |
|--|----|
| 2.2. Tendencias regulatorias frente a la Libre Competencia Económica en Estados Unidos..... | 49 |
| 2.2.1. North Carolina State Board of Dental Examiners v. Federal Trade Commission, 135 S. Ct. 1101 (2015)..... | 51 |
| 2.2.2. Ohio Et Al. v. American Express Co. Et Al., 16-1454 (2018). | 54 |
| 2.2.3. Apple inc. v. Pepper et al., 139 S. Ct. 1514 (2019). | 56 |
| 2.2.4. National Collegiate Athletic Assn (NCAA). V. Alston, 20-512 (2021).59 | |
| 2.2.5. Conclusión | 62 |
| III. Evolución y Estado Actual de la regulación frente a la Competencia Económica en Colombia. | 65 |
| 3.1. La Competencia Económica en Colombia: aspectos históricos. | 65 |
| 3.1.1. Historia sobre las normas que regularon la Competencia Económica en Colombia. | 66 |
| 3.1.2. Cultura de la Cartelización en Colombia. | 70 |
| 3.1.3. La OCDE y el ingreso de Colombia como país miembro de la organización. | 81 |
| 3.2. Estructura del Régimen de Competencia Económica en Colombia. | 86 |
| 3.2.1. Régimen Competencia Económica en Colombia. | 86 |
| 3.2.2. Regímenes especiales de Competencia Económica. | 94 |
| 3.3. Proyectos de Ley presentados en los años 2015 a 2023 con la intención de reformar el Régimen de Competencia Económica en Colombia. | 99 |

| | |
|--|-----|
| IV. Criterios de reforma al régimen de Prácticas Restrictivas de la Competencia en Colombia a la luz de las tendencias regulatorias de la Unión Europea y Estados Unidos. | 109 |
| 4.1. Criterios A Considerar En Futuras Reformas Respecto A La Aplicación Pública Del Derecho De Competencia Frente A Prácticas Restrictivas. | 110 |
| 4.1.1. Facultades De La SIC Y Sanciones Al Infractor. | 110 |
| 4.1.2. Independencia, Imparcialidad Y Priorización En La SIC. | 113 |
| 4.1.3. Principio de eficiencia. | 116 |
| 4.2. Criterios A Considerar En Futuras Reformas Frente a La Aplicación Privada Del Derecho De Competencia: Las Acciones Por Daños. | 118 |
| 4.3. La Relevancia De Reforma Frente A Algunos Sectores Específico: Sector Agrícola, Y Sector De Las Telecomunicaciones. | 121 |
| Conclusiones | 125 |
| Referencias | 128 |

Lista de Tablas

| | |
|--|-----|
| Tabla 1. Tendencias regulatorias frente a libre competencia en la Unión Europea. | 47 |
| Tabla 2. Tendencias regulatorias frente a libre competencia en Estados Unidos. | 62 |
| Tabla 3. Caracterización Carteles Del Cemento, Azúcar, Pañales y Cuadernos. | 76 |
| Tabla 4. Proyectos de Ley en Cámara De Representantes sobre Competencia. | 100 |
| Tabla 5. Proyectos De Ley en El Senado sobre Competencia. | 101 |
| Tabla 6. Finalidades de los Proyectos de Ley y grupos de interés a que fueron dirigidos. | 105 |

Lista de Figuras

| | |
|--|----|
| Figura 1. Mapa de Colombia con ubicación de las plantas de cemento de Argos, CEMEX y Holcim en los años 1996, 2000 y 2004. | 71 |
| Figura 2. Mapa de Colombia con ubicación de las plantas de cemento de Argos, CEMEX y Holcim en el año 2017. | 72 |

Siglas, Acrónimos y Abreviaturas

ANC: Autoridades Nacionales de Competencia

CECA: Comunidad Europea del Carbón y del Acero

CEE: Comunidad Económica Europea

CRC: Comisión de Regulación de Comunicaciones

DIMAR: Dirección General Marítima de Colombia

DMA: Ley Europea de Mercados Digitales, Reglamento (UE) 2022/1925

EEE: Entorno Económico Europeo

ECN+: Directiva (UE) 2019/1

EOSF: Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

EPS: Entidad Promotora de Salud

FTC: Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos

GATT: Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

IPS: Institución Prestadora de Servicios de Salud

MINCIT: Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

OEEC: Organización Europea para la Cooperación Económica

OMC: Organización Mundial de Comercio

RAM: Reglamento UE 596/2014 de Acceso a los Mercados Financieros.

SIC: Superintendencia de Industria y Comercio

SMN: Sistema Multilateral de Negociación

SOC: Sistema Organizado de Contratación

TCE: Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TUE: Tratado de la Unión Europea

UE: Unión Europea

U.S.C.: Código de Estados Unidos

Introducción

La libre competencia económica permite a los consumidores elegir entre una variedad de proveedores o productores que compiten para ofrecer sus productos y servicios, lo que favorece el mejoramiento de la calidad de los mismos y la estimación razonada de precios. Siendo la libre competencia pilar fundamental de la Economía social de Mercado, la misma ha sido regulada a través de la historia, considerándose actualmente que las normas modernas sobre competencia económica nacieron con la *Sherman Act* de 1890 en Estados Unidos, para luego regularse la competencia en la Unión Europea y en los demás países del mundo, incluyendo los países latinoamericanos.

Si bien la libre competencia económica fue regulada en Colombia a partir de 1959 con la Ley 155, fue a partir del año 1991 con la nueva Constitución, que se estableció como un derecho de rango constitucional, consagrado en el artículo 333, cuya protección se encuentra en manos del Estado colombiano. Actualmente la competencia económica se regula en Colombia principalmente por la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la Ley 256 de 1996 y la Ley 1340 de 2009.

Sin embargo, la regulación actual colombiana evidencia la necesidad de ser reformada, atendiendo a dos factores: En primer lugar, atendiendo a la interconexión de los mercados y el crecimiento de las relaciones comerciales por medios digitales, que propugnan por una armonización de la regulación en temas de competencia económica. Y en segundo lugar, atendiendo al ingreso de Colombia a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE); organización que presentó varias recomendaciones sometidas a reserva para la reforma del régimen de competencia económica en Colombia, y que se intentaron acoger

por medio de Proyecto de Ley presentado en 2015 por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (MINCIT), el cual fue retirado por la propia Ministra del MINCIT. Desde entonces se han presentado varios proyectos de reforma sobre el tema ante el Congreso, que no han prosperado.

En consecuencia, la presente investigación se llevará a cabo con el fin de proponer criterios de reforma al régimen de competencia económica colombiano frente a prácticas restrictivas de la competencia, teniendo en cuenta las tendencias regulatorias que se han evidenciado en la Unión Europea y de Estados Unidos a partir del año 2015, año en el cual se presentó la primera iniciativa de reforma por parte del MINCIT atendiendo a recomendaciones dadas por la OCDE. Para ello, en el primer capítulo se establecerán teóricamente los alcances conceptuales y los orígenes de la competencia económica, presentando las primeras teorías económicas que intentaron definir el concepto de competencia, y las primeras normas que históricamente se han sancionado sobre la libre competencia.

En el segundo capítulo, se determinarán las tendencias regulatorias en el régimen de la Unión Europea y en Estados Unidos frente a la regulación de la competencia económica a partir del año 2015, haciendo énfasis en la regulación de prácticas restrictivas de la competencia. En este sentido se abordarán, por un lado, los últimos Reglamentos y Directivas de la Unión Europea sobre competencia económica en sus mercados, y por otro lado, se analizarán cuatro de los casos más relevantes de los últimos años decididos por la Corte Suprema de Estados Unidos con base a sus leyes federales sobre competencia.

En el Tercer capítulo, se caracterizará la evolución y estado actual del régimen de competencia económica en Colombia, presentando de forma general la estructura del

ordenamiento sobre prácticas restrictivas de la competencia, y los proyectos de reforma que al respecto se han presentado a partir del año 2015, los cuales no han prosperado. Finalmente, en el cuarto capítulo se propondrán los criterios de reforma al régimen prácticas restrictivas de la competencia en Colombia, teniendo en cuenta las tendencias regulatorias de la Unión Europea y Estados Unidos. En este punto se propondrá la incorporación de algunos principios en las próximas reformas, tanto frente a la aplicación pública como frente a la aplicación privada del derecho de Competencia en Colombia.

De acuerdo a lo anterior, esta investigación es de tipo jurídico dogmática, siempre que la misma se dirige a describir y analizar las normas jurídicas para proponer criterios dirigidos a la producción y creación de nuevas normas. Así mismo, se aplican los enfoques descriptivo y analítico, puesto que, por un lado, se caracterizan las normas del régimen de prácticas restrictivas de la competencia en Colombia y se identifican las últimas tendencias de regulación sobre competencia en la Unión Europea y Estados Unidos. Y por otro lado, los elementos de las normas presentadas y los casos de estudio planteados son analizados para establecer las instituciones y principios que han abordado y definido dentro del derecho de competencia.

Igualmente en la presente investigación se aplican elementos del método comparado del derecho, al hacer un análisis de las tendencias regulatorias en los regímenes europeo y estadounidense de los últimos años, frente al estado actual de las normas sobre competencia frente a prácticas anticompetitivas en Colombia, con la intención de proponer criterios de reforma con base en dicha comparación. Para el desarrollo de la investigación, como fuentes primarias de información se utilizaron los Reglamentos y Directivas de la Unión Europea, así como sus Tratados; los casos decididos por la Corte Suprema de Estados Unidos escogidos para

análisis, y las normas jurídicas colombianas. Como fuente secundaria se abordó la Doctrina Nacional e Internacional.

El tema de investigación desarrollado es importante para el derecho colombiano en general, en la medida que la legislación y los medios que protegen la competencia económica deben acoplarse a la realidad económica nacional e internacional, salvaguardando la autonomía de la voluntad de los agentes en el mercado, el libre acceso al mercado de todos los operadores en igualdad de condiciones, pero además, garantizando la protección de la economía y del consumidor, atendiendo las nuevas tendencias de la competencia económica tanto en el mercado nacional como internacional. En este orden de ideas, la presente investigación redundará igualmente en una construcción que dará paso a futuras investigaciones sobre el tema, siendo un aporte de nuevo conocimiento en la regulación sobre competencia económica y nuevas tendencias regulatorias en la Unión Europea y Estados Unidos.

I. Alcances conceptuales y Orígenes de Competencia Económica en Colombia.

Previo al abordaje del concepto de competencia económica en Colombia y su evolución, es necesario tratar algunos aspectos generales sobre la competencia económica que permitan dar claridad frente al tema. Por ello, a continuación se desarrollan dos apartados: en el primero, se realiza una contextualización del concepto de competencia económica y la regulación de la Competencia en general; y en el segundo apartado, se abordarán los inicios de la regulación sobre la competencia económica en Estados Unidos, Europa y América Latina. Esto nos permitirá, en primer lugar, tener claridad sobre el alcance del concepto de Libre competencia económica, y en segundo lugar, contextualizar el origen de su regulación en los ordenamientos jurídicos modernos.

1.1. Concepto de Competencia Económica

El concepto de competencia ha tenido algunas variaciones a lo largo de los años, y su contenido, desde el punto de vista jurídico, se ha establecido de acuerdo a los conceptos dados por otras ciencias, por ello, a continuación se exponen someramente las diferentes definiciones de competencia: en primer lugar, se define el concepto desde un abordaje general; en segundo lugar, se realiza una definición con base específicamente en algunas teorías económicas; y por último, atendiendo a la relevancia de la regulación de la competencia a partir del sistema económico, se establece la relación entre los conceptos de Economía Social de Mercado y Libre competencia económica.

1.1.1. Aspectos generales del concepto de Competencia económica.

Desde un punto de vista general, el Diccionario de Términos de Política Comercial de la OMC (2020), define la competencia económica de la siguiente manera:

Forma en que las empresas se comportan en el mercado y cómo responden a las acciones de otros proveedores y consumidores. El concepto de competencia se basa en el supuesto de que la oferta y la demanda son limitadas, al menos a corto plazo, y que las empresas deben esforzarse por obtener su parte de los recursos disponibles. En condiciones ideales, la competencia entre las empresas se basaría en el precio y en la capacidad de innovar y responder a la evolución del mercado. (...).

En efecto, la competencia económica hace referencia a la existencia de alternativas para los agentes económicos, lo que obliga a los oferentes y demandantes a garantizar condiciones favorables a sus contrapartes comerciales. En este sentido, con base en la competencia se determina la estructura de un mercado, es decir, el tamaño y cantidad de productores y consumidores (Resico, 2019).

Ahora bien, según la máxima autoridad frente a la competencia económica en Colombia, es decir, la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante “SIC”), la competencia económica se define como “el conjunto de esfuerzos que desarrollan los agentes económicos que, actuando independientemente, rivalizan buscando la participación efectiva de sus bienes y servicios en un mercado determinado” (Superintendencia de Industria y Comercio [SIC], s.f.). Se trata, eso sí, de una rivalidad en un marco regulado, que implica la no realización de conductas que puedan ser valoradas como desleales.

Por otra parte, puede considerarse que la competencia vista en el sentido de lucha antimonopolio tiene un mayor desarrollo como principio político, constitucional y jurídico, que como principio económico; lo anterior debido a que, tal como aceptó el nobel de economía George J. Stigler, la lucha antimonopolio en otros ámbitos del sistema social, como defensa del sistema pluralista, es un precedente al desarrollo del concepto de competencia dentro de la teoría económica (Ballbé, 1997).

1.1.2. Definición de Competencia para la Teoría económica.

La competencia en el mercado ha sido abordada, principalmente, con base en tres Teorías económicas. En primer lugar, la Teoría Clásica económica propugna una visión dinámica de la competencia. Esta teoría considera la competencia como un proceso turbulento de desarrollo económico, en que la entrada y salida de productores en un mismo mercado permite la reproducción del sistema económico (Harris, 1988). Es así que establece una relación entre competencia, crecimiento económico y proceso de desarrollo, visión dinámica de la competencia desarrollada en los trabajos de Adam Smith y de Alfred Marshall, siendo Marshall el punto culminante de esta tradición. Lo anterior puesto que para Marshall, la competencia no consiste en un simple equilibrio o “competencia perfecta”, sino en una rivalidad con fuerza creativa (Metcalf et al., 2010).

Posteriormente se constituyó la Teoría neoclásica de la competencia, donde se considera esta última como un equilibrio pasivo o “competencia perfecta”. La teoría neoclásica considera la competencia como un “deber ser” equilibrado, concepto que nació de una interpretación sesgada del llamado “equilibrio parcial” propuesto por Marshall. Bajo esta teoría se considera que un sector de la economía (es decir, un mercado competitivo) solo alcanza el equilibrio

cuando las empresas que compiten en él se encuentran en equilibrio a largo plazo. En este sentido, la competencia perfecta o equilibrio se alcanzaría únicamente cuando todas las empresas logren ajustar su tamaño para producir a largo plazo con el mínimo costo medio; lo anterior fue ampliamente criticado, pues para ello se proponen criterios que serían difícilmente aplicables en la práctica (Guerrero, 1994).

Por último, como una crítica a la Teoría neoclásica, se planteó la llamada “moderna economía evolucionista”, establecida en sus inicios por Knight, Schumpeter y Hayek, donde se retoma a Smith y Marshall, para abordar la competencia, de nuevo, como una rivalidad activa de agentes en el mercado (Metcalf et al., 2010).

Esta nueva teoría surge por la necesidad de explicar los cambios a largo plazo de las economías modernas, especialmente atendiendo a los avances tecnológicos, aspecto que no era explicado de forma suficiente con la teoría neoclásica. Es así que se retoman las propiedades dinámicas de los sistemas económicos, partiendo de la postura clásica de Marshall, pero ahora enriquecida e inspirada por los avances intelectuales de la biología, la física, la matemática y química. De esta manera, la teoría evolucionista establece que, contrario a lo manifestado por Marshall, el proceso de cambio económico a largo plazo podía ser explicable, basándose en otras teorías que ya abordaban la explicación de la evolución en otros sistemas dinámicos complejos. Por ello, en esta teoría se llevan a cabo varias analogías con el evolucionismo biológico de Darwin, y con la teoría de la "autoorganización", planteada por el premio Nobel de química Ilya Prigogine. (López, 1996).

En resumen, se puede entender a la competencia como los esfuerzos que desarrollan los productores y proveedores, actuando de forma independientemente, en una la lucha por lograr

una mayor participación de sus bienes y servicios en el mercado (SIC, s.f.). En este sentido, el consumidor ostenta una libre escogencia entre los agentes del mercado al momento de cubrir sus necesidades, característica indispensable en una economía de mercado.

1.1.3. Economía Social de mercado y Libre competencia económica.

En primer lugar, la economía de mercado se define por el Diccionario de Términos de Política Comercial de la Organización Mundial del Comercio (2020) de la siguiente manera:

Economía en la que el mecanismo de precios determina lo que se produce y se comercia, aunque con demasiada frecuencia las indicaciones de los precios quedan distorsionadas por las subvenciones, la política industrial y otras intervenciones de los Gobiernos. (...)

Es decir, la economía de mercado es aquella en que los precios son determinados por la oferta y la demanda.

Ahora bien, el término “Economía social de mercado” fue definido en 1946 por Alfred Müller – Armack en su obra “Dirección Económica y Economía de Mercado”, donde el concepto nace como un sistema económico desarrollado principalmente por los miembros de la escuela de Friburgo. Este sistema consta de dos valores sociales fundamentales: la libertad y la justicia (Rivadeneira, 2009); pues de hecho, para Müller-Armack esta economía se define como la “combinación del principio de la libertad de mercado con el principio de la equidad social”. Esta fue la forma en que se buscó consolidar todas las ventajas del sistema económico de mercado, es decir: la productividad, eficiencia, iniciativa individual, y autorregulación (Resico, 2019).

La economía social de mercado tuvo dos orígenes: en primer lugar, tuvo un origen teórico en E.E.U.U, con el New Deal propuesto por el presidente Roosevelt, como medida para salir de la crisis bursátil de 1929. En segundo lugar, tuvo su origen práctico en Alemania, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, con la intención de crear un sistema económico nuevo y duradero, distinto del capitalismo y socialismo. (Lucia et al., 2009).

Atendiendo a la influencia del neoliberalismo de orientación cristiana de Friburgo, variante de pensamiento que se aplicó a la Economía social de mercado, se evidencia la dominancia de dos principios en este sistema: el primero, la libertad individual, como expresión de la dignidad y la autorresponsabilidad del ser humano separado del Estado; y el segundo, la sensibilidad social, como respeto a la dignidad de los demás seres humanos y adecuada utilización de los bienes naturales. Además, según Lucia et al. (2009), en este proceso se consolidaron 6 características esenciales de esta economía: i). El respeto al libre mercado de competencia y la propiedad privada de los medios de producción; ii). Adecuada política social; iii). Política de coyuntura que compense los desequilibrios del mercado libre; iv). Una política de crecimiento económico; v). Una adecuada política estructural; y, vi). Armonización coherente de todos los principios, objetivos e instrumentos utilizados en las políticas económicas y sociales (Lucia et al, 2009).

En este sentido, de la Economía Social de mercado se desprenden orientaciones de la política, siendo uno de sus elementos la política de defensa de la competencia, para prevenir las prácticas anticompetitivas de los agentes del mercado (Resico, 2019). Lo anterior siempre que la libertad de acceso a los mercados favorece la autonomía personal, y el reconocimiento de la libertad económica del ser humano se garantiza acogiendo la autonomía de los agentes sociales en el mercado. Atendiendo a esta orientación, si bien el Estado no regula de forma totalitaria la

competencia, tiene el deber de establecer un marco de regulación que garantice dicha libertad de competencia económica (Lucia et al, 2009).

1.2. Origen de la Regulación frente a la Competencia Económica.

Visto el concepto de competencia económica y su relación con la Economía social de Mercado, es necesario abordar ahora el origen de la regulación sobre libre competencia. En primer lugar, es posible considerar que las primeras normas que implícitamente protegieron la competencia económica surgieron en el Derecho Romano (Miranda, 1992).

Durante la República Romana fue creada la *Cura Anonnae*, que era un órgano encargado del reparto de los granos, y para evitar conductas especulativas¹ que hoy podrían considerarse anticompetitivas, los ediles de la *annonna* imponían multas a los especuladores. A pesar de ello, hasta ese momento no existían leyes que regularan directamente el mercado, la regulación al respecto comenzó en el año 123 a.C. con las *leges frumentariae*. Dicha regulación fue creada para la distribución gratuita de granos, y fue propuesta por Cayo Sempronio Graco, buscando frenar el liberalismo del mercado. Años después fue promulgada la *Lex clodia frumentaria*, en el 58 a.C., que estableció el reparto gratuito de trigo. Siendo la carestía de grano un problema constante en el Imperio, en el año 18 d.C. se creó la *lex iulia annonaria*, que buscaba evitar el acaparamiento de productos, especialmente cereales, y con esta norma se pasó de una política liberal a una intervencionista (Zamora & Ortega, 2018, P. 112-113).

Posteriormente, en la edad media se puede citar a la Carta Magna Libertatum promulgada por el Rey Juan de Inglaterra, en el año 1215, como norma que alude tangencialmente a la libre

¹ La especulación consiste en la compra de bienes para posteriormente venderlos a mayor precio (Vidales, 2003).

competencia, pues en ella se establece claramente la posibilidad que tenían los comerciantes de entrar y salir libremente de Inglaterra para comprar y vender sus mercancías, excepto en tiempos de guerra.

A pesar de los antecedentes expuestos, las leyes contemporáneas de competencia nacieron en Estados Unidos, en el año 1890. Por ello, a continuación, se realizará un breve recuento histórico de los orígenes de las normas contemporáneas sobre Competencia en Estados Unidos, en Europa y en América Latina.

1.2.1. Las leyes estadounidenses.

Durante los años 1607 a 1776, las colonias inglesas de América del Norte implementaron el “Common Law”, sistema en que ya se reconocía la protección a la propiedad privada, la libertad de los pactos, la posibilidad de acceso a Tribunales imparciales, las acciones frente a la nulidad de los actos jurídicos y las sanciones penales por fraude. A pesar de la existencia de estas figuras, para la época se evidenciaba cierta dificultad en la práctica para demostrar la existencia de nulidades o infracciones, por lo que no existió en ese momento alguna regulación especial de competencia. Posteriormente, atendiendo al crecimiento y evolución de la economía del país, causados por un lado, por la independencia de las colonias, y por otro, por la Guerra Civil de los años 1861-1865, comenzaron a formarse las primeras grandes empresas. Por ello, con el naciente “laissez-faire”, también se generaron los primeros “trust” o monopolios (Cayón, 1968).

Atendiendo a las circunstancias expuestas, en 1867 varios Estados ya habían aprobado leyes antimonopolio (Perea, 2017, p. 563), y en 1887 se creó la *Interstate Commerce Commission* o Comisión reguladora. Esta entidad estaba encargada, en principio, de regular el

precio de pasajes y fletes en ferrocarriles, para posteriormente regular precios en el mercado de telefonía y transporte de combustibles (Hernández, 2007).

Posteriormente, en el año 1888, el senador John Sherman presentó el proyecto de la primera Ley federal antitrust, la cual fue aprobada por el Congreso en 1890 como “*Sherman Act*” o Ley Sherman. Esta norma nace para prohibir los acuerdos de restricción a la competencia y la creación de monopolios en el mercado, pues quien incurriera en dichas conductas sería responsable de felonía, es decir, una falta superior a las “contravenciones menores” en las normas estadounidenses (Miranda, 1992).

Aunque se considera que el antecedente suscitador de las leyes estatales antitrust y posteriormente la Ley Sherman, fue la necesidad de protección a los consumidores frente a los monopolios, el estudio de autores como Donald J. Boudreaux, Thomas J. Di Lorenzo y Werner Troesken, frente a los efectos de las primeras normas antimonopolio, permiten considerar que las mismas se promovieron a nivel estatal por la presión de competidores pequeños que evidenciaron el abuso de la posición dominante que ejercían los grandes empresarios. Este fue el caso de las normas del Estado de Missouri, promovidas por los pequeños competidores en el sector del trigo y la carne, mientras en el caso de la *Sherman Act*, la misma aparentemente nació por los actos contrarios a la libre competencia cometidos en el mercado del petróleo (Perea, 2017).

Como segunda Ley federal antitrust estadounidense, en el año 1914 se promulgó la Ley Clayton, o *Clayton Act*, frente a la necesidad de regular aspectos que quedaron desamparados bajo la *Sherman Act*. En efecto, con el tiempo se evidenció que la *Sherman Act* solo era útil para

castigar conductas anticompetitivas que ya hubiesen ocurrido y cuyos efectos contrarios a la competencia debían ser probados.

Por lo anterior, el presidente Woodrow Wilson presentó dos proyectos de Ley, uno de ellos se convirtió en la *Clayton Act*, que nace para intentar evitar los potenciales actos anticompetitivos como complementación a la *Sherman Act*, y el segundo, se convirtió en la Ley por la cual se creó la Comisión Federal de Comercio (en adelante FTC), como órgano administrativo encargado de combatir las conductas anticompetitivas (Cayón, 1968) y cuyo contenido también consagraba normas de protección al comercio. Hasta este punto, la regulación de la competencia fue esencialmente legal, atendiendo a la no intervención del Estado, por lo que no fue hasta después de la crisis de 1929 (la cual igualmente impulsó la Economía Social de Mercado en el país, como se mencionó en el apartado anterior) cuando el papel del Estado tomó mayor relevancia (Ramírez, 2007).

Actualmente, las leyes Sherman y Clayton son la base de la regulación antitrust estadounidense, y dentro de sus enmiendas más importantes se encuentran: la Ley *Robinson Patman* de 1936 sobre la discriminación de precios; la Ley *Wheeler-Lea* de 1938, por la cual se extiende a los particulares la protección frente a actos de competencia engañosa, es decir, trata principalmente protección al consumidor; y la Ley *Celler-Kefauver* de 1950, que amplió las condiciones de consejos comunes, adquisiciones de bienes y acciones de empresas (Cayón, 1968).

1.2.2. Las leyes europeas.

En la escuela europea, la regulación de la libre competencia nace, por un lado, como reacción a las barreras feudales que impedían el control del Estado en los asuntos privados, y por otro, frente al desarrollo industrial creciente, que exigía una unión de empresas para afrontar los mercados internos y externos. Debido a su origen, dichas normas no fueron tan rigurosas y restrictivas frente a las concentraciones económicas como las estadounidenses. La escuela Europea surge de La escuela de Friburgo, en Alemania, y como reacción frente a la Segunda Guerra Mundial (Olaechea, 1988).

Con anterioridad a las propuestas de la escuela de Friburgo ya existían intentos de regulación de la competencia en algunos países europeos. En primer lugar, es posible considerar como un antecedente de dicha regulación al Código de Comercio Napoleónico de 1607, el cual presentó una regulación indirecta de la competencia, impidiendo las conductas monopolísticas al aplicarse frente a cualquier acto que se pudiese considerar mercantil, sin importar si los sujetos que intervinieran en el mismo se encontraban inscritos o no como comerciantes (Miranda & Gutiérrez, 2007).

Otras formas de regulación más directas se presentaron en países como Reino Unido y Alemania. En cuanto a Reino Unido, en el año 1923 la corona se vio obligada, por presión del parlamento, a aprobar el Estatuto de Monopolios, por medio del cual se anulaban y prohibían, por ser contrarios al libre comercio, los monopolios otorgados por la corona, exceptuando aquellos monopolios otorgados sobre nuevas creaciones a los denominados nuevos y primeros inventores, siendo esta una Ley de patentes moderna.

A más de las anteriores disposiciones, el Estatuto de Monopolio puso en manos de los jueces las decisiones sobre validez de las patentes (Díaz, 2022). Inclusive, desde el siglo XIX en Reino Unido ya existían grupos independientes del gobierno, sin relación con el parlamento, y por ello, sin poder de coerción, que intentaban regular la competencia (Ramírez, 2007, p. 240). Por otro lado, en Alemania a partir del año 1904 el Parlamento ya preparaba una norma para regular los llamados “cartels”, que se sancionó hasta 1923 (Olaechea, 1988). Por lo expuesto, es evidente que Europa ya presentaba intentos de regulación sobre competencia antes de sancionarse las leyes estadounidenses.

Ahora bien, más adelante, en el año 1948 se creó la Organización Europea de Cooperación Económica, organismo que, si bien era internacional, ejercía únicamente funciones de coordinación, sin lograr una integración económica de los países. Por lo anterior, el ministro francés Robert Schuman presentó ante el Ministerio de Asuntos Exteriores de Francia el llamado “Plan Schuman”, y el 9 de mayo de 1950 dió la famosa Declaración Schuman, con la cual se anunciaba la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (en adelante CECA), la cual posteriormente daría origen a la Unión Europea (Fontaine, 2000).

En el tratado constitutivo de la CECA, suscrito en 1951 y que entró en vigor en 1952, se regula principalmente la discriminación de precios (*dumping*²), es decir, se prohíben las ventas a pérdida y el establecimiento de precios. En el artículo 63 del tratado se establecieron los mecanismos y sanciones de orden público a las conductas anticompetitivas proscritas (Ruiz, 2018). Se debe mencionar que ya a partir del año 1947, con la firma del GATT por parte de

² El **dumping** refiere a la práctica de vender bienes a precios inferiores a los costos de producción, con el fin de desplazar a los competidores. Comúnmente esta práctica se realiza para obtener ventajas competitivas en el exterior (Vidales, 2003).

Reino Unido, Países bajos, Noruega, Bélgica, Checoslovaquia, Francia, y Luxemburgo, se establecía la aplicación del principio de Trato Nacional, consagrado en el artículo III de este acuerdo, según el cual cada país se compromete a conceder a las mercancías importadas, luego de pasar por la aduana, un trato idéntico al de las mercancías nacionales, lo anterior, siendo una forma directa de protección a la libre competencia económica Internacional.

Más tarde, en el año 1957, con la firma del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (en adelante TCE), y otras normas comunitarias, se desarrolla el derecho de competencia en el marco de la integración económica europea (Miranda & Gutiérrez, 2007).

En este sentido, el TCE reguló la competencia principalmente en su artículo 81, donde prohibió los acuerdos anticompetitivos, y en su artículo 82, donde se prohíbe el abuso de la posición dominante en el mercado. Dichos artículos fueron aplicados con base al Reglamento Número 17 de 1962, el cual fue reemplazado con el Reglamento 1/2003, que entró en vigor en el año 2004.

El Reglamento 1/2003 es la última actualización a profundidad de las normas de competencia de la UE, y con este se establecieron nuevos objetivos, como la priorización del análisis económico en los acuerdos empresariales, la descentralización de la aplicación de las normas comunitarias, la judicialización del derecho de competencia, y nuevas normas frente a la lucha anti cartel, el abuso de la posición dominante y el control de las concentraciones empresariales (Prieto, 2005).

1.2.3. Las primeras leyes de Competencia económica en América Latina.

Con la globalización, la desregulación económica y la privatización, el derecho de competencia comenzó a desarrollarse en algunos países latinoamericanos, sin embargo existen otros países de la región en que dicha regulación no ha sido prolija.

Desde su independencia, los países latinoamericanos mayoritariamente han tenido ideales de libre mercado, con una tendencia proteccionista, por lo que entre los años 20 y 80 la regulación sobre la competencia que se sancionó en estos países evidenció una fuerte intervención del Estado en los mercados para proteger la industria local de las competidoras extranjeras. Esta tendencia proteccionista impulsó al economista John Williamson a presentar las recomendaciones para la estabilización económica de los países en desarrollo, las cuales se reflejarían posteriormente en el consenso de Washington, que abordó, entre otros temas, la libre competencia económica (Peña, 2021).

Debido a lo anterior, el auge de esta regulación en Latinoamérica se da en el siglo XX, con la sanción de nuevas normas que debían ser aplicadas por organismos especializados. Para este momento algunos países ya contaban con alguna legislación de competencia pero no era aplicada eficientemente, como el caso de Colombia, mientras que en países como Argentina y Chile, se aplicaron criterios de libre competencia por medio de sus Cortes en casos concretos (Álvarez, 2008).

En consecuencia, la primera Ley sobre competencia fue sancionada en Argentina, en 1923, y posteriormente reformada en 1946. Esta regulación fue reemplazada en 1980, introduciendo cambios significativos al sistema anterior, como la creación la Comisión Nacional para la Defensa de la Competencia (CNDC), la ampliación de su regulación a todos los actos que

restringieran la competencia, y la calificación del abuso de posición dominante como acto anticompetitivo. Posteriormente otros países latinoamericanos adoptaron también leyes similares, como México, en 1934; Chile y Colombia en 1959; y Brasil en 1962 (Peña, 2021).

En conclusión, el concepto de competencia ha sido definido por diferentes teorías económicas, e igualmente, el mismo se encuentra estrechamente relacionado con el concepto de Economía Social de Mercado, del cual derivan los principios de libertad de mercado y justicia aplicados a través de políticas de competencia.

Por otro lado, fue posible abordar los distintos orígenes de la regulación sobre la libre competencia, considerando sus posibles inicios con la regulación del mercado de los granos en la República romana, y su desarrollo en la época moderna, tanto en Estados Unidos con la *Sherman Act* y la *Clayton Act*, como en Europa con las primeras regulaciones que afectaron la competencia en Francia, Reino Unido y Alemania.

II. Tendencias en el régimen de la Unión Europea y en Estados Unidos frente a la regulación de la competencia económica.

Luego de haber abordado teóricamente el concepto de competencia económica y el nacimiento de la regulación sobre libre competencia en la Unión Europea, Estados Unidos y en América Latina, en este punto es necesario determinar las tendencias de los últimos años en la regulación de la Unión Europea y en Estados Unidos frente a la competencia económica, más específicamente, frente a prácticas anticompetitivas.

En el presente análisis es necesario considerar la dirección que estos regímenes han tomado frente a los objetivos perseguidos por el derecho de competencia. En primer lugar, en la Unión Europea la regulación sobre competencia ha presentado una tendencia a medir los objetivos del derecho de competencia bajo un estándar de bienestar del consumidor, de acuerdo tanto al TFUE, como a los Reglamentos y Directivas de la Unión (Albæk, 2013).

Ahora bien, en Estados Unidos el criterio sobre las conductas anticompetitivas se ha basado en la razonabilidad y las eficiencias que pueden justificar la conducta. Bajo este enfoque, se ha reconocido la aplicación de denominada *regla de la razón*, nacida bajo los postulados de la Escuela de Chicago (Peritz, 2017). De acuerdo con su génesis, este análisis del mercado para establecer la ilegalidad de la conducta no busca la protección del consumidor, sino el “bienestar económico a nivel agregado”, es decir, las leyes antimonopolio se dirigen a mantener las eficiencias del mercado, en procura del crecimiento del mismo (Estella, 2003).

Así pues, a continuación se abordan las nuevas tendencias regulatorias en derecho de competencia dentro de estos dos regímenes.

2.1. Tendencias regulatorias frente a la Libre Competencia Económica en la Unión Europea.

En primer lugar, como es sabido, la Unión Europea (UE) es una Organización Internacional que tiene atribuciones y competencias específicas reconocidas por los Estados miembros, dirigidas a alcanzar los objetivos de la Unión y concedidas por medio de tratados, principalmente el Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), anterior TCE.

En consecuencia, en aquellos asuntos que sean de su competencia, la regulación establecida por la Unión Europea se aplicará de forma prevalente al ordenamiento interno de los Estados, sin embargo, los asuntos que no se hayan atribuido como competencia de la UE por medio de tratados, permanecerán bajo la soberanía del Estado miembro (Mangas, 2008).

Es así como el TFUE en sus artículos 101 a 109 establece la regulación sobre libre competencia y ayudas estatales, incluyendo una especial alusión a los actos anticompetitivos en el artículo 101, y la prohibición de abuso de posición de dominio en el artículo 102. Adicionalmente establece la concesión expresa de facultades a la UE para regular, por medio de Reglamentos o Directivas, los principios consagrados en los artículos 101 y 102.

Es de resaltar que el artículo 101 del TFUE establece una definición de Actos contrarios a la competencia, presentando posteriormente una lista enunciativa de los mismos; pero adicionalmente en su numeral 3, este artículo consagra la **excepción de eficiencia** aplicable tanto a empresas como a asociaciones de empresas, según la cual ciertos actos de los agentes económicos pueden eximirse de la aplicación de los artículos 101 y 102, si dichos acuerdos o actos buscan mejorar la producción o distribución de productos trasladando al consumidor una

parte justa del beneficio, no imponen restricciones inadmisibles, y no eliminan la competencia de una parte sustancial de productos del mercado (TFUE, artículo 101, numeral 3).

Adicionalmente, también existen excepciones concedidas directamente por la Unión Europea, que se establecen al regular un sector o un mercado en particular (Ortega, 2016).

Tal Como establece el artículo 105 del TFUE, es competencia de la Comisión Europea, como órgano ejecutivo de la UE, velar por el cumplimiento de los artículos 101 y 102 del Tratado, teniendo facultad de investigar y declarar la existencia de conductas anticompetitivas, y de acuerdo con sus Reglamentos y Directivas, puede imponer sanciones. Todo lo anterior con cooperación de las Autoridades Nacionales de Competencia de los Estados Miembros (Reglamento (CE) n° 1/2003, Capítulo 11). Es así como, por medio de la Dirección General de Competencia, la Comisión vigila e investiga las prácticas anticompetitivas, fusiones, y ayudas estatales anticompetitivas.

Debido a que el desarrollo de la regulación europea sobre libre competencia se realiza por medio de Reglamentos o Directivas, a continuación se presentan los Reglamentos y Directivas sancionados por la UE a partir del año 2015 y hasta la actualidad. Igualmente se analizará el Reglamento 596/2014, por el cual se establece el Reglamento sobre el Abuso de Mercado Financiero, pues si bien el mismo se sancionó en 2014, su vigencia inició en junio de 2016.

Para realizar un análisis sustancial de estas normas, en cada caso se presentará, en primer lugar, una síntesis del contenido de cada Reglamento o Directiva, y en segundo lugar, se explorarán los principios que fundamentan su contenido, con el fin de identificar aquellos aspectos que se han mantenido en la regulación de los últimos años.

2.1.1. Reglamento (UE) No. 596/2014 del parlamento europeo y del consejo de 16 de abril de 2014.

El Reglamento sobre el Abuso de Mercado (en adelante RAM), conocido también como la Reforma MAD II, fue publicado el 12 de junio de 2014, para entrar en vigor el 3 de julio de 2016. Por medio de este se establecen las normas comunes en materia de abuso de mercado financiero. Al ser de aplicación directa en los países, busca eliminar las diferencias que se generaron con la regulación interna de cada país en aplicación de la Directiva 2003/6/UE. (Bermúdez, 2016).

Ha sido modificado en dos ocasiones: En primer lugar, fue modificado por el Reglamento de modificación (UE) 2016/1011, sobre índices de referencia³, el cual reforma el RAM para aclarar la obligación de notificar operaciones ejecutadas por cuenta propia relativas a instrumentos financieros. En segundo lugar, fue modificado por el Reglamento de modificación (UE) 2019/2115, por el cual se regula el mercado de crecimiento de las pequeñas y medianas empresas (PYME), estableciendo reglas más proporcionadas para los emisores⁴ en dichos mercados.

La competencia para aplicar el RAM se establece tanto en la Comisión como en las Autoridades Nacionales de Competencia de cada Estado miembro (en adelante ANC), a las

³ **Índice de referencia:** todo índice que se utilice como referencia para determinar el importe a pagar en relación con un instrumento financiero o un contrato financiero, o el valor de un instrumento financiero o un contrato financiero, o para medir la rentabilidad de un fondo de inversión, con el fin de realizar un seguimiento del rendimiento de dicho índice o de definir la asignación de activos de una cartera o de calcular las tasas de rendimiento (Reglamento (UE) 2016/1011, Título 1, artículo 3, apartado 1, punto 3).

⁴ **Emisor:** Persona jurídica de derecho privado o público que emite o propone emitir instrumentos financieros (Reglamento (UE) n° 596/2014, Capítulo 1, artículo 3, apartado 1, punto 21).

cuales se les debe reconocer las competencias de supervisión e investigación que este reglamento establece, para los casos de Abuso del Mercado financiero.

El RAM define las formas de manipulación o tentativa de manipulación de los instrumentos financieros, y amplía la aplicación de la normativa de abuso de mercado a nuevas plataformas de negociación más allá del mercado regulado⁵, aplicando la norma a instrumentos financieros⁶ negociados en un Sistema Multilateral de Negociación (en adelante SMN)⁷, o un Sistema Organizado de Contratación (en adelante SOC)⁸, y cualquier otro mercado no regulado. Frente a la información privilegiada⁹, establece el uso de la misma como ilícito cuando se ponga en peligro la integridad de los mercados financieros o la confianza de los inversores.

El RAM, entre otras disposiciones, establece nuevas sanciones, como: la restitución de los beneficios obtenidos o de las pérdidas evitadas, y la prohibición permanente de ejercer funciones de dirección en empresas de inversión en caso de infracción reiterada. Por último,

⁵ **Mercado Regulado:** sistema multilateral, operado o gestionado por un organismo rector del mercado, que reúne o brinda la posibilidad de reunir —dentro del sistema y según sus normas no discrecionales— los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros para dar lugar a contratos con respecto a los instrumentos financieros admitidos a negociación conforme a sus normas o sistemas, y que está autorizado y funciona de forma regular de conformidad con el título III de la Directiva (Directiva 2014/65/UE, Título 1, artículo 4, apartado 1, punto 21).

⁶ **Instrumento Financiero:** El concepto incluye, entre otros, los valores negociables; Contratos financieros por diferencias; Contratos de opción, futuros, permutas (swaps) relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas, variables climáticas, gastos de transporte o tipos de inflación u otras estadísticas económicas oficiales, que cumplan las condiciones descritas en la Directiva 2014/65/UE (Directiva 2014/65/UE, Anexo I sección C).

⁷ **Sistema multilateral de negociación (SMN):** sistema multilateral, operado por una empresa de servicios de inversión o por un organismo rector del mercado, que permite reunir —dentro del sistema y según normas no discrecionales— los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros para dar lugar a contratos, de conformidad el título II de la presente Directiva (Directiva 2014/65/UE, Título 1, artículo 4, apartado 1, punto 22).

⁸ **Sistema organizado de contratación (SOC):** sistema multilateral, que no sea un mercado regulado o un SMN y en el que interactúan los diversos intereses de compra y de venta de bonos y obligaciones, títulos, derechos de emisión o derivados de múltiples terceros para dar lugar a contratos, de conformidad con lo dispuesto en el título II de la presente Directiva empresa de servicios de inversión (Directiva 2014/65/UE, Título 1, artículo 4, apartado 1, punto 23).

⁹ **La información privilegiada** es información de carácter concreto que no se ha hecho pública, que se refiera al emisor o emisores de los instrumentos financieros y que, de hacerse pública, podría influir de manera apreciable sobre los precios (Reglamento (UE) n° 596/2014, Capítulo II, artículo 7).

propone mecanismos de protección para las personas que comuniquen incumplimientos a las autoridades competentes, incluyendo la regulación de mecanismos de denuncia y protección de la identidad personas que se encuentren bajo un contrato laboral con el presunto infractor (Bermúdez, 2016).

Según Alexander & Maly (2015), a pesar de presentar una regulación más amplia que busca la integridad de los mercados, el RAM presenta algunos retos en su implementación, pues al ser tan amplio no hace distinciones que tendrían bastante efecto en su aplicación, por ejemplo, no distingue entre mercados de acciones, de bonos y de materias primas; y en segundo lugar, tampoco distingue entre los tipos de productos financieros para regular a los “emisores”, por lo que sugiere que la Autoridad Europea de Valores y Mercados supere dichos retos con regulaciones técnicas que faciliten la aplicación eficaz del RAM.

Atendiendo a su contenido, el RAM refleja una clara tendencia a ciertos principios fundamentales: en primer lugar, propugna la **uniformidad y la integración** en los mercados financieros, evitando divergencias en los requisitos nacionales sobre operaciones con instrumentos financieros; en segundo lugar, atendiendo a la **proporcionalidad** de cargas administrativas, disminuye las mismas para los emisores en los mercados para pequeñas empresas europeas (PYME), facilitando su acceso a formas de financiación.

Igualmente, el RAM busca la **transparencia** en los mercados, al prohibir la manipulación de los mercados financieros, la comunicación ilícita de información privilegiada, y la realización de operaciones con información privilegiada. Por último, pero no menos importante, es evidente que el mismo busca ampliar la **publicidad de la información oportunamente**, a fin de evitar su uso para llevar a cabo operaciones contrarias a la libre competencia, excepto en los casos permitidos por el RAM.

2.1.2. Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado (Directiva sobre abuso de mercado).

En concordancia con la reforma introducida por el RAM frente al concepto y alcance de la Información Privilegiada, la Directiva 2014/57/UE establece como delito la realización de operaciones concretas de transmisión, adquisición, o cesión de valores utilizando información privilegiada, y la revelación de esta clase de información. (Gómez, 2014). Las competencias para imponer estas sanciones igualmente se establecen, como en el RAM, en cabeza de las ANC. La Directiva consagra **sanciones mínimas** que deben ser aplicadas en cada Estado, haciendo que los mismos apliquen efectos penales a las conductas que reflejen un Abuso de Mercado Financiero.

En concepto de Faure & Leger (2014) ya todos los Estados excepto Bulgaria tenían sanciones penales por estas conductas, por lo que este intento de armonización es más bien simbólico; sin embargo se reconoce que la Directiva cambia varios aspectos: 1. Establece sanciones penales también a personas jurídicas, que aún no se tienen en 8 Estados miembros; 2. Exige criterios para establecer la culpabilidad del actor, que no se consagran en 7 Estados miembros; y 3. La Directiva establece una pena máxima de prisión de al menos 4 años, que no se tiene implementada en 7 Estados miembros.

Atendiendo al contenido de esta Directiva, es posible deducir que la misma busca la aplicación de varios principios en la regulación de conductas de Abuso del Mercado Financiero. En primer lugar, busca implementar reglas **eficaces** de supervisión y sanción para dar aplicación al RAM; en segundo lugar, busca **uniformidad e integración**, debido a que no todos los Estados

miembros habían establecido sanciones pecuniarias administrativas ni sanciones penales para las conductas graves de Abuso del Mercado; en tercer lugar, reconoce un criterio de **proporcionalidad**, al tener en cuenta aspectos como los efectos en la integridad del mercado, los beneficios obtenidos, y la intervención o no de organizaciones delictivas, para definir las que se consideren conductas de “grave abuso del mercado”; y en cuarto lugar, establece una **Responsabilidad compartida**, al extender las sanciones penales a personas jurídicas.

2.1.3. Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (Texto pertinente a efectos del EEE).

Esta Directiva establece las acciones para que cualquier persona que sufran un perjuicio como consecuencia de conductas contrarias al derecho de competencia, sea natural o jurídica, incluyendo las administraciones públicas, puedan reclamar los perjuicios sufridos a los agentes que lo hayan causado con su conducta infractora. Es así que puede reclamarse el daño emergente, lucro cesante y los intereses causados desde la fecha en que ocurrió el daño hasta que se pague la indemnización. También consagra la posibilidad de establecer una presunción *iuris tantum* de la existencia del daño, cuando la infracción sea causada por un cartel. Dichas acciones serán decididas por las ANC.

Sobre esta Directiva existen varios puntos de posible discusión, siendo uno de los más importantes, la necesidad de conciliación entre la aplicación pública (sanciones administrativas y penales) y la aplicación privada (acciones por daños) de las leyes sobre libre competencia en Europa. En este sentido, según Kirst (2021) al establecerse en la Directiva una presunción de

daño en casos de carteles, y favorecerse tanto la obtención de pruebas, se ha desincentivado en los infractores la intención de acogerse a programas de clemencia, pues según varios estudios presentados por el autor, a mayor responsabilidad civil menor es la eficacia de los programas de indulgencia.

Lo anterior concuerda con las cifras de los años 2015-2020, en los cuales han disminuido las solicitudes de clemencia recibidas por autoridades europeas, razón por la cual en 2022 la Comisión Alemana de Monopolios propuso modificar la Directiva 2014/104/UE incluyendo inmunidad frente a acciones por daños a quienes se acogieran a programas de indulgencia (Wils, 2023).

La postura de la Comisión Alemana de Monopolios es la misma tomada por Kirst, quien además sugiere que los efectos de la Directiva, considerando el sistema actual de estimación de multas administrativas, generaría una sobre-disuasión, por lo que propone un método para calcular multas administrativas basado en las ganancias del infractor y no en las ventas del año anterior (De Fraipont, 2023).

A pesar de lo expuesto, Wils (2023) evidencia tres efectos adversos a la propuesta de aplicar inmunidad frente a acciones por daños a los infractores que se acogen a programas de clemencia: 1. El desconocimiento de la justicia correctiva, que propone tanto el derecho a recibir una indemnización por el daño, como el deber de indemnizar; 2. Disminuiría valor probatorio a las declaraciones de indulgencia y desincentivaría a los segundos o terceros delatores; y 3. Esta clase de inmunidad aumentaría la concentración del mercado, pues en los casos sobre carteles decididos por la Comisión en los años 2006-2015, en el 46% de los casos, los beneficios de indulgencia fueron aplicados al infractor con mayor participación en el mercado relevante.

Ahora bien, atendiendo a las consideraciones y contenido de esta Directiva, y las discusiones propuestas por los autores citados, es posible deducir que la misma busca una **tutela judicial efectiva** de las personas naturales y jurídicas que han sufrido un perjuicio derivado de conductas contrarias a la competencia; en segundo lugar busca dar **uniformidad e integración** tanto de las acciones por daños los países europeos, como de la aplicación pública y privada de las normas de competencia.

En tercer lugar, la Directiva busca mayor **eficacia** en el ejercicio del derecho al resarcimiento; en cuarto lugar permite una mayor **publicidad de las pruebas**, teniendo en cuenta la asimetría de la información que puede tener el consumidor en estos procesos; y por último, busca la **cooperación** entre las ANC, al establecer en su artículo 9 que la decisión sobre conductas contrarias a la competencia de una ANC sea vinculante en otros Estados, y sea prueba ante un órgano jurisdiccional de otros Estados sobre la comisión de la conducta; incluso establece la cooperación entre las ANC y órganos judiciales, pues los tribunales nacionales podrán pedir a las ANC ayuda para determinar la cuantía de la indemnización.

2.1.4. Reglamento (UE) 2019/712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativo a la defensa de la competencia en el transporte aéreo y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 868/2004

Este Reglamento faculta a la Comisión Europea para que investigue y tome las medidas a que haya lugar cuando compañías aéreas de la Unión y de terceros países, lleven a cabo prácticas que afecten la competencia. Dentro de sus disposiciones, establece la posibilidad para la Comisión de suspender las investigaciones frente a posibles infractores aéreos, cuando las conductas, a más de transgredir la competencia, sean una infracción a tratados sobre transporte o

servicios aéreos que contengan procedimientos de solución de diferencias, con el fin de intentar dar aplicación a dichos procedimientos en primer lugar. En todo caso, si dichos mecanismos de solución de diferencias no subsanan la situación, la Comisión podrá dar reapertura a la investigación.

Según Lykotrafiti (2020), este Reglamento es más amplio que el anterior, al abarcar todas las conductas “que distorsionan la competencia” en este mercado; además refuerza las facultades de la Comisión, elimina la posibilidad de imponer como medida correctiva la suspensión o limitación de los derechos de tráfico concedidos por un Estado miembro a un tercer país; y adicionalmente, prefiere soluciones políticas antes que legales (al permitir la aplicación de mecanismos de solución establecidos en acuerdos entre países cuando así se prefiera). Pero, a no ser que los Estados miembros quieran dar aplicación a sus Acuerdos de Servicios Aéreos, la competencia para resolver las infracciones se mantiene en la Comisión, contrario al anterior Reglamento 868/2004, que siempre priorizó la aplicación de los tratados.

Atendiendo al contenido de este Reglamento, se puede decir que el mismo se fundamenta en varios principios: en primer lugar, procura mantener una **competencia leal**, al establecer igualdad de oportunidades entre los actores del transporte aéreo Internacional y tener una aplicación más amplia frente a conductas anticompetitivas; en segundo lugar, busca la **eficacia** de las normas sobre libre competencia en este mercado, al establecer la posibilidad de que cualquier interesado presente quejas al respecto y el inicio de investigaciones cuando *prima facie* se evidencie una conducta prohibida; en tercer lugar, hace continua alusión a la **legalidad** en estos procesos, pues las denuncias deben tramitarse en un término razonable, el auto de apertura de investigación debe especificar los términos para aportar información y solicitar audiencias, las

partes deben conocer los términos en que se divulgará la información aportada, entre otras disposiciones.

En tercer lugar el Reglamento consagra el **Interés prevalente de la Unión** que debe considerarse en la imposición de medidas correctoras; y en cuarto lugar, el Reglamento otorga **prevalencia de los tratados sobre transporte y servicios aéreos** cuando los Estados miembros los posean y decidan aplicar sus procedimientos bilaterales de solución de diferencias, ello notificando e informando constantemente de ello a la Comisión, pues esta última podrá reabrir la investigación si persiste la práctica que distorsiona la competencia.

2.1.5. Directiva (UE) 2019/633 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario

Esta directiva busca eliminar los desequilibrios en los acuerdos y negociaciones y acuerdos comerciales frente a productos agrícolas y alimentarios en las fases de producción, transformación, comercialización, distribución y venta, teniendo en cuenta el poder y tamaño de los actores en dicho mercado. Si bien se regulan conductas desleales en el sector, la Directiva establece reglas para proteger a los productores agrícolas de los grandes agentes del mercado en los acuerdos verticales, lo anterior debido a que sus prácticas impactan negativamente en el nivel de vida de la comunidad agraria, y son perjudiciales principalmente para las pequeñas empresas (PYME). De esta forma, la Directiva consagra normas que sería conveniente adoptar por los Estados, para que sean aplicadas por las ANC con el fin de proteger a los productores o asociaciones de productores agrícolas.

La Directiva prohíbe los contratos de adhesión con los productores, y establece como una práctica desleal, el tomar represalias comerciales o llevar a cabo amenazas contra los agentes del mercado agrícola y alimentario que decidan hacer valer sus derechos frente a prácticas desleales, razón por la cual también es posible mantener la confidencialidad sobre la identidad del denunciante o la presentación de denuncias por parte de organizaciones de productores o proveedores.

Esta Directiva, según Santaolalla (2020) responde a la situación de los Estados miembros de la Unión, pues si bien poseen regulación al respecto, la misma no es homogénea, por lo que la Directiva de forma oportuna busca una armonización mínima. Adicionalmente establece que la Directiva reconoce tácitamente las acciones colectivas y la relevancia de las cooperativas en casos de infracciones a la competencia en este sector, permite su aplicación a los intercambios comerciales en que al menos un agente sea europeo, y permite aplicar la mediación a estos casos, evitando sobrecargar a las ANC.

Teniendo en cuenta el contenido de la Directiva, la misma se fundamenta en la **uniformidad e integración** de la regulación frente a prácticas desleales en el sector agrícola y alimentario; pero adicionalmente consagra varios principios: establece **plazos razonables** para el pago de productos perecederos después de la entrega, y para la cancelación de pedidos de productos perecederos; permite la **libertad contractual**, prohibiendo los contratos de adhesión y fomentando la libre discusión de las cláusulas contractuales; promueve la **eficacia** de la norma al invocar la facultad de los Estados para aumentar el poder de investigación y poder suasorio de sus ANC en este sector.

2.1.6. Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior (Texto pertinente a efectos del EEE.)

También denominada ECN+. Esta Directiva intenta solucionar un problema generalizado: las ANC de los Estados miembros no cuentan con los recursos financieros, humanos y tecnológicos para aplicar las normas de competencia de los artículos 101 y 102 del TFUE, los cuales deberían aplicarse en paralelo a las normas nacionales de libre competencia de cada Estado. En este sentido, la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE se lleva a cabo tanto por las ANC como por la Comisión Europea, por lo que la Directiva crea la “Red europea de Competencia” con la finalidad de facilitar la colaboración y el intercambio de información entre las ANC y la Comisión. En suma, busca eliminar las lagunas que evitan la correcta aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE a nivel nacional, y dar una mayor eficacia a las normas de competencia de la Unión.

Dentro de sus disposiciones, establece que las ANC podrán tener fuentes de financiación distintas al Estado. Así mismo las ANC deberán presentar informes periódicos sobre disposición de personal y asignación de recursos, que permitan hacer seguimiento al eficaz ejercicio de sus funciones. La Directiva consagra además que el personal de las ANC debe evitar conductas incompatibles con el ejercicio del cargo, por lo que no podrán investigar casos sobre empresas con las que hayan tenido algún tipo de relación que afecte su imparcialidad, ni podrán en un plazo razonable luego de abandonar su cargo en la ANC, ejercer actividades relacionadas con los infractores o casos que hayan conocido sobre competencia. Esta independencia de las ANC se

establece sin perjuicio de la rendición de cuentas o informes periódicos que deban presentar frente al gobierno.

Frente a las facultades de investigación y sanción de las ANC, establece varias disposiciones: consagra facultades de imponer medidas cautelares, ordenar la exhibición de pruebas, solicitar acceso a información de carácter digital evitando las barreras en la obtención de la información necesaria para tomar una decisión. Así mismo permite recibir apoyo de otras ANC con facultades administrativas y jurisdiccionales. Por último, dentro de las sanciones que pueden imponerse por prácticas anticompetitivas se incluye la imposición de medidas correctoras estructurales como suprimir la participación de un competidor en el mercado o la escisión de una parte del negocio.

Para Massa (2020), si bien el Reglamento 1/2003 ya establecía la cooperación entre las ANC y entre estas y la Comisión, con la Directiva ECN+ se implementan poderes concretos y activos que abogan por la eficacia de la Red de Competencia. Además establece la necesaria ayuda mutua en los procesos desde la fase previa hasta su ejecución, por medio de disposiciones como la facultad de llevar a cabo recaudo probatorio en nombre de otras ANC, el acompañamiento por parte de autoridades nacionales y policivas a las ANC en la realización de inspecciones y entrevistas, y el poder de ejecución que reconoce a las ANC sobre decisiones tomadas por las Autoridades Nacionales de otro Estado miembro, bajo el principio de proximidad territorial.

Sin embargo, la Directiva ha tenido algunas críticas, pues se ha considerado que debió incluir disposiciones sobre otros aspectos. En este sentido, para Brook & Cseres (2021) la Directiva establece la facultad legal de las ANC para decidir si seguir o no la investigación de los casos atendiendo a su prioridad (priorización), pero no fija un marco procesal y criterios

sustantivos para llevar a cabo dicha priorización, por ello cada ANC puede aplicar sus propios criterios para decidir cuáles casos investigar y cuáles ignorar. Por otra parte, para Kozak (2023) la Unión perdió la oportunidad de establecer en esta Directiva una regulación de salvaguardias en la verificación y el intercambio de información dentro de la Red europea de Competencia, en procura de los derechos de las partes.

Ahora bien, pese a sus posibles defectos, la Directiva evidencia un contenido importante en el sistema de competencia de la Unión. En primer lugar, atendiendo a las facultades de la Comisión y las respectivas ANC para hacer cumplir los artículos 101 y 102 del TFUE, se establece la necesidad de **cooperación** entre las mismas, y adicionalmente se crea el Sistema de Red europea de Competencia, con un sistema central de información sobre investigaciones y procesos por infracciones a la competencia, cuyo presupuesto deberá asumirse por la Unión.

Así mismo, en virtud de la **eficacia** en la aplicación de las normas de competencia, establece la aplicación de medidas cautelares y refuerza las facultades de investigación de las ANC, incluyendo inspecciones y solicitudes de acceso a información de carácter digital, a más de permitir a las ANC tener fuentes de financiación distintas al Estado. Por otro lado, en busca de integración en la Red de Competencia, intenta **unificar** reglas para concesión de clemencia en casos de delación, es decir, confesiones de empresas infractoras sobre la existencia de carteles a cambio de la atenuación de las sanciones. Adicionalmente establece la necesidad de garantizar la **imparcialidad y la autonomía operativa** de las ANC, con el fin de obtener decisiones eficaces y transparentes en las trasgresiones a las normas de competencia. Por último, uno de los aspectos importantes consignados en la Directiva es la **priorización**, permitiendo que las ANC se centren en investigar los casos que tengan mayor relevancia frente a defensa de la libre competencia.

2.1.7. Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales) (Texto pertinente a efectos del EEE).

También denominado *Digital Markets Act* (en adelante DMA). Este Reglamento busca garantizar la libre competencia de los mercados en el sector digital, por ello, se aplica a mercados relacionados con servicios de plataformas básicos. Tales servicios incluyen, según la definición dada por el propio DMA: motores de búsqueda en línea, sistemas operativos, redes sociales en línea, servicios de plataformas para compartir vídeos, servicios de comunicación interpersonal independientes de los números, servicios de computación en la nube, asistentes virtuales, navegadores web y servicios de publicidad en línea. (Reglamento (UE) 2022/1925, Capítulo 1, artículo 2, apartado 2).

Los destinatarios de estos servicios básicos de plataforma pueden ser usuarios profesionales o usuarios finales. Los usuarios profesionales son aquellos que utilizan los servicios de plataforma básicos para prestar servicios u ofrecer productos a un usuario final; en consecuencia, el usuario final será el que directamente acceda o contrate el servicio de plataforma básico para su propio uso (Reglamento (UE) 2022/1925, Capítulo 1, artículo 2, apartados 20 y 21).

Ahora bien, los servicios de plataformas básicos a los cuales se aplican estas reglas son aquellos prestados u ofrecidos por guardianes de acceso, es decir, por empresas que cumplan con las siguientes características: tengan una gran influencia en el mercado interior; presten servicios de plataformas básicos que sean puerta de acceso importante para que los usuarios

profesionales lleguen a los usuarios finales; y tengan una posición afianzada y duradera en el mercado, o se prevea que la tendrán (Artículo 3 del Reglamento). Igualmente el DMA establece ciertas reglas para presumir la calidad de guardián de acceso, presunción que puede ser desvirtuada por la empresa a la que se aplique.

Frente a la competencia para conocer de estos casos, la misma se establece exclusivamente en cabeza de la Comisión. Si bien se consagra la posibilidad de que los Estados miembros faculten a sus ANC para iniciar investigaciones sobre las posibles conductas que contraríen el DMA, la apertura de dicha investigación y sus resultados deben ser informados a la Comisión, para que la misma inicie su investigación y decida las sanciones a que haya lugar.

El propio DMA reconoce el amplio poder que los guardianes de acceso tienen: pueden vender sus servicios tanto a usuarios comerciales como directamente a usuarios finales; suelen estar integrados verticalmente de forma que ofrecen determinados productos o servicios a los usuarios finales usando a sus usuarios comerciales como intermediarios; pueden tener una doble función como desarrolladores de sistemas operativos y fabricantes de dispositivos; entre otras funciones, por ello el RAM busca evitar la obtención desproporcionada de ventajas atendiendo a la magnitud de información de usuarios y del mercado que puede obtener.

Sin embargo, analizando en específico el caso de Apple, una de las empresas más grandes que se encuentra bajo varias investigaciones de la UE por conductas antimonopolio, para Wörsdörfer (2024) el DMA no es suficiente en la lucha contra sus prácticas anticompetitivas. El autor considera que el DMA no disminuye el poder de la empresa, no permite prohibir los límites de hardware que obligan a la adquisición de equipos adicionales para usar un producto, no disminuye los límites operativos entre iOS y Android, no prohíbe las aplicaciones preinstaladas, entre otras conductas anticompetitivas de la empresa; es decir, no garantiza la interoperabilidad,

el alojamiento múltiple de datos (multiholding), y la conmutación o interconexión de dispositivos.

A pesar de lo anterior, el Instituto Max Planck considera que los vacíos y problemas del Reglamento se pueden solucionar con una pronta y estructurada coordinación entre la Comisión y las ANC, y con la aplicación coordinada de las normas estatales de competencia y las normas del DMA (Drexl et al., 2023).

En conclusión, el DMA refleja contenidos importantes en el control del poder de empresas digitales: En primer lugar, busca la **eficacia** de sus disposiciones por medio de un control *ex ante* para determinar la calidad de “guardián de acceso” de una empresa, asignando obligaciones al agente de mercado, y reconociendo efecto vinculante a las decisiones de la Comisión ante las ANC. Así mismo, busca la **equidad, disputabilidad y contestabilidad**¹⁰ de los mercados digitales, con reglas comerciales que eviten a los guardianes de acceso obtener ventajas desproporcionadas y mantener barreras en los mercados que restrinjan la competencia.

Igualmente, establece la **protección de datos y la protección al usuario profesional y final** por medio de obligaciones en cabeza del guardián de acceso; así como la **flexibilidad**, tanto las obligaciones establecidas en el DMA (que pueden reconocer excepciones dadas por la Comisión) como de las medidas correctivas a imponer, que deberán atender a la realidad y necesidades del mercado. En virtud de esta flexibilidad, se establece el estudio periódico del sector para revisar si es necesario modificar las disposiciones del DMA. Por último, se debe

¹⁰ Se entiende la disputabilidad como la libertad de entrada y salida de competidores del mercado, y la contestabilidad como competencia potencial.

resaltar que el Reglamento continuamente aboga por la **coordinación** y trabajo conjunto entre las ANC y la Comisión.

2.1.8. Conclusión.

Teniendo en cuenta los 7 Reglamentos y Directivas analizados, 2 de las normas objeto de análisis reformaron el régimen de competencia en general, es decir, no se dirigen a un mercado en específico. Estas fueron: en primer lugar, La Directiva 2014/104/UE, que establece las acciones de indemnización por daños y perjuicios causados por infracciones al derecho de competencia; y en segundo lugar, la Directiva (UE) 2019/1, o Directiva ECN+, con la cual se implementan disposiciones para lograr que las ANC apliquen efectivamente las normas antimonopolio de la Unión.

Los demás documentos regularon aspectos más específicos de la competencia: El Abuso del Mercado de instrumentos financieros (fue regulado por medio del RAM), y sanciones penales procedentes frente a dichas conductas (Directiva 2014/57/UE), protección a la libre competencia en el transporte aéreo (Reglamento (UE) 2019/712), prohibición de prácticas desleales en el suministro agrícola y alimentario (Directiva (UE) 2019/633). Y por último, atendiendo a los problemas más actuales frente al poder de las empresas de tecnología, se regula la libre competencia de los mercados en el sector digital (Reglamento (UE) 2022/1925).

Sin embargo, teniendo en cuenta los principios que cada documento analizado aplica, es posible establecer las tendencias en las últimas reformas, como se evidencia a continuación:

Tabla 1. *Tendencias regulatorias frente a libre competencia en la Unión Europea.*

| Reglamento o Directiva | Tema Objeto De Regulación | Principios |
|---|--|--|
| Reglamento (UE) No. 596/2014 (RAM) | Busca eliminar conductas de Abuso del Mercado financiero, mediante uso de Información Privilegiada y manipulación de instrumentos financieros. | <ol style="list-style-type: none"> 1. Uniformidad e integración 2. Proporcionalidad 3. Transparencia 4. Publicidad |
| Directiva 2014/57/UE | Establece sanciones penales aplicables a las operaciones con información privilegiada, la comunicación ilícita de información privilegiada y la manipulación de mercado. | <ol style="list-style-type: none"> 1. Uniformidad e integración 2. Eficacia 3. Proporcionalidad 4. Responsabilidad compartida |
| Directiva 2014/104/UE | Aplicación privada del derecho de competencia: regula las Acciones de Reclamación de perjuicios por conductas contrarias al derecho de competencia. | <ol style="list-style-type: none"> 1. Uniformidad e integración 2. Tutela judicial efectiva 3. Eficacia 4. Publicidad de las pruebas 5. Cooperación |
| Reglamento (UE) 2019/712 | Establece las normas sobre la libre competencia en el transporte aéreo. | <ol style="list-style-type: none"> 1. Interés prevalente de la Unión 2. Respeto por tratados sobre transporte y servicios aéreos 3. Competencia leal 4. Eficacia 5. Legalidad |
| Directiva (UE) 2019/633 | Busca evitar las Prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario. | <ol style="list-style-type: none"> 1. Uniformidad e integración 2. Libertad contractual 3. Eficacia 4. Plazos razonables |
| Directiva (UE) 2019/1 | Aplicación de las normas sobre competencia establecidas en los artículos 101 y 102 del TFUE por parte de las ANC y la Comisión bajo la Red Europea de Competencia (REC). | <ol style="list-style-type: none"> 1. Cooperación 2. Eficacia 3. Uniformidad 4. Imparcialidad y Autonomía operativa 5. Priorización |

| | | |
|----------------------------------|--|--|
| Reglamento (UE) 2022/1925 | Busca garantizar la equidad y la disputabilidad de los mercados en el sector digital donde haya guardianes de acceso, en beneficio de los usuarios profesionales y los usuarios finales. | <ol style="list-style-type: none"> 1. Eficacia 2. Coordinación 3. Equidad, Disputabilidad y Contestabilidad 4. protección de datos y la protección al usuario 5. Flexibilidad |
|----------------------------------|--|--|

Como se puede evidenciar, en las últimas reformas al régimen de competencia económica se han mantenido de forma reiterada disposiciones que procuran el cumplimiento de los principios de coordinación, uniformidad e integración, eficacia, y proporcionalidad. Lo anterior puesto que las regulaciones buscan aunar esfuerzos entre las ANC y la Comisión en aplicación de las normas de libre competencia, así como describir de forma unificada conductas prohibidas en sectores como el transporte aéreo, los mercados financieros, el suministro agrícola y alimentario, mercados digitales y plataformas en línea. Además la UE ha buscado mantener reglas comunes en los procesos que impidan ventajas anticompetitivas y faciliten el hallazgo de pruebas, con la aplicación de reglas que sean eficaces en todos los Estados.

2.2. Tendencias regulatorias frente a la Libre Competencia Económica en Estados Unidos.

Para abordar las tendencias regulatorias en Estados Unidos, es necesario hacer algunas aclaraciones previas. En primer lugar, el sistema de gobierno de Estados Unidos es federal, por consiguiente, el Congreso sanciona las leyes federales, aplicables a todos los Estados, y estos últimos conservan una competencia residual para sancionar leyes, las cuales no pueden ir en contra de las leyes federales (Rubano, 2000). Sin embargo, en Estados Unidos se aplica el sistema legal del *common law*, heredado de Inglaterra, en virtud del cual se reconoce que las decisiones de los jueces, al reflejar la costumbre y el derecho aplicable a la situación concreta,

tiene valor vinculante. Lo anterior significa que los tribunales inferiores deben acatar los precedentes de los tribunales supremos, los cuales a su vez solo pueden separarse de su precedente cuando existan razones importantes para ello (Barker, 2018).

Es así que, la libre competencia se ha regulado por medio de las leyes federales, pero también cada Estado ha desarrollado y ampliado su regulación sobre competencia bajo sus propias leyes, de acuerdo a sus facultades.

A nivel federal, las leyes antitrust son aplicadas por dos órganos: el Departamento de Justicia, a través de su División Antimonopolio; y la Comisión Federal de Comercio (FTC) que aplica también las disposiciones sobre competencia desleal y protección al consumidor. A nivel estatal estas leyes se aplican por los fiscales y las agencias estatales. Pero adicionalmente existe la posibilidad de presentar demandas privadas, pues cualquier particular, persona natural o jurídica, puede presentar demandas por violaciones de las leyes de libre competencia, en las que se puede reclamar el pago de los perjuicios triplicados, las costas del proceso, y los honorarios de abogado (Miranda Londoño, 2009).

Actualmente las leyes sobre libre competencia a nivel federal se encuentran compiladas en el Código de Estados Unidos (en adelante U.S.C.), principalmente en su Título 15, sobre leyes federales de Comercio. En este apartado se consagra la *Sherman Act*¹¹; *Clayton Act*¹²; *Celler-Kefauver Act*, de 1950¹³; La Ley de la Comisión Federal de Comercio¹⁴, que incluye varias de las

¹¹ Secciones 1 a 7 del Título 15 U.S.C.

¹² Secciones 12 a 27 del Título 15 U.S.C.

¹³ Secciones 18 y 19 Título 15 U.S.C. y secciones 52 y 53 del Título 29 U.S.C.

¹⁴ Secciones 41 a 58 del Título 15 U.S.C.

reformas introducidas por la Ley de publicidad engañosa *Wheeler-Lea* de 1938; y por último la *Robinson-Patman Act*¹⁵, sobre discriminación de precios.

Realizando un estudio sobre las leyes federales sancionadas en los últimos 10 años, fue posible establecer que no se han promulgado normas que reformen sustancialmente el régimen de competencia en Estados Unidos¹⁶. En consecuencia, el análisis sobre las tendencias regulatorias recientes en este régimen se llevará a cabo estudiando los casos más relevantes decididos por la Corte Suprema de Justicia en los últimos años.

Si bien existen casos sobre libre competencia bastante controversiales que han sido decididos por Tribunales de Distrito o Circuito, como el caso de *Epic Games v. Google* decidido en diciembre del año 2023, debido a que los mismos no tienen efectos frente a la regulación de la libre competencia en todo el país, no serán objeto de análisis. En este orden de ideas, a continuación se analizan los casos más relevantes sobre libre competencia y leyes antitrust federales decididos por la Corte Suprema, como máximo órgano jurisdiccional, en los años 2015 a 2024.

2.2.1. North Carolina State Board of Dental Examiners v. Federal Trade Commission, 135 S. Ct. 1101 (2015).

El caso de La Junta de Examinadores Dentales del Estado de Carolina del Norte contra la Comisión Federal de Comercio (en adelante FTC), aborda la aplicación de la Ley antimonopolio y la excepción a su aplicación concedida por el Estado. En este caso, la Junta, como entidad

¹⁵ Sección 13 Título 15 U.S.C.

¹⁶ Las leyes a nivel federal que se han sancionado a partir de 2015 y que aluden a la libre competencia, no reforman aspectos sustanciales y tampoco establecen enmiendas a las leyes precitadas sobre competencia que se consagran en el U.S.C. Tal es el caso de la Ley BOTS (2016), la Ley penal antimonopolio y anti represalias (2019), la Ley de reforma del seguro médico competitivo (2020), y la Ley de Reforma del Transporte Marítimo (2022).

encargada de verificar el cumplimiento de las licencias para dentistas, envió a los proveedores de servicios de blanqueamiento dental No dentistas cartas de cese y desista, informando que el ejercicio de la Odontología sin licencia era un delito, y posteriormente sugirió a los Centros Comerciales expulsar a dichos proveedores de sus instalaciones.

En consecuencia, la FTC inició el proceso contra la Junta de Administradores Dentales, indicando que su conducta era una práctica anticompetitiva y desleal. De acuerdo a ello, el problema jurídico a resolver por la Corte fue determinar si la Junta de Examinadores Dentales estaba exenta de aplicación de la Ley Sherman, al estar amparada por la inmunidad de acción estatal, definida en los precedentes judiciales iniciando con el caso *Parker v. Brown* de 1943.

En sus consideraciones, la Corte expone que la Ley Sherman, interpretada bajo el federalismo, concede la facultad a los Estados de regular su mercado o restringir de uno u otro modo la competencia cuando busquen cumplir objetivos políticos, como se concluyó en el caso *Parker v. Brown*.

De acuerdo a ello, la inmunidad “Parker” aplica a la conducta de entidades no soberanas, cuando se evidencien los requisitos establecidos en el caso *California Retail Liquor Dealers Assn. v. Midcal Aluminum, Inc.* (1980), es decir: 1. Que la conducta tenga una **articulación clara**, expresada como política de Estado; y 2. Que su aplicación se someta a **supervisión estatal activa**, por medio de funcionarios del Estado. La idoneidad de la supervisión dependerá de las circunstancias del caso, y se realiza para evitar la consecución de intereses privados.

La Corte consideró que en este caso la Junta, como agencia reguladora estatal, no fue supervisada de ninguna manera en su interpretación de la política estatal, donde consideró que el blanqueamiento dental se integraba como práctica de la odontología, y solo podía ejercerse por

dentistas. En consecuencia, la Corte, en una decisión de 6 contra 3, decidió que la Junta ejerció una conducta anticompetitiva, sin estar amparada por la inmunidad de control estatal.

Para Cooper (2016) este caso abrió la puerta para el inicio de una reestructuración de las agencias estatales, pues cuando el Estado otorgue competencia de aplicación de la Ley a estas agencias, deberá hacerse responsable de sus decisiones por medio de la supervisión activa. Sin embargo, para autores como Sandefur (2015), el federalismo genuino equilibra la autonomía estatal y la autonomía federal, no implementa una defensa cruda del poder estatal como se estableció en el caso Parker.

Para Sandefur, en Estados Unidos es evidente la tendencia de los reguladores a estar dominados por las entidades privadas, por lo que la decisión al caso de la Junta de examinadores Dentales es sólo un inicio, siendo necesario restringir más estas inmunidades para dar prevalencia a la libre competencia. En este sentido el autor propone un criterio adicional para analizar si la inmunidad procede: el criterio constitucional de no estar sometido a un poder estatal irrazonable.

Visto el contenido y el sentido de la decisión, es posible concluir que la Corte, reiterando su precedente, tiende a una **interpretación integral** de la Ley Sherman a la luz del Federalismo, en virtud de la cual reconoce las facultades de regulación a cada Estado, de acuerdo a su **soberanía**, la cual incluye su facultad de establecer objetivos políticos. En este sentido, para aplicar la llamada “excepción de acción estatal”, o “excepción antimonopolio” lo que debe probarse no es la eficiencia o pertinencia de la restricción a la competencia, sino que la misma persiga un fin de política estatal, que por regla general está dado por la búsqueda del **Interés público** y no privado. En este Caso la Corte igualmente establece el principio de **no autorregulación** de los agentes del mercado, y en consecuencia, la necesaria **imparcialidad** de

las entidades estatales, evitando la toma del legislador al ejercer el debido control en la aplicación de la ley en manos de particulares, quienes pueden tener intereses privados.

2.2.2. Ohio Et Al. v. American Express Co. Et Al., 16-1454 (2018).

En este caso, varios Estados demandan a American Express Company y American Express Travel Related Services Company, conjuntamente “Amex”, por una aparente práctica anticompetitiva, consistente en restringir el comercio por medio de cláusulas anti dirección y en consecuencia tener el poder de aumentar sus tarifas de forma anticompetitiva frente a comerciantes, contrariando la Ley Sherman.

Amex, al igual que todos los prestadores del servicio de tarjeta de crédito, opera con una plataforma bilateral, ofreciendo sus servicios a los titulares de tarjetas y a los comerciantes, siendo Amex un intermediario en la transacción. En este sentido, cuando un comerciante quiere aceptar tarjetas Amex en su negocio, atrayendo titulares de estas tarjetas, debe pagar una tarifa. Adicionalmente Amex pide al comerciante firmar una cláusula “Anti Steering” o “anti dirección”, según la cual no puede desincentivar en el cliente el uso de la tarjeta Amex al momento de pagar para evitar el pago de la tarifa.

En este caso, la Corte debía decidir si la cláusula anti dirección de Amex era o no contraria a la Ley Sherman. Pero, de acuerdo a la interpretación dada a la ley en el *common law*, una restricción al comercio, para ser contraria a la competencia, debe ser irrazonable o “indebida”, bajo uno de dos criterios¹⁷: 1. Son irrazonables *per sé*, las conductas que siempre o por regla general restringen la competencia o disminuyen la producción (ocurre por acuerdos

¹⁷ Dichos criterios se establecieron en el caso *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.* (1988).

horizontales, entre competidores); y 2. Son irrazonables según la regla de la razón, las conductas que causen un efecto real anticompetitivo injustificado (comúnmente aplica en acuerdos o conductas verticales), donde debe analizarse el mercado relevante.

En este análisis de la regla de la razón se aplica una carga probatoria en 3 pasos: en primer lugar, la parte demandante debe probar que el acuerdo o acto tiene un efecto anticompetitivo; en segundo lugar, corresponderá al demandado justificar la existencia de algún efecto pro competitivo del acuerdo, que beneficie la competencia, lo que sería más beneficioso para el consumidor; y por último, el demandante debe demostrar que este efecto pro competitivo se puede lograr con medios menos restrictivos.

Ahora bien, para el caso concreto, luego de analizar profundamente el mercado relevante, la Corte consideró que, a pesar de tratarse de una plataforma multilateral transaccional, el mercado debía entenderse como uno solo, debido a la estrecha relación entre los dos extremos de la transacción (titulares de tarjetas-comerciantes) para determinar el funcionamiento del mercado, pues por cada operación intervienen las dos partes.

En consecuencia, para la Corte los demandantes no cumplieron con la carga probatoria que les correspondía: no demostraron que la cláusula anti dirección de Amex hubiera tenido efectos anticompetitivos en dicho mercado. Por el Contrario, para la Corte la forma de operación de Amex tiene efectos pro competitivos. Por ello, la Corte consideró, en una votación de 5 contra 4, que las cláusulas anti dirección de Amex no restringieron irrazonablemente el comercio.

El análisis sobre el mercado en estas plataformas bilaterales ya venía presentando una amplia discusión entre tribunales, economistas y expertos en leyes antimonopolio, para establecer si debían entenderse como dos mercados independientes o como uno solo; pues en

este último caso la conducta debería analizarse frente a los efectos generados en los dos extremos del mercado (Wright & Yun, 2019). Esta decisión de la Corte, en concepto de Sarmas (2020), establece criterios relevantes para analizar las conductas de gigantes tecnológicos (Amazon, Apple, Facebook y Google) que también operan en plataformas multilaterales, aunque no siempre estas sean transaccionales.

Ahora bien, se puede concluir que la Corte tuvo en cuenta tres principios fundamentales en esta decisión. En primer lugar, aplicó un criterio de **razonabilidad y flexibilidad**, pues consideró que la regla de la razón exige considerar la conducta, por un lado, de acuerdo al mercado relevante (que se determinará atendiendo a la realidad del mercado), y, por otro lado, atendiendo a los efectos reales que ha tenido. En segundo lugar, se evidencia en la regla de la razón una prevalencia del principio de **eficiencia**, pues si la conducta genera efectos beneficiosos a la competencia, solo será contraria a la ley si se puede conseguir el mismo efecto con medios menos restrictivos.

2.2.3. Apple inc. v. Pepper Et Al., 139 S. Ct. 1514 (2019).

En este caso, cuatro propietarios de iPhone alegan que Apple utilizó un monopolio para cobrar de más a los consumidores por las aplicaciones de la App Store, pues los usuarios no tienen más opciones para comprar aplicaciones: o aceptan las aplicaciones disponibles en la App Store al precio que allí se venden, o no compran nada. Frente a la demanda, Apple alegó que los demandantes no estaban facultados para reclamar a la empresa, por no ser consumidores directos sino indirectos de Apple, pues las relaciones de consumo directas serían entre el desarrollador de aplicaciones (quien fija el precio) y el usuario de iPhone; y entre el desarrollador y Apple.

Por ello, la Corte debió establecer si los usuarios de iPhone estaban facultados para ejercer acciones antimonopolio en contra de Apple, es decir, si estos eran consumidores directos, a lo cual la Corte responde afirmativamente. Para la Corte, al interpretar la Ley Clayton los precedentes han indicado que solo los compradores directos pueden demandar. En este sentido los compradores indirectos, es decir, los que se encuentran a dos o más escalas de valor del infractor en la cadena vertical de distribución, no pueden hacerlo, como se estableció en el caso *Illinois Brick Co. v. Illinois* (1977). Lo anterior para aplicar eficazmente la Ley, evitar un difícil cálculo de daños indirectos y evitar la doble reclamación de perjuicios.

Para el caso concreto la Corte consideró que los consumidores no compran las aplicaciones a los fabricantes, sino directamente a Apple usando la App Store, en consecuencia son consumidores directos. Al respecto, la Corte aclaró que una misma conducta puede causar diferentes tipos de daño, por ejemplo, afectar a los consumidores, y a los proveedores o fabricantes, generando un efecto cuello de botella¹⁸. En dicho caso los dos estarían facultados para demandar, teniendo en cuenta que los daños causados a cada parte serían distintos. En consecuencia, la Corte decidió, en una votación de 5 contra 4, confirmar el fallo de Apelación del Noveno Circuito, reconociendo la legitimación por activa de los consumidores para demandar a Apple. De acuerdo a la votación tan dividida de los jueces, se evidencia que aún no existe una postura sólida frente a la legitimación por activa en estos casos.

Es así que sobre esta decisión han existido varias críticas, al considerar que desconoce la postura establecida en el caso *Oahio v. American Express* de 2018, en cuya lógica Apple, como

¹⁸ Lo anterior siempre que los desarrolladores de aplicaciones solo pueden vender sus aplicaciones a dueños de iPhone si llegan a un acuerdo con Apple, y por otro lado, el consumidor dueño de iPhone solo puede adquirir las aplicaciones que oferta Apple en su App Store, generando el minorista una ineficiencia en la relación de mercado vertical.

plataforma, sería un intermediario (Manne & Stout, 2019). Dicha interpretación es sesgada, pues en ese caso la Corte aclaró que el producto vendido por Amex eran transacciones, mientras que en el caso de Apple consideró que este efectivamente vende el producto como minorista monopólico, recibiendo directamente el pago. Sin embargo, para Kobayashi & Wright (2019), fueron los límites de la solicitud de revisión los que impidieron a la Corte analizar el mercado relevante.

Por otro lado, Lopatka (2020) afirma que la Corte llegó a la conclusión correcta, pero por una vía incorrecta, pues debió considerar que la legitimación para reclamar dependía de la existencia o no de una tarifa por la transacción entre las partes cobrada por Apple, y la forma en que esta se cobró¹⁹, para determinar si la conducta afectó o no a los demandantes²⁰. En todo caso, Lopatka coincide con Kobayashi & Wright en afirmar que los demandantes no se vieron afectados por las tasas fijadas por Apple a los desarrolladores, previendo que la decisión del Tribunal les negará cualquier indemnización.

Ahora bien, teniendo en cuenta el contenido del caso, se puede evidenciar que la Corte se basa en un criterio de **razonabilidad, proporcionalidad y eficacia** para decidir. Ello puesto que, en el caso concreto, la Corte tuvo en cuenta la relación real que existe entre el demandante y el infractor, evitando que los agentes del mercado evadan sus responsabilidades por medio de diferentes figuras contractuales. Para el caso, la Corte estimó irrelevante cuál agente del mercado

¹⁹ Ello puesto que, cuando se cobra una tarifa por unidad en transacción, las dos partes de la transacción se ven afectadas; pero cuando se fija una tarifa *ad valorem*, es decir, estimada en un porcentaje sobre el valor del producto, sólo se afecta a las dos partes cuando los costos de producción aumentan si se aumenta la cantidad de producto (costos marginales positivos); pues si los costos de producción no aumentan por un aumento en cantidad de productos (costos marginales cercanos a cero), no habrá daños para el consumidor final. (Lopatka, 2020).

²⁰ La postura del autor sería discutible, pues la determinación de la legitimación para demandar no debería estar dada por la existencia o inexistencia de perjuicios, punto que debería discutirse en el fondo del asunto. Aunque si puede sugerirse que la Corte debió analizar la forma de operación de Apple para establecer si vende transacciones, o efectivamente vende el producto (aplicaciones)

vertical determinaba el precio, pues lo importante era con cuál agente del mercado se relacionó directamente el consumidor.

Ahora bien, en el reconocimiento de legitimación al **consumidor directo**, es decir, al exigir esta relación directa entre el demandante y el presunto infractor, la Corte ha aplicado criterios de eficacia y proporcionalidad limitando la legitimación por activa. Lo anterior, pues este requisito tiene 3 finalidades: 1. Facilitar la aplicación de la ley antimonopolio (eficacia); 2. Evitar cálculos difíciles de daños indirectos (eficacia); y 3. Eliminar reclamaciones duplicadas por daños (proporcionalidad), donde varios agentes de la misma cadena de distribución intenten recuperar el mismo recargo.

2.2.4. National Collegiate Athletic Assn (NCAA). V. Alston, 20-512 (2021).

En este litigio varios estudiantes-atletas actuales y anteriores de la División I de fútbol americano y de baloncesto, afirmaron que la Asociación Nacional de Atletismo Colegiado (en adelante NCAA) y algunos miembros de sus conferencias²¹ violaron la sección 1 de la Ley Sherman, que prohíbe los contratos o conspiraciones para restringir el comercio. Ello puesto que la NCAA restringió las compensaciones e incentivos deportivos y educativos que las universidades y colegios podían ofrecer a los estudiantes atletas de sus equipos.

En primera instancia, el Tribunal de Distrito decidió mantener las reglas de la NCAA que limitaban las becas deportivas y compensaciones relacionadas exclusivamente con el rendimiento deportivo, al ser restricciones razonables que permiten separar los deportes universitarios (“amateurs” o “aficionados”) de los deportes profesionales. Por otro lado el

²¹ Agrupaciones de universidades que compiten entre sí, las cuales se organizan de acuerdo a sus propias reglas para llevar a cabo competencias entre sus equipos.

Tribunal anuló las disposiciones de la NCAA que limitaban las y becas educativas para estudiantes-atletas. La decisión se confirmó en Apelación.

En Consecuencia, correspondió a la Corte decidir si la NCAA debía seguir habilitada para restringir los beneficios relacionados exclusivamente con la educación que pueden otorgarse a estudiantes-atletas.

Aplicando la regla de la razón, bajo el precedente establecido en el caso *Ohio Et. Al. V. American Express Et. Al.* (2018), lo importante para la Corte fue establecer si la conducta era indebida o no, es decir, si tenía justificación razonable. Para la Corte, en primer lugar, la NCAA aceptó tener un poder de monopsonio²², a pesar de considerarse un joint venture²³ sin ánimo de lucro, lo cual se confirma debido a que los estudiantes atletas no tienen otro lugar para ofrecer sus aptitudes deportivas. Esto demuestra su poder de mercado.

Así mismo, la NCAA no justificó las ventajas pro-competitivas de sus restricciones a las compensaciones educativas, y no justificó que las mismas fueran necesarias para preservar la demanda del consumidor, o la estabilidad del mercado. De hecho, el mercado no cambió luego de aplicarse el fallo del Tribunal. En Consecuencia, en decisión unánime la Corte confirmó en su integridad la decisión del Tribunal de Distrito.

En concepto de Nowak (2022), Grow (2022), y Posivak (2022), esta postura abre el camino para un futuro sin restricciones a las compensaciones para estudiantes-atletas, quienes podrán explotar libremente los derechos sobre su nombre, imagen y semejanza (NIL). Además, para Grow (2022) la apertura del mercado de deportes universitarios podría hacer necesario que en un futuro

²² Un mercado monopsonico es aquel en que existe un único comprador y múltiples vendedores (Galindo, 2010).

²³ La NCAA funciona como una especie de consorcio de conferencias deportivas.

el Congreso conceda a la NCAA una exención antimonopolio limitada y condicional, para mantener en equilibrio este mercado, que en su concepto es similar a un monopolio natural.²⁴

Por otro lado, para Balsam (2022) esta lógica de la Corte podría ser aplicada a las ligas profesionales, que estarían facultadas para fijar precios, siempre y cuando se aseguren de poder demostrar posteriormente efectos indirectos beneficiosos al consumidor.

Ahora bien, queda claro que la decisión de la Corte se basa en el principio de **razonabilidad**. Lo anterior debido a que, en primer lugar, aborda la influencia de la NCAA en el mercado relevante, poder que ha aumentado considerablemente y que causó un cambio de postura frente a casos anteriores contra la NCAA; y en segundo lugar, considera los efectos reales en el mercado de las compensaciones a estudiantes-atletas. Adicionalmente la Corte reconoce que los beneficios obtenidos por los demás agentes del mercado de deportes universitarios son bastante altos comparados con las restringidas compensaciones que se permite otorgar a los estudiantes-atletas.

En todo caso, la Corte sigue reconociendo la prevalencia del principio de **eficiencia**, pues en efecto, de haber considerado que las restricciones impuestas por la NCAA a las compensaciones educativas eran necesarias para mantener el equilibrio del mercado, las hubiese permitido, incluso reconociendo su poder de monopsonio.

²⁴ Monopolio natural es aquel en que una empresa grande consigue menores costos de producción y en consecuencia vende más barato que las empresas pequeñas, las cuales no podrían competir y terminarían desapareciendo, quedando una sola empresa en el mercado para cubrir la demanda (Galindo, 2010).

2.2.5. Conclusión

Teniendo en cuenta los 4 casos que se han analizado, se evidencia que abordan 3 temas en relación con la libre competencia: 1. Los criterios para analizar las conductas invocadas como contrarias a la competencia; 2. La aplicación de la inmunidad de acción estatal; y 3. La legitimación por activa para demandar a posibles infractores de la Ley de competencia. A continuación se presenta de forma sumaria la postura de la Corte en cada caso y los principios que fueron aplicados por ella:

Tabla 2. *Tendencias regulatorias frente a libre competencia en Estados Unidos.*

| Caso | Precedente Establecido O Seguido Por La Corte | Principios Base De La Decisión De La Corte |
|---|--|---|
| North Carolina State Board of Dental Examiners v. Federal Trade Commission, 135 S. Ct. 1101 (2015) | Se reitera el caso Parker v. Brown de 1943, presentando la necesidad de probar los dos requisitos para aplicar la inmunidad de acción estatal: 1. Articulación clara; y 2. Supervisión estatal activa. En este sentido, debido a que la Junta no acreditó una supervisión activa del Estado, la conducta se declaró contraria a la Ley. | <ol style="list-style-type: none"> 1. Soberanía estatal 2. Interés público 3. No autorregulación 4. Imparcialidad |
| Ohio Et Al. v. American Express Co. Et Al., 16-1454 (2018). | La Corte consideró al mercado de tarjetas de crédito como un solo mercado integrado por comerciantes y titulares, siendo normal que en plataformas bilaterales los costos mayores sean para el comerciante. En consecuencia la conducta de Amex de ninguna forma generaba efectos anticompetitivos, por el contrario generaba eficiencias en el mercado. | <ol style="list-style-type: none"> 1. Razonabilidad 2. Eficiencia |
| Apple inc. V. Pepper et al., 139 S. Ct. 1514 (2019). | La Corte estimó que, de acuerdo a las reglas establecidas en el caso Illinois Brick Co. v. Illinois (1977), la relación de consumo entre los propietarios de iPhone y Apple es | <ol style="list-style-type: none"> 1. Razonabilidad 2. Eficacia 3. Proporcionalidad |

| | | |
|---|---|---|
| | directa, pues la compra de aplicaciones se realiza en la App Store, sin intermediarios. En consecuencia, los consumidores de Apple están facultados para demandar y reclamar perjuicios. Los compradores directos de minoristas monopolísticos son Demandantes adecuados. | |
| National Collegiate Athletic Assn. V. Alston, 20-512 (2021). | La Corte afirma que, bajo la regla de la razón, se demostró el poder de mercado de la NCAA y el efecto anticompetitivo de sus restricciones a las compensaciones educativas para estudiantes-atletas. Por otro lado, la NCAA no demostró los efectos pro-competitivos de sus restricciones. | <ol style="list-style-type: none"> 1. Razonabilidad 2. Eficiencia |

Se concluye que, en los dos casos en que la Corte debió decidir si las conductas eran contrarias a la libre competencia, su conclusión se basó en aplicación de los principios de proporcionalidad y eficiencia bajo la regla de la razón, analizando el mercado relevante, los efectos anticompetitivos de la conducta, y los posibles efectos pro-competitivos que la hicieran razonable, es decir, permitida.

El criterio de razonabilidad es aplicado también en el caso *Apple v. Pepper* (2019) para estimar la legitimación por activa atendiendo a la realidad del mercado y las relaciones verticales entre el demandante y el presunto infractor. Adicionalmente respecto a este caso es posible concluir que la prosperidad de las acciones por daños causados con conductas anticompetitivas dependerá de tres aspectos: 1. La correspondencia de la conducta a actos o acuerdos horizontales o verticales, pues de ser verticales la conducta se someterá al análisis de la *regla de la razón*; 2. La relación con el agente infractor atendiendo a la escala de valor en que se encuentre, pues de presentarse una relación indirecta entre el afectado y el infractor, el afectado no estará legitimado a demandar; y 3. La posibilidad de probar el daño.

Ahora bien, al considerar la inmunidad de acción estatal, la Corte reconoció la prevalencia de los principios de interés público y soberanía estatal, pero sin que ello afecte la no autorregulación y la independencia en la aplicación de la ley de competencia por parte de las agencias estatales.

En general, los casos analizados permiten considerar que existe cierto grado de flexibilidad en la aplicación de las leyes antimonopolio. Esto debido a que el cumplimiento de varios requisitos o criterios de aplicación dependerán del caso concreto. Ello sucede con: 1. El requisito de “supervisión Estatal activa” para aplicar la inmunidad de acción estatal; 2. La determinación de la conducta como “indebida” bajo la *regla de la razón*, que dependerá de sus efectos, el mercado relevante, y la escala de valor en que se realice; y 3. La estimación sobre los efectos pro-competitivos que justificarían una conducta y sus posibles alternativas “menos restrictivas”, que dependerá del análisis y conclusiones del Juez.

III. Evolución y Estado Actual de la regulación frente a la Competencia Económica en Colombia.

Luego de presentar una definición general de la competencia económica y su desarrollo inicial en Estados Unidos, Europa, y en América Latina; y de exponer las tendencias regulatorias en la Unión Europea y Estados Unidos en los últimos años frente a competencia económica; a continuación, se abordará la evolución y estado actual de la regulación sobre libre competencia en Colombia. Para ello, en primer lugar, se tratarán algunos aspectos históricos sobre la regulación de la competencia económica, posteriormente, se presentará el régimen actual frente a prácticas restrictivas de la competencia aplicable en el país, y como último apartado de este capítulo, se expondrán los proyectos de ley que han sido presentados al Congreso a partir del año 2015 con la intención de reformar las normas sobre competencia económica.

3.1. La Competencia Económica en Colombia: aspectos históricos.

Para abordar el desarrollo histórico de la competencia económica en Colombia, se presentarán 3 apartados en este capítulo. En primer lugar, se realizará un breve recuento histórico sobre las normas relacionadas con la libre competencia sancionadas en Colombia. Posteriormente, haciendo una relación entre la regulación y la realidad, se abordarán algunos de los mayores cárteles que han surgido en el país, siendo esta una de las prácticas más restrictivas de la competencia que se ha presentado en el territorio. Por último, como un aspecto histórico relevante, se presentará brevemente el ingreso de Colombia a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante OCDE) y los informes que la Organización presentó sobre las deficiencias en la regulación frente a la libre competencia en Colombia.

3.1.1. Historia sobre las normas que regularon la Competencia Económica en Colombia.

Existen en nuestro ordenamiento varias normas que han regulado el tema de la competencia económica, siendo la primera de ellas la Ley 155 de 1959, punto de origen del régimen de competencia colombiano. En efecto, la precitada norma existió incluso antes de que se estableciera la libre competencia económica como derecho constitucional. A pesar de ello, para Palacios & Gutiérrez (2015) la primera norma sobre libre competencia en Colombia fue la Ley 27 de 1888, debido a que en su artículo 6 prohibía la fundación de sociedades anónimas contrarias al orden público, las buenas costumbres, o que tendieran al monopolio.

Ahora bien, según la OCDE (2009), la Ley 155 de 1959 es una de las más antiguas de Latinoamérica sobre competencia. Esta Ley se expidió bajo la Constitución Política de 1886, con fundamento en el Acto Legislativo 01 de 1936, por el cual se concedió la facultad al Estado para intervenir en la economía, permitiéndole regular la explotación de industrias o empresas públicas y privadas con la promulgación de leyes. Esta reforma constitucional fue impulsada por el entonces presidente Alfonso López Pumarejo, y se convirtió en la piedra angular de las siguientes reformas económicas en el país (Palacios & Gutiérrez, 2015).

Por medio de la Ley 155 de 1959 se prohibieron de forma general los acuerdos y convenios que restringieran la libre competencia, y se otorgó facultades para imponer sanciones en caso de prácticas restrictivas a la competencia al Ministerio de Fomento, institución creada por el Decreto 464 de 1951, pero posteriormente esta función pasó a la Superintendencia de Regulación Económica por medio del Decreto 3307 de 1963. El Decreto 3307 además reformó el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y consagró la obligación a importadores y comerciantes de fijar

el precio de venta al consumidor de sus productos, y la obligación de elaborar el catálogo de sus precios.

Años después en 1964, el Decreto 1302 definió los mercados que hacían parte de los “sectores básicos de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general y el bienestar social”, mercados en los cuales la Ley 155 de 1959 había permitido solicitar autorización al Estado para llevar a cabo convenios anticompetitivos. Se establecieron dentro de tales mercados a los servicios que suplen necesidades básicas (como alimentación y vivienda) y los servicios bancarios, educativos, de transporte, energía eléctrica, acueducto, telecomunicaciones y seguros. Muchos años después, con la Ley 1340 de 2009 se adicionaría como uno más de estos sectores básicos al sector agropecuario.

En el año 1974 la Superintendencia de Regulación económica pasó a ser la Superintendencia Nacional de Precios; pero con el tiempo esta también desapareció, creándose la Superintendencia de Industria y Comercio por medio del Decreto 2974 de 1968.

Algunos años después se promulgó el Decreto 3466 de 1982, que se convirtió en el primer Estatuto del Consumidor en Colombia. Este Decreto reguló, entre otros aspectos, la obligación de fijar los precios máximos al público, y el registro de la calidad e idoneidad de los productos ante la SIC de acuerdo a normas técnicas. Así mismo consagró los procedimientos para imponer sanciones administrativas a los agentes del mercado por incumplir la fijación pública de precios o las normas técnicas registradas de calidad e idoneidad.

Dos años después se expidió el Decreto 2876 de 1984, en que se describen las contravenciones a las normas sobre control y vigilancia de precios: el acaparamiento, las diferentes formas de especulación, y otras contravenciones como las ventas atadas, y la venta de

bienes sometidos a control de precios sin la previa fijación de los mismos por la autoridad competente, siendo esta última una conducta que antes no se establecía claramente como contravención (Saeta, 1988).

Posteriormente se promulgó el Decreto 2153 de 1992, por el cual se reestructuró la SIC, pero, además, en su Capítulo V se consagraron varias disposiciones sobre libre competencia, en desarrollo de la Ley 155 de 1959. De esta manera el Decreto expone una lista enunciativa de acuerdos y actos considerados contrarios a la libre competencia, y en su artículo 50, igualmente de forma enunciativa, establece conductas que se constituyen en un abuso de posición dominante.

Es de resaltar que hasta 1992, no existía una descripción de actos o acuerdos contrarios a la libre competencia, y tampoco se había prohibido expresamente el abuso de posición dominante en el mercado. Si bien la Ley 155 de 1959 prohibió de forma general los actos, acuerdos, procedimientos o sistemas dirigidos a limitar la libre competencia o fijar precios inequitativos, sólo 30 años después se realizó una descripción de conductas prohibidas.

Debido a que el Decreto 2153 de 1992 tuvo como finalidad reestructurar la SIC, se desconocen las discusiones que dieron origen a sus disposiciones sobre actos anticompetitivos (Ortiz & Solano, 2022). En este sentido, podría decirse que la norma terminó reflejando la interpretación que la SIC y la jurisprudencia daban a la Ley 155 de 1959 en virtud de los cambios económicos y comerciales del país, lo cual explicaría la alusión intempestiva a conductas de abuso de posición dominante, que, si bien no se mencionaban en nuestra legislación, se abordaban ampliamente en el régimen europeo y estadounidense.

La siguiente Ley promulgada sobre competencia económica fue la Ley 256 de 1996. Con ella, se buscó proteger la libre y leal competencia, sin perjuicio de lo ya protegido en otras normas. Esta Ley fue promulgada en el marco de la nueva Constitución Política de 1991, que elevó a rango constitucional la libertad de empresa y la libre competencia en su artículo 333, el cual igualmente refleja las recomendaciones establecidas en el Consenso de Washington sobre libre competencia para los países en desarrollo.

A la luz de la nueva disposición Constitucional, la Ley 256 de 1996 consagró los actos de competencia desleal que están prohibidos para cualquier interviniente en el mercado (no solo para comerciantes). Además, según su artículo 3 inciso 2, la aplicación de esta Ley no se limita a relaciones de competencia entre sujeto activo y pasivo de dichos actos.

Las conductas de competencia desleal descritas en esta Ley se consagraron de forma enunciativa. Este aspecto fue positivo, pues de esta forma la vigencia de la Ley no se limitó a las conductas que hasta ese momento fueron conocidas por el legislador. En este orden de ideas, se entiende que toda conducta que se enmarque en los preceptos establecidos en el artículo 7, y que sea realizada con fines concurrenciales²⁵ (según su artículo 2), será de competencia desleal.

La última Ley que reformó de forma integral el régimen de competencia económica en Colombia fue la Ley 1340 de 2009, en cuyo artículo 6 se establece como autoridad exclusiva en materia de competencia en todos los sectores de la economía, a la Superintendencia de Industria y Comercio. Esta reforma invirtió la regla de competencia establecida en el Decreto 2153 de 1992, donde se consagraban atribuciones de la SIC forma general pero residual, para convertir

²⁵ La norma no define los actos concurrenciales, pero establece que la finalidad concurrencial del acto se presume cuando este “se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero” (Ley 156 de 1996, artículo 2)

sus atribuciones en generales pero privativas, lo que tuvo como efecto la unificación y especialización de los métodos de investigación de prácticas restrictivas de la competencia (Archila, 2010).

Esta norma además aumentó los montos de sanciones por infracciones a la norma de competencia, estableció el régimen para la autorización de integraciones empresariales y el control previo de la SIC a operaciones que pudiesen generar efectos adversos a la competencia, la excepción de eficiencia económica, y la delación de la competencia, es decir, los beneficios por colaboración.

3.1.2. Cultura de la Cartelización en Colombia.

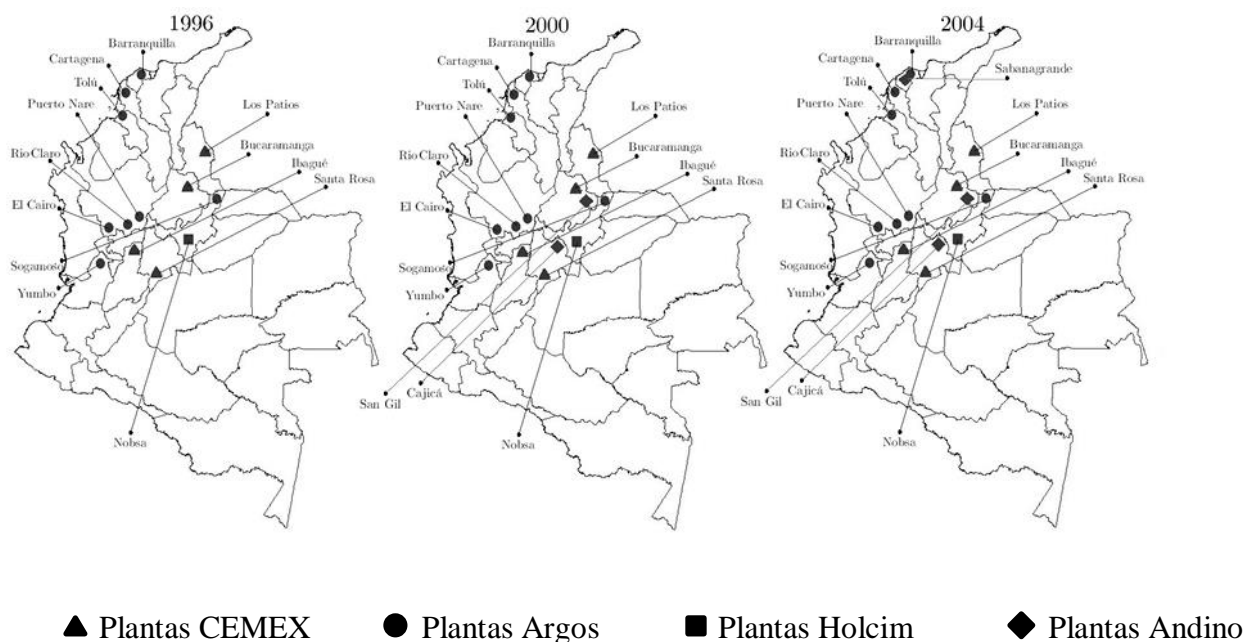
Los cárteles se han considerado históricamente el tipo más dañino de comportamiento anticompetitivo, debido a que causan la disminución de la calidad de los productos o servicios, la reducción de la oferta, el aumento de precios ofrecidos a los consumidores, evitación de restricciones que generan innovación, entre otros efectos adversos (Vidican & Hepes, 2022). Precisamente, la génesis del derecho de competencia en Estados Unidos fue la lucha contra los primeros monopolios y carteles, como se expuso en acápite anteriores.

En el caso de Colombia, históricamente se han evidenciado varios carteles en el mercado, encontrándose dentro de los más famosos, el cartel del cemento, el cartel del azúcar, el cartel de los pañales, y el cartel de los cuadernos. Si bien han existido otros carteles en el país, se tomarán los cuatro carteles mencionados como muestra para proporcionar una comprensión general de la cultura de la cartelización en Colombia. En consecuencia, se presentarán en cada caso las

conductas realizadas, las normas aplicadas y las sanciones impuestas, para evidenciar la forma en que se han aplicado las leyes de libre competencia en Colombia al respecto.

Cartel Del Cemento. En Colombia el mercado de cemento inició en 1905, creciendo durante los siguientes 30 años en industria y competencia. Este mercado se caracteriza por ser un oligopolio, es decir, existe cantidad limitada de competidores, pues el poder del mercado se concentra en 3 empresas: Grupos Argos, Cementos Mexicanos S.A C.V (CEMEX) y Holcim. Por lo anterior, a partir de 1996 las cementeras se segmentaron espacialmente para ocupar diferente mercado competitivo territorial, como se muestra en la imagen:

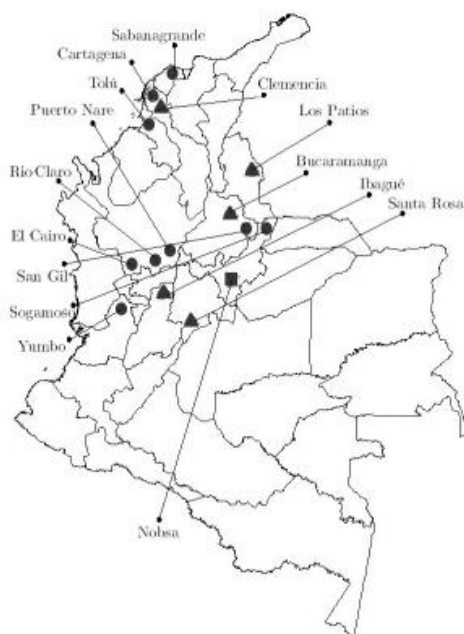
Figura 1. Mapa de Colombia con ubicación de las plantas de cemento de Argos, CEMEX y Holcim en los años 1996, 2000 y 2004.



Fuente: Medina, J. (2017). *Distribución especial de las plantas de las empresas: Argos, CEMEX, Holcim, 1996* [Imagen]. Artículo “Sobre el cartel en la industria del cemento en Colombia, precios y segregación espacial”. <http://hdl.handle.net/10584/10869>

Ahora bien, esta distribución territorial entre las competidoras más fuertes es evidente aún para el año 2017:

Figura 2. *Mapa de Colombia con ubicación de las plantas de cemento de Argos, CEMEX y Holcim en el año 2017.*



▲ Plantas CEMEX ● Plantas Argos ■ Plantas Holcim ◆ Plantas Andino

Fuente: Medina, J. (2017). *Distribución especial de las plantas - 2017* [Imagen]. Artículo “Sobre el cartel en la industria del cemento en Colombia, precios y segregación espacial”. <http://hdl.handle.net/10584/10869>

Atendiendo a esta distribución histórica de las mencionadas cementeras, en el año 2013 la SIC presentó pliego de cargos contra las competidoras, por realizar acuerdos frente a la fijación de precios, y especialmente por acordar la distribución del mercado territorial. Adicionalmente, de acuerdo a los resultados de la investigación realizada por la SIC que se presentaron en el año

2017, las competidoras habrían fijado precios entre 2010-2013 superando un 30% el valor real del producto, y habrían acordado distribuciones sectoriales para comerciar en exclusividad (Medina, 2017). Dicha conducta cartelizada fue sancionada por la SIC, imponiendo multas que alcanzaron un total de \$ 202.805.042,753 (SIC, 2017).

En este punto, lo discutible sería la efectividad de la regulación de las prácticas anticompetitivas para estos casos, atendiendo a que las conductas que se evidenciaron por la SIC, se desarrollaron a partir del año 1996, con la repartición espacial del mercado entre las empresas, y la apertura de la investigación se llevó a cabo en el año 2013, es decir, las mismas no fueron identificadas por un periodo de 17 años aproximadamente.

Cartel del azúcar. Este cartel tuvo una naturaleza distinta. Si bien existía mayor cantidad de competidores en el mercado, el mismo se basó en la obstrucción de las importaciones de azúcar a Colombia, y se presentó entre los años 2008 a 2011. La situación fue puesta en conocimiento de la SIC en el año 2010 por las industrias que más demandaban este producto, como Coca-Cola Casa Luker, Femsa, Bavaria, Nestlé, Aje Colombia, Bimbo, entre otras. Estas compañías interpusieron una denuncia ante la SIC debido a que entre los años 2008-2010 el precio del azúcar había aumentado un 51.4%, siendo mucho más evidente el aumento desproporcionado del precio en los primeros 5 meses del año 2010, en que aumentó en un 16% (Rodríguez, 2019).

En este caso, la apertura del proceso por la SIC se realizó en el año 2012²⁶, por medio de la Resolución No. 5347 del 13 de febrero de ese año, contra 12 ingenios azucareros del país. El

²⁶ Es de resaltar que las quejas de los empresarios, consumidores y competidores en el mercado del azúcar se presentaron ante la SIC a partir del año 2010, sin embargo, el proceso fue iniciado hasta el año 2012, es decir, 2 años después, evidenciando una demora excesiva e injustificada a una conducta cartelizada que para ese momento era ampliamente evidente.

proceso terminó 3 años después, con la Resolución No. 103652 del 30 de diciembre de 2015, en que se decidió condenar a los 12 ingenios azucareros y 12 directivos (personas naturales). La condena se presentó al encontrar que las investigadas habían actuado en bloque y eliminado la competencia por parte de productores extranjeros, restringiendo las importaciones del producto e incluso adquiriendo los excedentes de azúcar de otros países como Bolivia, para evitar que llegaran al mercado colombiano. (SIC, 2015).

Si bien en este caso el proceso duró únicamente 3 años y las conductas anticompetitivas se mantuvieron por cerca de 4 años, los efectos de mercado fueron evidentes, atendiendo a la relevancia del mercado del azúcar para la economía del país, por lo que la SIC impuso sanciones por un total de \$260.091.233.150,00 (SIC, 2015).

Cartel de los pañales. Ocurrió durante los años 2001 a 2012, periodo durante el cual las empresas TECNOQUÍMICAS, FAMILIA y KIMBERLY, incurrieron en la fijación artificial de precios de los pañales desechables para bebés. Esta conducta afectó principalmente a los hogares colombianos de estratos 0, 1 y 2, e igualmente afectaron la economía social de mercado, por lo que a través de la Resolución No. 86817 de 2016 la SIC impuso una sanción total a las 3 empresas y 16 de sus funcionarios, por la suma de \$208.805.583.480.00.²⁷ (SIC, 2016). Es de resaltar que la investigación rindió frutos por la delación de dos de las implicadas.

Ahora bien, según se pudo comprobar en el proceso, la empresa DRYPERS participó en dicho cartel hasta el año 2006, es decir, por un periodo de 5 años, pero atendiendo a la caducidad de la facultad sancionadora del Estado, se archivó el proceso frente a esta. Lo anterior, pone en

²⁷ Es de anotar que en virtud de lo establecido en el Título V de la ley 1340 de 2009, el monto de las sanciones impuestas por la SIC responde únicamente a los perjuicios patrimoniales que se encuentren probados en el proceso, sin tener en cuenta la cantidad de quejas que pudiesen presentarse por terceros en el caso concreto.

duda la efectividad de acción por parte de la SIC en la aplicación de la normatividad sobre conductas anticompetitivas, en primer lugar, teniendo en cuenta que no se ejerció de forma oportuna el deber de inspección, vigilancia y control del Estado, lo que llevó a que caducara la facultad sancionadora frente a uno de los infractores²⁸, y, en segundo lugar, atendiendo a la permanencia en el tiempo de la conducta de los otros infractores, lo que comprueba falta de acción oportuna en la identificación de grandes conductas restrictivas de la competencia.

Cartel de los cuadernos. Existió entre los años 2001 y 2014, es decir durante 13 años, afectando a los tres segmentos del producto: económico, intermedio y Premium. El pliego de cargos se formuló por medio de la Resolución No. 7897 del 27 de febrero de 2015, imponiendo sanciones 3 años después, por medio de la Resolución 54403 del 18 de agosto de 2016.

En este caso, de nuevo, se presentó delación por parte de dos de las implicadas, KIMBERLY²⁹ y SCRIBE, por lo que se condenó únicamente a CARVAJAL, por alrededor de \$14.823.000.000.oo (18.000 SMLMV). Las conductas cometidas incluían la realización de reuniones anuales para establecer los acuerdos sobre el producto, donde se fijaban precios sin atender a las estructuras de costos en los procesos de fijación, lo cual afectó al 72% de los hogares de los estratos 0, 1 y 2.

Conclusiones. Teniendo en cuenta los casos expuestos, a continuación se exponen sumariamente las características de dichos cárteles:

²⁸ Es de resaltar que el término de caducidad de la facultad sancionatoria es de 5 años, contados desde la última conducta infractora, en virtud de lo señalado en la ley 1340 de 2009. En consecuencia, es evidente la demora en la identificación de la conducta por parte de la SIC.

²⁹ Téngase en cuenta que KIMBERLY participó en dos de los cuatro carteles analizados, el primero entre los años 2011 a 2012, y el segundo, entre los años 2001 a 2014, sin que su conducta fuese objeto de inspección, vigilancia y control por parte del Estado.

Tabla 3. *Caracterización Carteles Del Cemento, Azúcar, Pañales y Cuadernos.*

| Característica | Cartel del Cemento | Cartel del azúcar | Cartel de los pañales | Cartel de los cuadernos |
|--|---|---|--|--|
| Conducta endilgada | Numeral 1, artículo 47 del Decreto 2153 de 1992: fijación directa o indirecta de precios. | Artículo 1 Ley 155 de 1959, y numeral 10 artículo 47 del Decreto 2153 de 1992: impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización. | Numeral 1, artículo 47 del Decreto 2153 de 1992: fijación directa o indirecta de precios | Numeral 1, artículo 47 del Decreto 2153 de 1992: fijación directa o indirecta de precios |
| Vigencia del cartel | 3 años | 4 años | 11 años | 13 años |
| Empresas cartelizadas | Grupos Argos, Cementos Mexicanos S.A C.V (CEMEX) y Holcim. | ASOCAÑA, CIAMSA, DICSA y 12 ingenios azucareros. | Tecnoquímicas, Familia Y Kimberly. | Kimberly, Scribe, Carvajal. |
| Participación total en el mercado de los cartelizados | Representaban el 96% del mercado. | Los 12 ingenios azucareros representaron el 100% del mercado. | Participaciones superiores al 85% del mercado. | Carvajal y Scribe alcanzaron participación de entre 59.4% y 90% del mercado en sus diferentes segmentos. |

| | | | | |
|--|---|---|--|---|
| Estimación teórica del daño potencial de la conducta³⁰ | Los sobrecostos causados por el cartel equivaldrían al costo de construcción de entre 13.443 a 34.125 viviendas de interés prioritario. | No se estima daño potencial debido al tipo de conducta. | Los sobrecostos causados equivaldrían a la adquisición por parte de los colombianos de entre 13.600 a 34.700 casas bajo el Programa de vivienda gratis del Gobierno. | Los sobrecostos causados equivaldrían a la adquisición por parte de los colombianos de entre 4.800 a 12.200 casas bajo el Programa de vivienda gratis del Gobierno. |
| Motivo de inicio del proceso | Denuncia presentada por pequeños constructores y otros agentes del mercado. | Denuncia presentada ante la SIC por industrias que se abastecían de azúcar. | Averiguación preliminar adelantada de oficio por la SIC. | Averiguación preliminar adelantada de oficio por la SIC. |
| Beneficios por colaboración | No beneficios por colaboración | No beneficios por colaboración | KIMBERLY obtuvo exoneración del 100% de multa; FAMILIA obtuvo exoneración del 50% de multa. | KIMBERLY y SCRIBE obtuvieron exoneración del 100% de multa |
| Beneficios del proceso para el consumidor: indemnización | No se han consolidado beneficios para el consumidor. | No se han consolidado beneficios para el consumidor | No se han consolidado beneficios para el consumidor | No se han consolidado beneficios para el consumidor |

³⁰ La estimación teórica del daño potencial se realizó por la SIC tomando como base, de acuerdo a un análisis económico de tipo teórico, estudios que a nivel Internacional han estimado el porcentaje de aumento de costo medio del producto en caso de carteles. Estos estudios evidencian un aumento de costo medio que puede oscilar entre el 10% y alcanzar incluso el 100%. De acuerdo a los estudios presentados, la SIC toma como referencia lo que denomina “dos escenarios relativamente conservadores”, estimando un aumento de costo medio entre el 10% y el 30% en todos los casos.

Las circunstancias expuestas permiten realizar varias críticas sobre la aplicación de las normas de competencia en estos casos. En primer lugar, las conductas cartelizadas han tenido una duración de entre 3 a 13 años, siendo el cartel de los pañales y el cartel de los cuadernos ejemplos críticos sobre la demora de la SIC para evidenciar la ocurrencia de las conductas anticompetitivas sancionadas. En segundo lugar, y en concordancia con lo anterior, la magnitud de los carteles ha sido tal que los agentes del mercado involucrados han tenido o alcanzado por medio del cartel entre un 85% y un 100% de participación en el mercado relevante.

En tercer lugar, se evidencia que en Colombia no hay una eficiente aplicación privada del derecho de competencia, es decir, no han existido indemnizaciones a los consumidores como consecuencia de las conductas contrarias a la competencia en estos casos, a pesar de que existan diferentes vías para solicitar indemnizaciones como consecuencia de estas conductas, como lo son: la acción de grupo, la acción de protección al consumidor y la acción de responsabilidad civil (Rodríguez A., 2019).

Las acciones por parte de consumidores para obtener indemnizaciones por casos de cartelización no han tenido mayor desarrollo, esto debido a que, por un lado, las mismas no han sido eficaces, siendo este el caso de las acciones de grupo presentadas por “Defendemos” frente al cartel del azúcar y cartel de los pañales (Lara, 2018); y por otro lado, estas acciones presentan retos para el consumidor principalmente reflejados en las cargas probatorias y pecuniarias que conllevaría un proceso de esta envergadura, problemática que en ordenamientos como el

europeo³¹ y el estadounidense³², no se presentan, debido a que en dichos sistemas de protección a la competencia ya se han estudiado y aplicado eficazmente mecanismos para la indemnización de perjuicios.

Por lo expuesto queda claro que la aplicación del derecho de competencia se ha concentrado en manos de la SIC, por ello Garavito (2019) establece la posibilidad de conceder a la SIC las facultades para condenar a estos infractores a indemnizar los perjuicios causados a los consumidores. Sin embargo, en este punto lo pertinente no sería extender las facultades de la SIC, sino, por un lado, regular específicamente las acciones por daños que puedan ejercer los consumidores para aumentar su eficacia, y por otro lado, regular los efectos probatorios que la decisión Administrativa pueda tener en las acciones por daños, punto que se abordará en el último Capítulo de este escrito.

En cuarto y último lugar, es posible con base en los casos presentados realizar una crítica a los incentivos para la delación de prácticas anticompetitivas existentes en nuestro ordenamiento. La finalidad de estos beneficios, establecidos inicialmente el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009, ha sido desincentivar la realización de acuerdos anticompetitivos y permitir a la SIC sancionar dichas conductas. Sin embargo, como se pudo evidenciar en el caso del cartel de los pañales y el cartel de los cuadernos, los agentes infractores se acogieron al programa luego de que se iniciara la indagación preliminar por parte de la SIC.

³¹ Véase Echeverry, W. (2023). *La indemnización de perjuicios derivada de los ilícitos antitrust: eficacia de las acciones y mecanismos de cuantificación de los daños*. (Tesis de Maestría). Universidad Externado de Colombia. <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/5837ce9c-c34b-4b7f-916b-6b89bf779c1f>

³² Véase Lara, M. A. (2018). *La inaplicabilidad de la acción de grupo como mecanismo indemnizatorio en los casos de cartelización empresarial en Colombia*. (Trabajo de Grado). Universidad de los Andes Colombia. <https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/9495df74-b24c-45bf-9cc5-207816c5b8ed/content>

En consecuencia podría decirse que los beneficios por colaboración no desincentivaron la creación o permanencia del cartel, por el contrario, los delatores se acogieron a los beneficios de la Ley únicamente luego de que iniciara la indagación, es decir, luego de saber que la conducta sería investigada, con la intención de evadir las sanciones administrativas y muy posiblemente con la intención de perjudicar a los demás miembros del cartel, usando la delación para deshacerse de su competencia o por lo menos disminuir su poder.

El problema entonces está en las facultades que ostenta la SIC para encontrar las pruebas suficientes en sus procesos por conductas anticompetitivas. Ello debido a que, precisamente, en Colombia la relevancia de la colaboración se ha evidenciado principalmente respecto a las pruebas que los delatores entregan a la SIC y que permiten sancionar a los demás agentes cartelizados.

Los beneficios por colaboración han sido recientemente reformados por medio de la Ley 2195 de 2022 y por el Decreto 253 del mismo año. Este último aparentemente busca solucionar el problema previamente descrito frente a la delación, razón por la cual reconoce una exoneración de hasta el 100% de la sanción cuando la delación se lleve a cabo sin que exista aún resolución de apertura de la investigación, luego de la cual el beneficio disminuye, siendo de 30% para el primer delator, 20% para el segundo delator y 15% para el tercer delator, sin que puedan acogerse más de tres agentes del mercado al programa.

Algunos autores como Miranda Londoño et al. (2022) consideran que dichas restricciones al programa de delación desincentivan a los agentes del mercado para acogerse a estos beneficios, y genera efectos adversos al impedir la colaboración de más de 3 agentes incluso en investigaciones grandes donde sería difícil el recaudo de pruebas. Sin embargo, debe tenerse en

cuenta que la coacción frente a conductas anticompetitivas en Colombia deriva fundamentalmente de las sanciones administrativas de la SIC, puesto que la aplicación privada del derecho de competencia (es decir, el ejercicio de acciones por daños por parte de los consumidores) ha sido completamente ineficaz.

Por ello, los problemas que enfrenta la SIC en el recaudo de pruebas suficientes para sancionar las conductas investigadas no se solucionarían aumentando los beneficios por delación, sino mejorando las facultades de investigación de la SIC, aspecto que se desarrollará en el capítulo IV del presente documento.

3.1.3. La OCDE y el ingreso de Colombia como país miembro de la organización.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) nació en el año 1960, con la firma del Convenio en Château de la Muette, París, el 14 de diciembre de ese año. Esta organización fue precedida por la Organización para la Cooperación Económica Europea (OEEC) que fue creada en el año 1948 como respuesta a las dificultades económicas de los países al finalizar la Segunda Guerra Mundial. En este sentido, la constitución de la OEEC permitió dar aplicación al Plan Marshall entre los 18 países miembros, logrando el restablecimiento de la economía europea en tiempo record. (OCDE, s.f.).

A partir de ese momento, la cultura de colaboración entre los países se mantuvo, constituyéndose la OCDE como la institución destinada a promover políticas que favorezcan la igualdad y la prosperidad, trascendiendo los límites del continente europeo. Lo anterior, por medio de la recopilación de datos y análisis entre los diferentes países para configurar estándares internacionales y proponer soluciones atendiendo a la información empírica que la organización

ha podido obtener. De acuerdo a ello, la OCDE brinda su asesoramiento en la formulación de políticas públicas en temas como el desarrollo económico, generación de empleo, fomento de la educación, y la lucha contra la evasión internacional de impuestos (OCDE, s.f.).

Actualmente la organización cuenta con 38 miembros, dentro de los cuales el primer miembro latinoamericano fue México, que se unió a la organización el 18 de mayo de 1994, como el país número 25. (UNAM, 2022). Colombia por otro lado, inició su proceso de integración a la OCDE en el año 2013, y en el año 2020 fue invitada a formar parte de la organización, convirtiéndose en el país número 37 en integrarse a ella (Ministerio de Relaciones Exteriores s.f.).

En el marco de dicho proceso de integración, la OCDE presentó al país, por medio de un documento reservado, una serie de recomendaciones de reforma en temas económicos y de competencia. A partir de este documento, en el año 2015 la entonces ministra de Comercio, Industria y Turismo presentó un proyecto de reforma frente a las normas de competencia, el cual fue retirado posteriormente por ella misma. Ahora bien, a través del proceso de integración de Colombia a la OCDE, la entidad ha realizado estudios económicos publicados en su base de datos, que permiten evidenciar los puntos que la entidad considera débiles en el país frente a temas económicos, fiscales, y especialmente de libre competencia, a través de los años.

En primer lugar, en el Estudio económico publicado en enero de 2013, la OCDE realiza a Colombia, entre otras recomendaciones, las siguientes:

Examinar los obstáculos a la competencia en algunos mercados de productos, incluidas las telecomunicaciones, la producción de alimentos y el sector financiero.

Conceder mayor independencia a la autoridad encargada de la competencia y dotarla de más personal cualificado para aumentar su eficacia. (...) (OCDE, 2013)

Se recomienda, además, exonerar a los delatores no sólo de las sanciones antimonopolio, sino además de la responsabilidad en una demanda civil, para fomentar la delación. En adición, frente a la estructura de la SIC se solicita que la autoridad encargada de la competencia sea políticamente independiente, pues en la SIC el Superintendente Delegado es designado por el Presidente.

En este punto se tiene que aclarar que, si bien de acuerdo al artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 los Superintendentes Delegados eran designados por el Presidente, actualmente, de acuerdo al Decreto 4886 de 2011 con sus respectivas modificaciones, estos nombramientos se llevan a cabo por el Superintendente de la SIC, el cual, a su vez, es nombrado por el Presidente. Sin embargo, el Superintendente de Industria y Comercio posee un consejo asesor para asuntos relacionados con la protección de la competencia, conformado por 5 expertos que de hecho también son de libre nombramiento por el Presidente (Decreto 4886 de 2011, artículo 5).

Como se deduce, las recomendaciones se dirigen a garantizar la libertad de empresa y el ingreso a los mercados competitivos (eliminación de barreras a la entrada), garantizar la independencia de la autoridad encargada de los procesos por violación a la libre competencia, aumentar su personal, y por último aumentar los beneficios por delación. Esta última recomendación, como se expuso en el título 3.1.2. del presente capítulo, no es conveniente a nuestro ordenamiento, y además, desconoce que, en la práctica son pocas las acciones de responsabilidad civil presentadas por conductas anticompetitivas en Colombia.

En segundo lugar, en el estudio económico sobre Colombia presentado en el año 2015, la OCDE manifiesta las siguientes recomendaciones: 1. La introducción de mayor competencia en el sistema bancario, para evitar la concentración excesiva; 2. La disminución de las barreras al comercio, para evitar la concentración en los mercados, incluyendo el de las telecomunicaciones, los alimentos y el comercio minorista.; 3. Independencia de la SIC y reducción de la rotación de sus empleados; 4. Aumentar la comprensión del público de la competencia sobre su papel en la promoción de la economía; 5. Tomar medidas para que el sector agrícola aplique las políticas de competencia. (OCDE, 2015).

Como se puede evidenciar, varias de las recomendaciones han sido reiteradas por la organización: fomentar la independencia de la SIC, fortalecer su planta de personal y disminuir las barreras para el ingreso de nuevos competidores en ciertos mercados. Es de resaltar que en el estudio del año 2015 se agrega la necesidad de aumentar competencia en el sector bancario y fomentar el respeto por las leyes sobre competencia en el sector agrícola.

Ahora bien, en el más reciente estudio económico sobre Colombia presentado por la OCDE en febrero de 2022, se consagran las siguientes recomendaciones:

1. Mejorar los incentivos para las empresas y su formalización, debido a que la regulación obstaculiza la competencia, al ser barrera para nuevos competidores;

2. Reducir la concentración de los mercados, debido a que según varios estudios las presiones competitivas entre los agentes de los mercados en Colombia son cada vez menores;

3. Ajustar la regulación doméstica sobre competencia para mejorar su entendimiento, debido a la ausencia de un registro sobre la regulación secundaria al respecto;

4. Otorgar facultades sancionadoras más fuertes a la SIC que se acoplen a los estándares internacionales.

De nuevo, se reitera la recomendación indicada en el año 2013 sobre el aumento de las facultades sancionadoras de la SIC, y el fomento de la competencia en ciertos sectores económicos para evitar la concentración. De lo expuesto se deduce que Colombia aun presenta inconvenientes para llegar a los estándares frente a la regulación de la competencia que establece la OCDE.

A pesar de las reiteradas recomendaciones presentadas por la OCDE, desde la Ley 2340 de 2009 no han existido reformas sustanciales al régimen de competencia frente a prácticas restrictivas. Solamente han existido reformas a los beneficios por delación, siendo las más recientes, la Ley 2195 de 2022, y el Decreto 253 del mismo año. Sin embargo, el proyecto presentado originalmente para sancionar la Ley 2195 no mencionaba en absoluto la libre competencia, pues esta norma se dirige a establecer disposiciones sobre transparencia y lucha contra la corrupción. Es así que sus disposiciones sobre delación se establecieron en la ponencia para cuarto debate, aparentemente teniendo en cuenta “recomendaciones internacionales” (Miranda & Morales, 2022).

3.2. Estructura del Régimen de Competencia Económica en Colombia.

Luego de presentar los aspectos históricos relevantes frente al régimen de Competencia en Colombia, es necesario abordar ahora la estructura del régimen de Competencia, con énfasis en las prácticas restrictivas de la competencia, y las competencias de la SIC al respecto.

En el país existe un régimen general de libre competencia económica, aplicable a todos los sectores del mercado, y además existen ciertas normas que regulan sectores especiales de la economía, como lo son el sector financiero y asegurador, el sector portuario, el sector de servicios de salud, y el sector de servicios públicos domiciliarios. Para entender la estructura de la legislación colombiana sobre libre competencia, a continuación, se explicará el régimen general de competencia económica, y seguidamente se describirán brevemente los regímenes denominados especiales.

3.2.1. Régimen Competencia Económica en Colombia.

Como se mencionó en precedencia, no fue hasta la constitución de 1991 que se consagró en el artículo 333 de la Constitución el derecho a la libre competencia, artículo del cual deriva además el derecho a la libertad de empresa, y en general, la libertad económica. En Colombia, el régimen de competencia económica se compone, por un lado, por el régimen de protección a la libre competencia, y por otro, por el régimen de competencia desleal.

En primer lugar, el régimen de protección a la libre competencia se encuentra consagrado principalmente en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, y la Ley 1340 de 2009. Este régimen está integrado por disposiciones generales que propenden por la libre competencia, y

además por disposiciones específicas que consagran actos considerados anticompetitivos, como aquellos consagrados en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992.

En segundo lugar, el régimen de competencia desleal se consagra en la Ley 256 de 1996, dándose competencia jurisdiccional a la SIC para conocer dichos asuntos por medio de la Ley 446 de 1998.

3.2.1.1. Protección a la libre competencia. Las conductas prohibidas por el régimen de libre competencia económica se dividen en cuatro: 1. Acuerdos anticompetitivos; 2. Abuso de la posición dominante; 3. Integraciones económicas contrarias a la libre competencia; y 4. Actos unilaterales contrarios a la libre competencia.

En primer lugar, frente a los acuerdos anticompetitivos, los mismos se encuentran prohibidos según se señala de forma general en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y en el artículo 46 del Decreto 2153 de 1994, e igualmente, se prohíben de forma específica en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, pues allí se consagra una lista de acuerdos considerados anticompetitivos, aunque dicho listado es únicamente enunciativo, pues, a la luz de las normas precitadas, siempre se considerará anticompetitivo “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 anticompetitivos pueden serlo por sí mismos (*per se*), a los cuales se les denomina “carteles”, o por sus efectos, ya que se encuentra prohibido cualquier acto que atente contra la libre competencia económica. (SIC, s.f.).

De acuerdo al artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, un acto puede ser anticompetitivo por su objeto o por su efecto: lo será por su objeto, cuando su finalidad sea afectar la libre

competencia, se haya o no ejecutado la finalidad; por otro lado, un acto es anticompetitivo por su efecto cuando, independientemente a la intención de las partes, en su ejecución genera efectos anticompetitivos. (SIC, s.f.).

Si bien se puede considerar que este último punto refleja una especie de objetivación de la responsabilidad, para Salazar (2013) lo que sucede en este caso es que la culpa se configuraría con la infracción de la norma, es decir, cometiendo un acto prohibido, considerando la culpa como el “no obrar como se debiere”, y en consecuencia, la mera infracción de la norma llevaría implícita la demostración de la culpa, por lo que la responsabilidad sigue siendo subjetiva.

En el tema de acuerdos anticompetitivos, si bien en Colombia no existe una *excepción de eficiencia* frente a los actos anticompetitivos como en el régimen de la Unión Europea, sí existe, en primer lugar, una excepción de eficiencia de integraciones empresariales (como se verá más adelante); en segundo lugar, se aplican excepciones especiales que se pueden conceder por el Estado frente a actos anticompetitivos en mercados básicos (establecidos en el Decreto 1302 de 1964 y en la Ley 1340 de 2009); y en tercer lugar, existen tres situaciones excepcionales en que un acuerdo no se considerará anticompetitivo, de acuerdo al artículo 49 del Decreto 2153 de 1992, estas son:

1. Las que tengan por objeto la cooperación en investigaciones y desarrollo de nueva tecnología.
2. Los acuerdos sobre cumplimientos de normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente cuando no limiten la entrada de competidores al mercado.

3. Los que se refieran a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes. (Decreto 2153, 1992, artículo 49).

En segundo lugar, se encuentra prohibido por ser contrario a la libre competencia, el abuso de la posición dominante. La posición de dominio de una empresa consiste en que la misma puede comportarse “de manera independiente respecto de sus competidores, clientes y, en última instancia, consumidores”, es decir, es aquella situación en que la empresa tiene la posibilidad de fijar directa o indirectamente las condiciones de mercado.

La posición dominante en el mercado no se determina únicamente con base en el porcentaje de participación en el mercado que tenga una empresa, sino además con base en el mercado relevante en que participa (mercado geográfico y el mercado de los productos y/o servicios), la elasticidad del precio de la demanda³³, y la elasticidad del precio de la oferta de los competidores³⁴ (SIC, 2012), además también se debe considerar la capacidad financiera de la empresa, entre otras circunstancias.

Ahora bien, tener una posición dominante en el mercado no se encuentra prohibido, lo que se prohíbe es abusar de dicha posición dominante, lo cual sucede cuando se incurre en cualquiera de las conductas descritas en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, encontrándose

³³ La elasticidad del precio de demanda compara el cambio porcentual en la cantidad demandada de un producto, con el cambio porcentual en el precio de dicho producto, es decir, mide la sensibilidad del consumidor a los cambios en el precio del producto. En este sentido, cuando los consumidores cambian su cantidad demandada en un alto porcentaje en comparación con un bajo cambio porcentual del precio, entonces se podrá decir que la demanda es altamente elástica (Krugman & Wells, 2007, p. 111).

³⁴ La elasticidad del precio de la oferta mide la respuesta de los productores a los cambios de precio de un bien, es decir, estima el porcentaje en que el precio de los oferentes aumenta, cuando ha aumentado el precio del producto. en este sentido, cuanto mayor sea el acceso a los factores de producción y mayor tiempo se tenga para responder a un cambio en el precio, mayor tiende a ser la elasticidad del precio de la oferta; la elasticidad en el precio de la oferta es cero, cuando los cambios en el precio de un bien no tienen efectos en la cantidad ofertada (oferta perfectamente inelástica). (Krugman & Wells, 2007, p. 125)

entre ellas la de restringir el acceso a terceros al mercado o a los canales de comercialización (generar barreras a la entrada).

En tercer lugar, se encuentran prohibidas las integraciones empresariales que sean contrarias a la competencia. A este respecto, del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 se desprende el deber de las empresas que cumplan con ciertas condiciones, el informar a la SIC cuando se proyecten llevar a cabo una integración empresarial. Se entiende que una integración empresarial es “toda aquella operación en la que dos empresas independientes y autónomas pasan a ser controladas y/o dirigidas por una misma voluntad” (SIC, s.f.). Esta operación se puede llevar a cabo a través de una fusión, adquisición, la creación de empresas en común, o la toma de control de forma directa o indirecta, total o parcial de una empresa.

Es así que el control previo de la SIC se realiza para evitar que las integraciones generen efectos adversos para el mercado, por ejemplo, causando alta concentración del mercado, o generando la posibilidad de efectos coordinados cuando la operación se lleve a cabo entre empresas dentro del mismo mercado (integración horizontal) para restringir la oferta, aumentar el nivel de precios, etc. (SIC, 2019).

En este orden, de acuerdo a la Ley 1340 de 2009, están obligadas a someterse a control previo de la SIC aquellas empresas que pretendan realizar una integración empresarial, cuando cuenten en conjunto con el 20% o más del mercado relevante, y además cumplan con un supuesto subjetivo y un supuesto objetivo. El supuesto subjetivo consiste en que las empresas involucradas se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor. Por otro lado, el supuesto objetivo consiste en que se cumpla una de dos condiciones: 1. Que las empresas involucradas, de forma conjunta o individual, hubiesen obtenido en el año fiscal anterior a la operación, ingresos operacionales superiores al monto en salarios mínimos

fijado por la SIC, o 2. Que las empresas involucradas, de forma conjunta o individual, a la finalización del año fiscal anterior a la operación, tengan activos totales superiores al monto en salarios mínimos fijado por la SIC. (SIC, 2019)

Ahora bien, se excluyen de dicha obligación las empresas que ya se encuentren en situación de Grupo Empresarial, o ya se encuentren bajo una misma unidad de control (SIC, s.f.). A pesar de cumplir con el supuesto objetivo y subjetivo, si las empresas involucradas en la integración no cuentan con 20% o más del mercado relevante, únicamente deberán informar previamente a la SIC, que emitirá acuse de recibo sin que sea necesario realizar control previo, ello sin perjuicio de que posteriormente la SIC pueda identificar que el acto genera efectos anticompetitivos.

En cuarto lugar, se encuentran prohibidos los actos unilaterales que afecten la libre competencia. Ellos se consagran en el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 y son los siguientes:

- “1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.
 2. Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios.
 3. Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.”
- (Decreto 2153, 1992, art. 48).

3.2.1.2. Régimen de Competencia Desleal. Este régimen se encuentra regulado en la Ley 256 de 1996. Dicha norma prohíbe de forma genérica cualquier acto de competencia desleal, además de describir taxativamente una serie de actos proscritos.

Según el artículo 2 de esta Ley, serán actos de competencia desleal aquellos que: 1. Se realicen en el mercado; y 2. Se realicen con fines concurrenciales. Se presumen como concurrenciales aquellos actos objetivamente idóneos para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero.

Posteriormente el artículo 7 de la norma extiende el concepto, manifestando que dichos actos deben ir contra alguno de los siguientes aspectos: 1. las sanas costumbres mercantiles; 2. el principio de la buena fe comercial; 3. Los usos honestos en materia industrial o comercial; o 4. Estén encaminados a afectar, o afecten, i. La libertad de decisión del comprador o consumidor, o ii. El funcionamiento de concurrencias del mercado. La parte final del artículo nos lleva a inferir que no es necesario lograr el propósito anticompetitivo perseguido, basta con la amenaza generada por el acto desleal.

Según Delgado (2015), el acto de competencia desleal, a la luz de la ley, la doctrina y la jurisprudencia debe cumplir, además, con requisitos como: 1. Que haya existido forma de evitar los efectos desleales del acto; 2. Que los efectos principales y sustanciales del acto tengan exteriorización en el mercado colombiano; y 3. Que el medio empleado sea idóneo para lograr la finalidad perseguida.

Luego de establecer la prohibición general de actos de competencia desleal, la norma describe de forma específica los siguientes actos de competencia desleal: Actos de desviación de la clientela, actos de desorganización, actos de confusión, Actos de engaño, actos de descrédito, actos de comparación, actos de imitación, explotación de la reputación ajena, violación del secreto, inducción a la ruptura contractual, violación de normas, y pactos desleales de exclusividad.

Ahora bien, en su artículo 20 la Ley 256 de 1996 establece los dos tipos de acciones de competencia desleal: 1. Acción declarativa y de condena; y 2. Acción preventiva o de prohibición. Estas acciones prescriben en un término de 2 años contados a partir del momento en que el legitimado conoció la identidad sujeto activo que cometió el acto, y en todo caso, prescribirán en un término de 3 años, contados desde la comisión del acto.

3.2.1.3. Facultades de la SIC en materia de protección a la competencia económica.

La SIC tiene dos tipos de funciones: frente al régimen general de protección a la libre competencia, tiene funciones administrativas; y por otro lado frente al régimen de competencia desleal, tiene funciones jurisdiccionales.

Como función general, la SIC debe “En su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales.” (Decreto 4886, 2011, artículo 1). En virtud de ello, puede conocer las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia, imponer sanciones por violación a las normas de protección de la competencia, ordenar como medida cautelar la suspensión de conductas que afecten la competencia, conceder beneficios por colaboración, entre otras.

En general, las funciones administrativas de la SIC en protección de la competencia económica se pueden clasificar de la siguiente manera:

Función Sancionatoria Por Prácticas Restrictivas De La Competencia. En consecuencia, es competente para iniciar y llevar a cabo el procedimiento administrativo sancionatorio cuando tenga conocimiento de actos anticompetitivos, actos de abuso de posición dominante o actos unilaterales realizados por empresas que afecten la libre competencia, los

cuales fueron explicados en precedencia. La apertura del proceso puede realizarse por la presentación de una queja, o de oficio por la entidad.

Función De Control Previo De Integraciones Empresariales. Las empresas que cumplan con las características descritas en la Ley, deben someter a análisis previo de la SIC las operaciones de integración empresarial que pretendan llevar a cabo, y teniendo en cuenta los efectos que la integración genere en el mercado, la operación puede ser aprobada, negada, o aprobada con condicionamientos. En este último caso, el cumplimiento a dichos condicionamientos también será supervisado por la SIC.

Función De Abogacía De La Competencia. La misma deriva del artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, donde se establece que las entidades deberán notificar a la SIC sobre los proyectos de Actos Administrativos que se pretendan expedir que puedan tener incidencia sobre la libre competencia. Frente a estos actos, la SIC podrá rendir un concepto previo, el cual, si bien no es vinculante, obliga a la entidad a expresar en las consideraciones de su decisión, cuando decida apartarse del concepto de la SIC, los motivos por los cuales toma dicha decisión.

Función jurisdiccional en los casos de competencia desleal. De acuerdo a la Ley 446 de 1998, a más de la competencia asignada a la jurisdicción ordinaria por medio del juez civil del circuito, los procesos de competencia desleal podrán llevarse ante la SIC.

3.2.2. Regímenes especiales de Competencia Económica.

Sector financiero y asegurador (Decreto 663 de 1993). Las entidades financieras y aseguradoras se encuentran sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera, y además se encuentran sometidas a lo establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema financiero (en adelante EOSF), es decir, el Decreto 663 de 1993 y sus

reformas. En este sentido, el artículo 98 del EOSF, establece una prohibición general de los actos que pongan en riesgo la libre competencia. Adicionalmente, se asigna a la Superintendencia Financiera, la facultad de ordenar a los empresarios que cesen las conductas contrarias a la libre competencia, o los actos de competencia desleal que la entidad evidencie, ello sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar. De lo establecido en la norma, se puede deducir que se aplicarán los conceptos de acto contrario a la competencia y acto de competencia desleal, de acuerdo al régimen general de competencia.

En específico para el sector financiero y asegurador, el artículo 100 del EOSF consagra expresamente dos actos que no se deben entender como contrarios a la competencia:

1. La utilización de tasas puras de riesgo basadas en estadísticas comunes.
2. La celebración de convenios entre entidades, mediante los cuales una de ellas permita el reconocimiento y pago de comisiones en favor de aquellos intermediarios de seguros para quienes solicitó su inscripción o dispuso su capacitación.

Como competencia exclusiva de la Superintendencia Financiera frente a las actividades de intermediación en este sector, se asigna la facultad de llevar a cabo la suspensión de la autorización para ejercer sus actividades a la sociedad corredora, la agencia o el agente responsable que lleve a cabo actos de competencia desleal, por el término que falte para vencerse la respectiva autorización, y la pérdida del derecho a obtener la renovación de la misma, de acuerdo a lo establecido en el literal 3 artículo 207 del Decreto 663 de 1993.

Ahora bien, en los capítulos II a VI del EOSF se establecen las reglas para llevar a cabo fusiones, adquisiciones, cesiones de activos y de cartera, y en general, integraciones empresariales entre entidades financieras y aseguradoras. Dichas reglas son similares a las

establecidas en el régimen general de competencia, con la diferencia que en estos casos siempre se debe informar previamente de la operación a la Superintendencia Financiera, y la operación podrá ser objetada si atenta contra la libre competencia económica.

Atendiendo a lo establecido en el artículo 9 de la Ley 155 de 1959, se debe entender que en toda integración que participen exclusivamente entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, esta será la encargada de decidir sobre la procedencia de la integración, solicitando concepto previo a la SIC.

Sector Portuario (Ley 1 de 1991). El sector portuario está conformado por las sociedades portuarias creadas para construir, mantener y operar puertos, terminales portuarios o muelles y para prestar todos los servicios portuarios. En este sector, la vigilancia y control son ejercidos por la Superintendencia General de Puertos y la Dirección General Marítima (DIMAR), dependencia del Ministerio de Defensa Nacional. Adicionalmente, este sector se rige principalmente por el Estatuto de Puertos Marítimos, contenido en la Ley 01 de 1991.

En el mencionado Estatuto, se establece la prohibición general de actos contrarios a la libre competencia, de acuerdo a su artículo 22, pero adicionalmente establecen conductas que se consideran contrarias a la competencia en el tema de tarifas portuarias, consagrando las siguientes:

1. El cobro de tarifas que no cubran los gastos de operación,
2. La prestación gratuita o a costos inferiores, de servicios adicionales a los contemplados en la tarifa,
3. Los acuerdos para repartir cuotas de carga, clases de carga, o para establecer tarifas,

4. Las conductas descritas por las normas sobre competencia desleal.

Adicionalmente, el artículo 21 de la norma permite a la Superintendencia de Puertos fijar directamente los precios que cobren las sociedades portuarias, en los siguientes casos:

1. Cuando exista un monopolio natural.
2. Cuando se pruebe que alguna sociedad aplica tarifas discriminatorias en perjuicio de sus usuarios.
3. Cuando alguna sociedad realice prácticas que tengan como efecto reducir indebidamente la competencia.

Por último, la Ley 01 de 1991 establece en su artículo 27.15, la facultad de la Superintendencia de Puertos y Transporte de no autorizar actos o contratos que conlleven la organización de nuevos muelles privados en puertos de servicio público, cuando los mismos limiten indebidamente la competencia.

Servicios De Salud (Ley 100 de 1993 y Decreto 1663 de 1994). En Colombia, la Ley 100 de 1993 estableció un Sistema General de Seguridad Social en Salud basado en un esquema de atención médica administrada (también llamado *managed care*), donde las Entidades Promotoras de Salud (en adelante EPS) tienen convenios con los diferentes proveedores de servicios médicos, con la intención de proveer el servicio a los menores costos posibles. En este sistema, la competencia entre las EPS no se lleva a cabo frente al precio, únicamente se presenta en calidad, la cual es difícil de identificar por los usuarios de las EPS, debido a que comúnmente la calidad del servicio depende de los prestadores de salud contratados por cada EPS (SIC, s.f.).

Es así que el precio pagado por el usuario será el mismo independientemente a la EPS que elija; por el contrario, la competencia entre Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) para conseguir contratos con las EPS sí se da en términos de precio (Restrepo, 1997).

Frente al sector salud, en el año 2007 se sancionó la Ley 1122, por la cual se limitaron las integraciones verticales entre las EPS y las IPS, para evitar la adquisición de posiciones dominantes y posibles monopolios. (Merlano & Gorbanev, 2011).

Servicios Públicos Domiciliarios (Ley 142 de 1994 y Ley 143 de 1994). Dentro del sector especial de los servicios públicos se encuentran, como establece el artículo 1 de la Ley 142 de 1994: los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, y distribución de gas combustible. Se aclara que anteriormente también se incluían como tales los servicios de “telecomunicaciones, de telefonía pública básica conmutada y de telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia, no se considerarán más como servicios públicos domiciliarios”, pero ello cambió con la Ley 1341 de 2009.

Ahora bien, la Ley 142 1994 en su artículo 10 estableció libertad de empresa en el sector de los servicios públicos domiciliarios, es decir, la libre competencia entre particulares. Adicionalmente, en su artículo 34 consagra 6 conductas que se consideran restricciones indebidas a la competencia específicamente en este sector.

Ahora bien, la regulación para el sector de telecomunicaciones en específico, el cual ya dejó de considerarse domiciliario se establece en la Ley 1341 de 2009, donde se señaló igualmente la habilitación general para que los particulares puedan prestar estos servicios, siempre y cuando exista un título habilitante previo (Barreto, 2017). Desde la expedición de la precitada norma, al sector de las telecomunicaciones se aplica solo de forma parcial la Ley 142

de 1994, frente a temas como naturaleza jurídica de las empresas, y el régimen laboral y tributario de las mismas.

3.3. Proyectos de Ley presentados en los años 2015 a 2023 con la intención de reformar el Régimen de Competencia Económica en Colombia.

Como se mencionó en el capítulo anterior, a partir del año 2013 Colombia realizó un largo proceso para ingresar a la OCDE, convirtiéndose oficialmente en el miembro número 37 de esta organización el 28 de abril de 2020. Dentro de dicho proceso, en el año 2015 la OCDE presentó un informe sometido a reserva, en que se sugerían varias reformas al régimen de competencia económica nacional, con la intención de que los preceptos nacionales acogieran los principios que la organización propugna frente a la competencia económica.

Sin embargo, las únicas reformas recientes en el régimen de libre competencia se han limitado a modificar los beneficios por colaboración³⁵. Si bien en los últimos años se han presentado varios proyectos de Ley buscando una reforma al régimen de competencia, incluyendo el proyecto 038 de 2015, presentado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (en adelante MINCIT) para acoger las precitadas recomendaciones de la OCDE, los mismos no han sido sancionados, pues se han quedado archivados en distintas etapas del trámite legislativo.

A continuación, se presentan los proyectos de Ley sobre Competencia Económica que se han presentado al Congreso de la República, en el periodo comprendido entre el año 2015 y el año 2023:

³⁵ Véase la Ley 2195 de 2022 y el Decreto 253 del mismo año.

Tabla 4. *Proyectos de Ley en Cámara De Representantes sobre Competencia.*

| Proyecto De Ley | Estado | Principales Reformas Sugeridas |
|---|--|--|
| Proyecto 452 de 2022C: Por medio de la cual se reforma la Ley 256 de 1996 sobre competencia desleal y se dictan otras disposiciones. | Pasó por primer debate ante la Cámara de Representantes. Archivado de conformidad con el artículo 162 de la Constitución, en concordancia con el artículo 190 Ley 5 de 1992. | <ol style="list-style-type: none"> 1. La sanción como acto de competencia desleal, de la apropiación, divulgación o explotación, sin autorización de sus titulares, de conocimientos tradicionales o del patrimonio colectivo de las comunidades étnicas del territorio nacional. 2. Considerar como acto desleal, la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. 3. Modificar los parámetros para aplicar la prescripción en casos de competencia desleal, para que la misma cuente desde que se cometió por última vez el acto desleal. |
| Proyecto 463 de 2022C: por medio del cual se garantiza el derecho a participar en el mercado, se protege el derecho colectivo a la libre competencia y se dictan otras disposiciones. | Discutido y aprobado en el Senado. Archivado en la Cámara de Representantes, de acuerdo al artículo 190 Ley 5 de 1992. | <ol style="list-style-type: none"> 1. Obligación de la SIC, en coordinación con las Comisiones de Regulación, de establecer los porcentajes máximos de participación de mercado para determinar si una empresa se encuentra en posición preponderante, en ningún caso dicho porcentaje podrá ser inferior al 30% del mercado relevante, de producto y geográfico. 2. Presunción de que cualquier agente que concentre más del 50% de ingresos en el mercado nacional, es un agente económico preponderante en la cadena de valor en la que participa, y se le aplique el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. 3. Permitir al Gobierno autorizar acuerdos o convenios anticompetitivos, cuando tengan por finalidad, a más de la estabilidad de un sector básico de la producción, la seguridad nacional. 4. Obligación de importadores de acogerse al INVIMA. |

Tabla 5. Proyectos De Ley en El Senado sobre Competencia.

| Proyecto De Ley | Estado | Principales Reformas Sugeridas |
|---|--|--|
| <p>Proyecto 038 de 2015: Por la cual se introducen modificaciones al régimen de protección de la competencia, a las funciones de la superintendencia de industria y comercio y se dictan otras disposiciones.</p> | <p>Archivado por retiro del autor (ministra de Comercio, Industria y Turismo).</p> | <ol style="list-style-type: none"> 1. Faculta a la SIC para decidir sobre pretensiones indemnizatorias relacionadas con prácticas restrictivas de la competencia, sean individuales o de grupo. 2. el Consejo Asesor de Competencia oirá en audiencia reservada al Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia y al Superintendente, cuando se busque imponer multas en el proceso. 3. El análisis previo de la SIC y sus conclusiones en integraciones serán vinculantes para la Superintendencia Financiera y la Aeronáutica Civil. 4. Procedimiento y concepto previo en caso de concentraciones de conglomerados. 5. Beneficios por delación: solo para casos de actos anticompetitivos, se extienden a los facilitadores de la delación, y se aplica la confidencialidad del nombre del delator y las pruebas hasta terminar el proceso, aunque permitiendo a los investigados el acceso a ellas para ejercer su defensa. Quien se acoja a beneficios por delación no será responsable solidariamente por daños a terceros, lo será únicamente en la proporción a su participación. 6. Solicitud de concepto previo de la SIC frente a todo acto administrativo de orden nacional sobre competencia, incluyendo aquellos que otorgan subsidios. 7. En caso de presentarse condicionamientos a la integración, deben referirse a los efectos anticompetitivos que genere la operación y buscar disminuirlos o eliminarlos. |

| | | |
|---|--|---|
| | | <p>8. Aumento de los porcentajes de multas a imponer por conductas anticompetitivas.</p> <p>9. Los investigados sólo podrán conocer aquella información reservada que sirva de base para formular un pliego de cargos o para imponer una sanción por la comisión de prácticas restrictivas.</p> <p>10. Establece al Consejo de Estado como única instancia de control jurisdiccional de los actos expedidos por la SIC en materia de procesos por conductas anticompetitivas y concentraciones empresariales.</p> |
| <p>Proyecto 117 de 2016: Por la cual se crean instrumentos para proteger al usuario de servicios de telecomunicaciones móviles, incentivar la competencia en el sector y promover la masificación de acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones.</p> | <p>No presentado a debates.</p> <p>Archivado Artículo 190 Ley 5 de 1992.</p> | <p>1. Estima como Agente Económico Preponderante al proveedor que directa o indirectamente concentre una participación superior al cuarenta por ciento (40%) de los ingresos nacionales por servicios de telecomunicaciones móviles de voz o datos, dicha estimación se realizará por la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC).</p> <p>2. Aplicación por parte de la CRC de las siguientes medidas a los Agentes Económicos Preponderantes para promover la competencia: cargos de acceso, obligación de compartición en infraestructura pasiva, roaming automático nacional, control de la oferta de paquetes, promociones y descuentos.</p> <p>3. Aplicación por parte de la CRC de las siguientes medidas a los Agentes Económicos Preponderantes para evitar el abuso: Prohibición de tarifas a cero pesos, precios irrisorios, predatorios o anticompetitivos, prohibición de discriminación geográfica de tarifas, prohibición de discriminación a competidores, ventas atadas, exclusividad, otorgamiento de descuentos o subsidios enmascarados, y prohibición de roaming gratuito internacional entre filiales.</p> <p>4. Imposición de reglas asimétricas en la adjudicación de espectro radioeléctrico al Agente Económico Preponderante.</p> |

| | | |
|--|--|--|
| | | <p>5. Facultades a la CRC de: ordenar a un proveedor la separación geográfica de sus operaciones en empresas independientes, la separación estructural, la separación funcional, la escisión de sus unidades de negocio o la enajenación de parte de sus activos cuando estas medidas resulten necesarias para proteger a los usuarios.</p> <p>6. competencia de la SIC para conocer las infracciones a lo establecido en este proyecto.</p> |
| <p>143 de 2017: Por la cual se crean instrumentos para promover la economía digital, proteger al usuario de servicios de telecomunicaciones, e incentivar la competencia en el sector y promover la masificación del sector móvil y se dictan otras disposiciones.</p> | <p>No presentado a debates.</p> <p>Archivado Artículo 190 Ley 5 de 1992 y artículo 162 de la Constitución Política.</p> | <p>1. Reitera las medidas de promoción de la competencia y restricción del abuso establecidas en el proyecto de Ley 117 de 2016.</p> <p>2. Establece como Medidas especiales para fortalecimiento de las telecomunicaciones en la era del postconflicto, las siguientes: Asignación asimétrica al fondo de comunicaciones y economía digital, y reglas asimétricas en la adjudicación de espectro radioeléctrico al Agente Económico Preponderante.</p> |
| <p>Proyecto 236 de 2019: Por medio de la cual se adiciona una causal de inhabilidad para celebrar contratos con entidades estatales por la comisión de conductas prohibidas por el régimen de competencias.</p> | <p>Aprobado en Cámara. Presentado a primer debate en el Senado. Archivado en Senado Artículo 190 Ley 5 de 1992 y Artículo 162 de la constitución política.</p> | <p>1. Adiciona a las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado en virtud de la Ley 80 de 1993, el haber sido condenado como responsable de conductas prohibidas en el régimen de competencia.</p> <p>La inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.</p> |

| | | |
|--|--|--|
| Proyecto 090 de 2020: Por medio del cual se regulan las cláusulas de no competencia y se dictan otras disposiciones - Ley de protección de inversiones | Presentado a Segundo debate en el Senado. Archivado Artículo 190 Ley 5 de 1992 y Artículo 162 de la constitución política. | 1. Regulación de cláusulas de no competencia (es decir, cláusulas de no disputa de clientela en un tiempo determinado) estableciéndolas como procedentes cuando las mismas no restrinjan el acceso de competidores al mercado. 2. Otorga competencia a la SIC para definir la conformidad o no de dichas cláusulas con el régimen de competencia, y la facultad de definir los tipos de bienes a los cuales será procedente aplicar la cláusula de no competencia. 3. Se establece la vigencia de la cláusula de no competencia por un periodo no superior a 3 años contados desde su suscripción. |
| Proyecto 174 de 2023: Por medio del cual se promueve la competencia justa en el sector financiero y se dictan otras disposiciones. | Aprobado en plenaria ante la Cámara. Pendiente designación de Ponentes en el Senado. | 1. Establece la posibilidad para las entidades territoriales y entidades descentralizadas del orden territorial con participación pública superior al cincuenta por ciento (50%), de invertir sus excedentes de liquidez en certificados de depósitos a término, depósitos en cuenta corriente, de ahorros o a término en condiciones de mercado en entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia (no únicamente en establecimientos bancarios o en las entidades con regímenes especiales contempladas en la parte décima del EOSF). |

Como se puede evidenciar, todos los proyectos fueron archivados debido a que los mismos no cumplieron el trámite legislativo, al no lograr discutirse en término dentro de las respectivas legislaturas, a excepción del proyecto presentado por el MINCIT, el cual fue retirado por la Ministra. Adicionalmente, solo dos proyectos guardan relación frente a los temas que buscan regular, y estos son los proyectos de Ley S117 de 2016 y S143 de 2017, pues ambos refieren al sector de las telecomunicaciones, y solo un proyecto aborda de forma integral el régimen de competencia, y este es el presentado por el MINCIT. Debido a la diversidad en las finalidades y grupos de interés afectados por cada uno de estos proyectos de Ley, a continuación

se presenta, teniendo en cuenta la exposición de motivos en cada proyecto, qué sector presentó el proyecto, cuál fue la finalidad del proyecto, y a qué grupo de interés hubiese afectado:

Tabla 6. *Finalidades de los Proyectos de Ley y grupos de interés a que fueron dirigidos.*

| Proyecto de Ley | Quien lo presenta | Finalidad del Proyecto | Grupo de interés o grupo afectado |
|------------------------|--|--|--|
| 038 de 2015 | Ministra de Comercio, Industria y Turismo. | Busca reforzar el régimen colombiano de competencia de tal forma que se desincentive la comisión de prácticas restrictivas de la competencia; dar herramientas a la SIC, para la investigación y represión de carteles, abusos de posición de dominio, y otras prácticas anticompetitivas; fortalecer el régimen de beneficios por colaboración, alinear el régimen colombiano a los estándares internacionales y mejores prácticas. | El proyecto tendría efectos frente a todos los sectores del mercado. |
| 117 de 2016 | Representantes a la Cámara y Senadores. | Mejorar precios, calidad y oferta de nuevos productos en las telecomunicaciones móviles, además del recaudo justo de ingresos para el Gobierno nacional sin afectar la dinámica de la competencia. | Competidores en el sector de las telecomunicaciones. |
| 143 de 2017 | Guillermo Antonio Santos Marín, Senador de la República. | Mejorar precios, calidad y oferta de nuevos productos en las telecomunicaciones móviles, además del recaudo justo de ingresos para el Gobierno nacional sin afectar la dinámica de la competencia. | Competidores en el sector de las telecomunicaciones. |
| 236 de 2019 | Representantes a la Cámara y Senadores. | Blindar los procesos de contratación estatal frente a personas naturales o jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la SIC por infracciones a la libre competencia. | Se dirige a la protección de las entidades del Estado. |

| | | | |
|---------------------|--|---|---|
| 090 de 2020 | Representantes a la Cámara y Senadores. | Busca promover la actividad comercial y proteger las inversiones. | Todo el mercado. |
| 452 de 2022C | Jhon Arley Murillo Benítez, Representante a la Cámara. | Busca la introducción de la protección de los conocimientos tradicionales dentro de la acción de competencia desleal. | Comunidades indígenas. |
| 463 de 2022C | Representantes a la Cámara y Senadores. | Definir un marco jurídico aplicable al control <i>ex ante</i> y <i>ex post</i> de las conductas de abuso de la posición de dominio en el mercado y de la limitación en el poder de dominio contractual. | Pequeños competidores en el mercado, al establecer restricciones a los agentes considerados preponderantes. |
| 174 de 2023 | Representantes a la Cámara y Senadores. | Brindar condiciones de igualdad y libertad de competencia a todas las entidades del sector financiero, lo que deriva en la ampliación de la de organizaciones financieras en las que las entidades territoriales y las entidades descentralizadas del orden territorial, puedan invertir sus excedentes de liquidez y mejorar las capacidades de otorgamiento de crédito. | Entidades territoriales y Entidades descentralizadas del orden territorial, Entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera. |

Frente a los proyectos de Ley presentados, se evidencia que no ha existido un verdadero interés de reforma al régimen de Competencia en Colombia. En primer lugar, el proyecto de Ley presentado por el MINCIT fue retirado, aun cuando el mismo aparentemente buscaba solucionar las deficiencias evidenciadas por la OCDE en sus estudios económicos sobre el país. En segundo lugar, los demás proyectos simplemente no cumplieron con el trámite legislativo: dos de ellos, referentes ambos al sector de las telecomunicaciones, ni siquiera fueron debatidos, y los demás se archivaron luego de pasar por primer debate o luego de ser aprobado en una de las cámaras, a

excepción del proyecto de Ley 174 de 2023 el cual todavía se encuentra en trámite, pendiente para debates ante el Senado luego de su aprobación ante la Cámara de Representantes.

Ahora bien, frente a los temas que se han intentado regular en los últimos años, han sido diversos: actos de competencia desleal, determinación de posición preponderante (frente al cual se han presentado ya 3 proyectos de Ley), inversión de entidades territoriales y descentralizadas por medio de entidades financieras, inhabilidades e incompatibilidades por infracciones a la ley de competencia, cláusulas de no competencia, excepción de eficiencia; y aumento de facultades de la SIC junto al aumento de sus sanciones y beneficios por colaboración (presentados en el proyecto de Ley del MINCIT).

En conclusión, queda claro que el régimen de competencia en Colombia inició a partir de la ley 155 de 1959, la cual actualmente sigue vigente en varios de sus artículos, y la última norma que ha introducido reformas sustanciales al respecto fue la Ley 1340 de 2009, la cual, entre otras disposiciones, establece a la SIC como máxima autoridad de competencia. Así mismo, a pesar de la existencia de normas que prohíben las prácticas anticompetitivas, en Colombia se han presentado históricamente grandes cárteles, que han funcionado por más de 3 años, con una participación superior al 85% del mercado, y frente a los cuales no ha existido alguna indemnización de perjuicios en favor de los consumidores. Así mismo, a pesar del ingreso de Colombia a la OCDE en el año 2020, y en cuyo proceso la Organización presentó diferentes recomendaciones sobre el régimen de competencia en Colombia, las mismas no han sido acogidas.

Frente al régimen general de competencia en Colombia, se evidencia que el mismo se encuentra integrado principalmente por la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la Ley 256 de 1996, y la Ley 1340 de 2009, normas que regulan las prácticas restrictivas de la competencia,

el control a las integraciones empresariales y el régimen de competencia desleal. Así mismo, queda claro que las facultades de inspección, vigilancia y control frente a prácticas restrictivas de la competencia, se encuentran en manos de la SIC, que además tiene la facultad de control de integraciones empresariales y posee facultades jurisdiccionales en temas de competencia desleal.

Por último, teniendo en cuenta los proyectos de Ley que se han presentado a partir del año 2015 sobre competencia, es evidente que las intenciones de reforma se han presentado en temas variados, sin una inclinación unívoca y constante, y por diferentes grupos de interés, siendo el proyecto más amplio el presentado por el MINCIT en 2015, el cual reflejaba varias sugerencias presentadas por la OCDE. Sin embargo, no han existido reformas sustanciales al régimen de competencia en los últimos años debido a que los proyectos de Ley no han cumplido el trámite legislativo, exceptuando el proyecto de Ley presentado por el MINCIT, el cual fue retirado.

IV. Criterios de reforma al régimen de Prácticas Restrictivas de la Competencia en Colombia a la luz de las tendencias regulatorias de la Unión Europea y Estados Unidos.

Luego de haber establecido los alcances conceptuales de la competencia económica, haber determinado las tendencias actuales de su regulación en el régimen de la Unión Europea y en Estados Unidos; y de haber caracterizado la evolución y el estado actual de la regulación sobre competencia económica en Colombia, en este punto es necesario proponer los criterios que deberían tenerse en cuenta para llevar a cabo futuras reformas al régimen de prácticas restrictivas de la competencia en Colombia.

Como se pudo evidenciar, la tendencia regulatoria de la UE en sus Reglamentos y Directivas, presenta una protección constante al consumidor en los diferentes mercados, estableciendo facultades en cabeza tanto de las ANC como de la Comisión, que sean eficaces en la aplicación del derecho de competencia, y adicionalmente permitan la protección al consumidor.

Por otro lado, la tendencia en Estados Unidos se inclina a dar prevalencia al crecimiento del mercado, aplicando bajo la *regla de la razón* el criterio la eficiencia del mercado para analizar si las conductas se consideran prohibidas o, por el contrario, generan suficientes efectos pro competitivos que las justifiquen. Ello claro frente a conductas que no se consideren directamente contrarias a la libre competencia, que por regla general serán acuerdos horizontales, a los cuales se aplica la regla *per se* debido a que no son justificables.

Teniendo en cuenta este panorama, a continuación se presentará, en primer lugar, los criterios que deberían ser tenidos en cuenta en las próximas reformas en la regulación de las prácticas restrictivas de la competencia frente a lo que se ha denominado la aplicación pública de

las leyes de competencia, es decir, las que se aplican por parte del Estado y sus autoridades (por medio de sanciones administrativas o penales). Y en segundo lugar, se presentarán los aspectos a considerar en las futuras reformas frente a las acciones por daños causados por conductas anticompetitivas, las cuales están en cabeza de los particulares.

Por último, teniendo en cuenta los proyectos de Ley presentados en el país, las recomendaciones de la OCDE, y las regulaciones que se han establecido recientemente en la Unión Europea y Estados Unidos, se harán algunas consideraciones sobre sectores específicos del mercado que deberían ser objeto de consideración en futuras reformas a la competencia económica.

4.1. Criterios A Considerar En Futuras Reformas Respecto A La Aplicación Pública Del Derecho De Competencia Frente A Prácticas Restrictivas.

4.1.1. Facultades De La SIC Y Sanciones Al Infractor.

Teniendo en cuenta, en primer lugar, que la SIC es la máxima autoridad de competencia de Colombia; en segundo lugar, que no existen facultades en los jueces para llevar procesos por infracciones al régimen de prácticas restrictivas de la competencia; y en tercer lugar, que las acciones por daños generados con conductas anticompetitivas no son eficazmente ejercidas en el país, sería pertinente que las futuras reformas aborden las facultades de la SIC y sus alcances frente a posteriores acciones por daños.

Como se pudo evidenciar en el Régimen de la Unión Europea, principalmente en la Directiva ECN+, tanto las ANC como la Comisión tienen amplias facultades, encontrándose entre ellas las siguientes: 1. Pueden imponer medidas cautelares de acuerdo a su necesidad (es

decir, su magnitud y duración se decidirán por la entidad); 2. Pueden ordenar la exhibición de pruebas y solicitar acceso a información de carácter digital; 3. Pueden recibir apoyo de otras ANC con facultades administrativas y jurisdiccionales; y 4. Dentro de las sanciones que pueden imponer, se incluye la imposición de medidas correctoras estructurales, como suprimir la participación de un competidor en el mercado o la escisión de una parte del negocio.

En este sentido, los límites a las facultades concedidas a las ANC por regla general están dadas por los principios de **eficacia, proporcionalidad**, y el interés general de la Unión, es decir, la protección al EEE.

En consecuencia, sería conveniente considerar la reforma a facultades de la SIC frente a la imposición de medidas cautelares, investigación, exhibición de pruebas, y apoyo y colaboración con otras autoridades administrativas o jurisdiccionales.

En primer lugar, frente a la imposición de medidas cautelares, sería importante considerar la procedencia de medidas cautelares dirigidas a la conservación y obtención de las pruebas, conservación de activos, e incluso la prohibición de realizar ciertas operaciones en el mercado (integraciones, escisiones, operaciones en bolsa) cuando la conducta refleje un riesgo de perjuicio grave a la competencia y mientras el proceso se encuentre en curso. Ello, puesto que actualmente las medidas cautelares a imponer por la SIC se limitan a la suspensión inmediata de las conductas investigadas, y la imposición de caución sobre los posibles perjuicios causados cuando se solicite (Decreto 4886 de 2011, artículo 1.); mientras en el régimen europeo las medidas cautelares no son taxativas, pues dependen de la necesidad de protección del mercado.

Frente a sus facultades de inspección, podría considerarse permitir, previa autorización de autoridad judicial, inspecciones a domicilios particulares de Directivos, gestores u otros

miembros de personal de la empresa, cuando puedan estar en posesión de información relevante para la investigación; esta facultad ha sido reconocida a las ANC en la Directiva 2019/1/UE.

Frente a facultades de investigación de la SIC, el permitir su **cooperación y coordinación** con otras entidades, como la DIAN, el Banco de la República, y la Superintendencia de Sociedades, para llevar a cabo estudios sobre el mercado, e intercambiar información fundamental en la pronta identificación de conductas anticompetitivas, la obtención de pruebas, la determinación del mercado relevante, entre otros aspectos.

Los principios de **cooperación y coordinación** de las autoridades nacionales han sido reconocidos en el régimen europeo para fortalecer la acción de sus ANC, y puede permitir que las actuales facultades que ostenta la SIC se ejerzan con más fuerza debido al apoyo de otras autoridades y entidades nacionales. Es de resaltar que el principio de **coordinación** en el régimen colombiano se encuentra consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia y en la Ley 489 de 1998, y el mismo se dirige a facilitar el ejercicio de las funciones en cabeza de las autoridades administrativas del país, por lo que sería pertinente darle aplicación frente a las competencias de la SIC.

Estas funciones en primer lugar, podrían permitir que la acción de la entidad sea **eficaz** sobre prácticas anticompetitivas, frente identificación oportuna de las conductas y su sanción; y en segundo lugar, podrían permitir que, bajo un criterio de **proporcionalidad**, se puedan tomar medidas cautelares, de investigación, o sancionatorias cuya robustez dependa de la conducta anticompetitiva y la afectación del mercado.

Dicha reforma se acogería a la recomendación dada por la OCDE en su informe sobre Colombia del año 2022, en que se sugirió reforzar las facultades sancionadoras de la SIC. Pero la

misma tendría que hacerse bajo los dos principios precitados, pues, por un lado, en procura de la eficacia del derecho de competencia no deben permitirse poderes desmedidos a la SIC, pero, por otro lado, sus facultades tampoco pueden mantenerse limitadas a tal punto que no pueda acceder a las pruebas y ejercer correctamente sus poderes para dar eficacia al derecho de competencia.

Igualmente, los criterios de **eficacia y proporcionalidad** deben tenerse en cuenta cuando se considere la creación de sanciones penales por conductas anticompetitivas en Colombia, tanto frente a personas naturales como frente a personas Jurídicas. Lo anterior, siempre que la responsabilidad penal por estas conductas ya existe en la Unión Europea (como pudo evidenciarse, por ejemplo, en la Directiva 2014/57) y en Estados Unidos.

Es así que, si llegase a regularse en Colombia esta responsabilidad bajo figuras típicas adicionales a las ya establecidas, sería conveniente estudiar su **eficacia** en la prevención general y prevención especial; así como su **proporcionalidad** teniendo en cuenta el tipo de conducta para la cual se crea el tipo penal y las demás sanciones que pueden recaer sobre el agente de mercado infractor. Dicha responsabilidad sería un factor adicional de disuasión, que podría proteger, con base en la prevención general negativa, el libre mercado en el país.

4.1.2. Independencia, Imparcialidad Y Priorización En La SIC.

De acuerdo a las tendencias regulatorias estudiadas y al estado actual del régimen de libre competencia en Colombia, es posible considerar que en las próximas reformas frente a la estructura y funcionamiento de la SIC, especialmente frente a la Dirección de protección a la Competencia, deben materializarse los principios de independencia, imparcialidad y priorización dentro de la entidad.

En primer lugar, como se pudo evidenciar en el Régimen de la Unión Europea, especialmente en la Directiva ECN+, las investigaciones y procesos administrativos por conductas anticompetitivas son llevados por las ANC (tanto administrativas como judiciales) a nivel estatal; y por la Comisión Europea, a nivel de la Unión. Estas entidades además están articuladas para intercambiar información, reconocer la conducencia de las pruebas en uno y otro proceso, y en general, mantener una continua **coordinación** para dar aplicación al régimen de competencia frente a prácticas restrictivas. Es decir, existe todo un Sistema articulado de aplicación de las normas sobre Competencia.

Algo similar sucede en Estados Unidos, pues allí las normas sobre libre competencia se aplican a nivel federal por la División Antimonopolio del Departamento de Justicia, y por la FTC, mientras a nivel estatal se aplica por las respectivas agencias estatales y los fiscales. Frente a la aplicación federal, debe aclararse que la División Antimonopolio se encarga de las conductas más graves, y posee facultad para iniciar procesos tanto civiles como penales por las infracciones.

Si bien Colombia no tiene las dimensiones de la UE o Estados Unidos, la autoridad encargada de aplicar la norma ya posee sólidas facultades en otras áreas del derecho: registro y procesos por infracción a derechos de propiedad industrial, protección al consumidor, protección de datos personales, y metrología legal. Además, no está facultada para iniciar procesos judiciales por conductas anticompetitivas como sujeto activo, en consecuencia, la aplicación pública de la ley en estos procesos se deposita completamente en la SIC. Por ello, a más de una **coordinación** con otras entidades y autoridades nacionales, como se expuso en el acápite anterior, es necesario garantizar la coordinación interna de la SIC y su capacidad operativa.

En este sentido, como afirmó la OCDE en sus informes presentados para los años 2013 y 2015 sobre Colombia, sería necesario aumentar el personal dentro de la Delegatura de protección de la competencia de la SIC. Pero, además, sería oportuno estructurarla de tal manera que permita una articulación tanto a nivel geográfico como a nivel operativo, aumentando la eficacia en la aplicación del régimen de competencia frente a prácticas restrictivas, y posibilitando también su articulación con otras entidades del orden nacional.

En segundo lugar, sería necesario que las próximas reformas frente a la estructura de la SIC se dirijan a garantizar la **independencia y autonomía** de la entidad. Este punto fue puesto de presente por la OCDE en los informes presentados sobre Colombia para los años 2013 y 2015, donde se puso en duda la independencia política de la SIC. Si bien actualmente el Superintendente Delegado para la protección de la Competencia es nombrado por el Superintendente de Industria y Comercio, este último es nombrado por el Presidente, y adicionalmente cuenta con un consejo asesor en asuntos de competencia que igualmente es nombrado por el Presidente. En consecuencia, la regulación actual no permite asegurar la completa independencia de la SIC.

Sobre los principios de **no autorregulación e imparcialidad**, el caso de La Junta de Examinadores Dentales de Carolina del Norte contra la FTC (2015), presenta exactamente la necesidad de evitar la toma del regulador y la influencia de intereses privados en la aplicación de las leyes estatales por parte de las agencias encargadas. En dicho caso se establece que, incluso cuando el Estado tenga la facultad de regular la competencia en un sector económico, y haya delegado en la agencia (autoridad estatal de competencia) la facultad de aplicar la norma debe verificarse que su aplicación sea bajo una completa **imparcialidad**, en virtud del bien público, y

en cumplimiento de la finalidad política consagrada en la Ley, protegiendo el principio de **no autorregulación** de los agentes del mercado.

En este mismo sentido, la Directiva ECN+ consagra la necesidad de mantener la **imparcialidad y la autonomía operativa** de las ANC, con el fin de obtener decisiones eficaces y transparentes en las trasgresiones a las normas de competencia. Para ello dicha Directiva establece una serie de incompatibilidades dirigidas a los funcionarios de las ANC, que les impiden investigar casos si han tenido alguna relación previa con las partes, y que impiden también ejercer, luego del abandono del cargo, actividades que estén relacionadas con los infractores o con los casos que hayan decidido o conocido sobre competencia.

Por último, teniendo en cuenta el Régimen Europeo, también podría considerarse necesario implementar en Colombia un criterio de **priorización** en la investigación de casos por conductas anticompetitivas por parte de la SIC. Lo anterior teniendo en cuenta todas de sus atribuciones y el volumen de los casos sobre prácticas anticompetitivas. Además, es posible que dicha priorización ya se lleve a cabo en la práctica por la entidad bajo sus propios criterios. Por ello, sería apropiado establecer no sólo la priorización, sino también criterios objetivos para que la entidad pueda enfocarse en las conductas que generan mayores afectaciones al mercado y a los consumidores, en primer lugar, para lograr mayor efectividad de las normas sobre libre competencia, y en segundo lugar, para garantizar la independencia y objetividad en la decisión de continuar o no una investigación.

4.1.3. Principio de eficiencia.

Como se pudo evidenciar en dos de los casos *Ohio v. American Express* (2018) y *NCAA v. Alston* (2021), en el régimen de Competencia estadounidense se han establecido

históricamente a través de las decisiones judiciales, una aplicación continua **del principio de eficiencia** para analizar si las conductas que tienen efectos anticompetitivos pueden considerarse “indebidas”. Ello, bajo la prohibición general establecida en la sección 1 de la Ley Sherman, que prohíbe los contratos o acuerdos para restringir el comercio. Pero los precedentes han considerado que estas conductas deben ser “irrazonables” o indebidas para contrariar la Ley. Bajo esta lógica, en el régimen estadounidense se aplican dos reglas de análisis: la regla *per se*, y la *regla de la razón*. En la aplicación de esta segunda regla, se reconoce que las conductas que restrinjan el comercio pueden ser razonables y permitidas siempre que generen efectos pro competitivos para el mercado que justifiquen sus efectos adversos.

En el régimen europeo existe también una excepción de eficiencia consagrada en el numeral 3, artículo 101 del TFUE, que igualmente establece la excepción en la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, cuando los actos en cuestión beneficien el mercado que se redistribuyan a favor del consumidor, que no impongan restricciones inadmisibles y que no impliquen la eliminación de competencia en una parte sustancial del mercado.

Ahora bien, en el caso de Colombia, dar tal prevalencia al principio de eficiencia del mercado no sería conveniente. Ello teniendo en cuenta que el reconocimiento de la excepción de eficiencia conlleva una aplicación *ex post* del análisis sobre los efectos del acto o acuerdo en el mercado, incluso cuando estas eficiencias se redistribuyan en favor del consumidor, como establece el TFUE. En este sentido, la SIC no podría analizar los posibles efectos adversos del acuerdo antes de que se concreten. Además, de acuerdo al Decreto 2153 de 1992 actos anticompetitivos se prohíben tanto por su objeto como por su **efecto**, por lo que se entendería la necesidad de considerar los efectos de forma previa a la concreción del acuerdo.

Por otro lado, el régimen colombiano ya cuenta con algunas excepciones bajo el principio de eficiencia. En primer lugar, se reconoce la posibilidad de permitir estos acuerdos o convenios anticompetitivos que tengan efectos beneficiosos dentro de los sectores básicos de la economía general, siempre que se solicite la previa autorización del Gobierno, es decir, existe un control *ex ante* del acuerdo, que permite un control de sus efectos antes de que se consolide. Así mismo, se han reconocido tres situaciones excepcionales en que un acuerdo no se considerará anticompetitivo, y tampoco se requerirá autorización, según el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992.

4.2. Criterios A Considerar En Futuras Reformas Frente a La Aplicación Privada Del Derecho De Competencia: Las Acciones Por Daños.

En Colombia, como se mencionó al abordar la cultura de la cartelización, las acciones por daños a los consumidores derivadas de conductas anticompetitivas no se encuentran especialmente reguladas, no son eficaces, y en consecuencia no tienen un efecto disuasorio en los infractores. Si bien la SIC, en caso de carteles, ha llevado a cabo análisis del daño potencial de las conductas con base a estudios internacionales, dichas estimaciones no generan ninguna retribución al mercado afectado o al consumidor, pues de cualquier forma las sanciones administrativas no disminuyen el daño ya causado.

A pesar de existir acciones procedentes en el país, las mismas son problemáticas. En el caso de las acciones de responsabilidad, las cargas probatorias y económicas para el consumidor son altas; en el caso de la acción de protección al consumidor, la misma no permite solicitar indemnizaciones de perjuicios; y por último, el ejercicio de acciones de grupo no ha sido muy eficaz, pues tampoco se han reconocido al consumidor herramientas procesales que le permitan

el correcto ejercicio de sus derechos. En consecuencia, es posible traer a colación criterios internacionales que pueden tenerse en cuenta en futuras reformas del régimen colombiano que permitan a los consumidores o afectados, ya sea por medio de las acciones existentes o por medio de un nuevo tipo de acción, el acceso a la indemnización de perjuicios causados por los agentes del mercado con conductas anticompetitivas.

En primer lugar, La Directiva 2014/104/UE regula directamente las acciones por daños en estos casos, y bajo los principios de **tutela judicial efectiva, eficacia y publicidad de las pruebas**, establece disposiciones como el derecho de las partes a solicitar la exhibición de pruebas sin necesidad de especificar las piezas concretas a exhibirse, indicándolas por su tema; y además, las decisiones administrativas sancionatorias son reconocidas como pruebas de la conducta en las reclamaciones de perjuicios ante los jueces. Igualmente, esta Directiva reconoce una presunción de daño en favor de los consumidores en casos de carteles y permite a los jueces pedir ayuda a la autoridad administrativa para tasar los perjuicios a los consumidores.

Siendo evidente que en el caso colombiano la aplicación de la responsabilidad civil y penal por conductas contrarias a la competencia es casi nula, los criterios de la UE que protegen al consumidor serían adecuados para lograr una mayor disuasión a los infractores, a través de una aplicación más eficaz de las leyes de competencia en el ámbito privado, es decir, en las acciones por daños.

El régimen estadounidense también reconoce el ejercicio de acciones por daños en cabeza de los consumidores, quienes podrán reclamar los perjuicios triplicados en virtud de la *Clayton Act*. Sin embargo, la legitimación por activa para presentar estas acciones solo se encuentra en cabeza del **consumidor directo**, como se evidenció en el caso *Apple v. Pepper* (2019). Frente a este criterio debe tenerse en cuenta que en Estados Unidos se ejercen ampliamente demandas por

parte de consumidores que pretenden la indemnización de perjuicios, y existen sólidas organizaciones colectivas dispuestas a iniciar litigios para lograr la indemnización en favor de sus miembros, en dichos casos los infractores procuran llegar a una conciliación con los consumidores u organizaciones antes de llegar a una decisión judicial, pues en ese caso tendrían que pagarse perjuicios triplicados.

No es este el caso de Colombia, donde no existen organizaciones colectivas que actúen en favor de los consumidores, por el contrario, ni siquiera existen criterios para que los mismos obtengan alguna indemnización por la conducta anticompetitiva. Además, téngase en cuenta que en el ordenamiento colombiano, dentro del análisis del daño como elemento principal de la responsabilidad civil, ya se reconoce la necesidad de probar que el mismo sea directo, por lo que el examen sobre este punto debe hacerse al abordar el fondo del asunto.

Teniendo en cuenta lo expuesto, es necesario discernir de la recomendación dada por la OCDE en su informe sobre Colombia para el año 2013, en que se recomienda al país establecer como un beneficio por colaboración la exclusión de responsabilidad civil a los infractores. Ello puesto que en Colombia las acciones al respecto no son eficaces, y no ha existido una regulación que favorezca su ejercicio, por lo que las acciones por daños no generan alguna coacción al infractor.

Dicha inmunidad podría ser pertinente en el régimen europeo, como en su momento lo propuso la Comisión Alemana de Monopolios, pero ello se debe justamente a la eficacia en su aplicación de sanciones tanto penales y administrativas, que ya generan un fuerte efecto de coacción, aunado al ejercicio de las acciones por daños.

En consecuencia, sería pertinente que las próximas reformas en el régimen de competencia reconozcan el principio de **tutela judicial efectiva** en favor de los consumidores afectados por conductas anticompetitivas, procurando establecer mecanismos o facultades procesales, que les permitan acceder a la indemnización de perjuicios.

Si bien puede considerarse difícil la estimación del perjuicio cuando el daño es causado por una conducta anticompetitiva, ello podría solucionarse de la forma que lo hace la Directiva 2014/104/UE, es decir, permitiendo a los jueces que conozcan de las acciones por daños el pedir ayuda a la autoridad administrativa, en este caso la SIC, para tasar los perjuicios. De hecho, el proyecto de Ley presentado por el MINCIT en 2015 establecía una reforma en las facultades de la SIC, facultándola para decidir sobre pretensiones indemnizatorias relacionadas con prácticas restrictivas de la competencia, por lo que puede evidenciarse que regular este aspecto ya es necesario en el país.

4.3. La Relevancia De Reforma Frente A Algunos Sectores Específico: Sector Agrícola, Y Sector De Las Telecomunicaciones.

En la consideración de una reforma al régimen de prácticas restrictivas de la competencia, también deberían tenerse en cuenta las necesidades que puedan tener los mercados en específico. En este sentido, en primer lugar es importante hacer algunas reflexiones frente al **sector agrícola** en Colombia. Si bien la regulación de la Unión Europea en la Directiva 2019/633 sobre el sector agrícola y alimentario se establece desde el punto de vista de las prácticas desleales, las mismas buscan dar suficiente protección a los pequeños productores frente al gran poder de otros agentes del mercado, lo que en la práctica serían actos anticompetitivos con efectos verticales por parte de agentes con alto poder de dominio.

Ahora bien, en Colombia el sector agropecuario ya se ha establecido como un sector básico de la economía general (Ley 1340 de 2009, artículo 5), es decir, frente a este mercado el Estado puede autorizar acuerdos o actos con efectos anticompetitivos siempre que los mismos sean beneficiosos para la economía. Sin embargo, teniendo en cuenta el potencial agrícola del país y la relevancia de la producción agrícola en la provisión de materias primas para las industrias, podría ser relevante prestar atención al comportamiento del sector para establecer si son necesarias normas específicas frente a las prácticas restrictivas de la competencia.

Ello atendiendo además la vulnerabilidad de los pequeños productores, y a las recomendaciones de la OCDE en su informe para Colombia del año 2022, pues una de sus sugerencias fue precisamente el fomentar la aplicación de las normas de competencia en el sector agrícola.

En lo que respecta al **sector digital** se puede evidenciar que el mismo ha tenido relevancia en los últimos años tanto en la Unión Europea como en Estados Unidos. En primer lugar, la Unión Europea ha regulado la competencia en el sector digital por medio del DMA; por otro lado, en el caso *Apple v. Pepper* (2019) la Corte Suprema de Estados Unidos se centró en analizar la legitimación en las reclamaciones por daños frente a Apple, generando discusiones sobre cómo operan estas empresas, aplicando el *Ohio v. American Express* (2014) para estimar los criterios de la Corte que tendrían efecto hacia el futuro en acciones contra empresas similares (Google, Amazon, Facebook).

Sin embargo, en el contexto colombiano existen otros mercados que deberían considerarse en primera instancia. En específico, el **sector de las telecomunicaciones** es un mercado que debería tenerse en cuenta dentro de las próximas reformas frente a prácticas restrictivas de la competencia.

Ello atendiendo a varios aspectos: 1. La interconexión a la red pública de telecomunicaciones se ha reconocido como un servicio público, aunque actualmente ya no sea domiciliario, en virtud de la Ley 1341 de 2009; 2. Este es un sector básico de la economía general del país; 3. Han existido dos proyectos de Ley presentados en los últimos años que han intentado establecer la regulación de los agentes preponderantes en el mercado de las telecomunicaciones; y 4. Los informes de la OCDE para los años 2013 y 2015 coinciden en sugerir a Colombia eliminar las barreras a la entrada en el sector de las telecomunicaciones.

Se debe mencionar que los últimos proyectos de Ley al respecto (proyectos 117 de 2016 y 143 de 2017) han consagrado la asignación de facultades tanto en la SIC como en la CRC frente a la aplicación de las normas de competencia, por lo que, en las reformas que se realicen, sería adecuado tener en cuenta los criterios de coordinación y colaboración descritos en el acápite 4.1.2. para fomentar el apoyo entre estas Superintendencias.

En virtud de lo expuesto, los criterios de reforma sugeridos frente al régimen de prácticas restrictivas de la competencia en Colombia, se dirigen tanto a la aplicación pública como a la aplicación privada de las normas de competencia. En primer lugar, frente a la aplicación pública de las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia, las futuras reformas deberían abordar la estructura, funciones, y facultades de la SIC, bajo principios como la eficacia, proporcionalidad, coordinación e independencia, permitiendo a la SIC trabajar de forma coordinada con otras entidades y autoridades nacionales. En segundo lugar, se establecieron criterios para garantizar la Tutela judicial efectiva frente a las acciones por daños causados por conductas anticompetitivas, teniendo en cuenta la regulación que al respecto ha establecido la UE. Por último, se considera la posible necesidad de regulación frente al mercado agrícola y el

mercado de las telecomunicaciones, ello de acuerdo a las normas analizadas y las sugerencias presentadas por la OCDE.

Conclusiones

Como se pudo establecer en el primer capítulo de la presente investigación, la competencia económica se ha definido por diferentes teorías económicas, entre ellas la Teoría clásica, la teoría neoclásica y la moderna economía evolucionista, las cuales han intentado dar sentido y contenido al concepto atendiendo a la evolución del mercado y la realidad económica. Aun así, en términos generales la competencia se ha definido como la concurrencia de proveedores y consumidores de productos y servicios en el mercado, donde el consumidor puede escoger entre varios proveedores al momento de cubrir sus necesidades, característica indispensable en una economía de mercado.

Por otro lado, la Economía Social de Mercado, como combinación de los principios de equidad de mercado y justicia social, ha sido la base de la orientación política dirigida a la regulación de la competencia económica, siendo función del Estado consolidar un marco de regulación que permita la libre competencia de los agentes en el mercado, sin que ello implique una intervención totalitaria en la economía.

Así mismo, existen antecedentes de normas dirigidas a proteger y fomentar la competencia desde la edad antigua, como las *leges frumentariae* sancionadas en el año 123 a.C. en la República Romana, sin embargo, más recientemente el régimen de competencia de Estados Unidos nació con la *Sherman Act*, mientras el régimen de la Unión Europea presenta antecedentes en la suscripción de tratados como el GAT en 1947, y el tratado constitutivo de la CECA en 1952.

Ahora bien, como se determinó en el segundo capítulo de esta investigación, en el régimen de la Unión Europea, los Reglamentos y Directivas que han abordado el derecho de competencia a partir del año 2015, por regla general coincidieron en fomentar la coordinación,

uniformidad, integración, eficacia, y proporcionalidad en la aplicación del derecho de competencia en toda la Unión por parte de las ANC, dirigiéndose también a garantizar la eficacia en el ejercicio de las acciones por daños por parte de los consumidores.

Por otro lado, en el caso de Estados Unidos, los 4 casos objeto de análisis permitieron evidenciar una reiterada aplicación de principios como la proporcionalidad en el análisis del mercado relevante, y la primacía del principio de eficiencia, pues, si la conducta tiene efectos pro competitivos que no puedan lograrse por medios menos restrictivos, la misma será permitida por la ley. Debido a que el sentido del fallo depende del análisis del mercado relevante y las eficiencias de la conducta que estime el juez, en el régimen estadounidense existe cierta flexibilidad en el derecho de competencia, y en consecuencia, una flexibilidad de su aplicación privada del derecho de competencia.

Ahora bien, frente al derecho de competencia colombiano, es posible concluir que el mismo se integra por la regulación frente a: las prácticas restrictivas de la competencia (actos anticompetitivos, acuerdo anticompetitivos, y abuso de posición dominante), el control a integraciones empresariales y el régimen de competencia desleal. Así mismo, existen algunos regímenes especiales de competencia, los cuales aluden a mercados cuya naturaleza ha hecho que se sancionen normas especiales frente a sus agentes del mercado, conductas prohibidas, intervención del Estado, entre otros aspectos.

También es posible concluir que, en el régimen colombiano, las funciones de la SIC frente al derecho de competencia se pueden resumir en 4: función sancionatoria por prácticas restrictivas de la competencia, función de control previo de integraciones empresariales, función de abogacía de la competencia, y función jurisdiccional en los casos de competencia desleal.

Este régimen, especialmente en lo que respecta a las prácticas restrictivas de la competencia, no se ha sometido a reformas sustanciales recientes, pues los proyectos de Ley presentados a partir del año 2015 sobre el tema no cumplieron con el trámite legislativo, y en específico el proyecto de Ley presentado por el MINCIT fue retirado sin llegar a debates.

Por último, como fue posible concluir en el último capítulo, en el régimen de prácticas restrictivas de la competencia colombiano se deberían considerar tres aspectos importantes de reforma. En primer lugar, la aplicación pública del derecho de competencia, donde se sugiere aplicar en su justa medida los principios de eficacia y proporcionalidad en cuanto a la consideración de las facultades y estructura de la SIC, así como la consideración de principios como la coordinación frente a la posibilidad de trabajo mancomunado con otras entidades, y en la posibilidad de establecer criterios de priorización de casos, atendiendo a sus cargas operativas.

En segundo lugar, la aplicación privada del derecho de competencia, donde se sugiere materializar los principios de tutela judicial efectiva, eficacia y publicidad de las pruebas, para permitir a los particulares, ya sea por las acciones existentes o por medio de una nueva acción, el ejercicio de sus derechos y la reclamación de perjuicios ante los infractores de las normas sobre libre competencia, posibilitando incluso el apoyo de la SIC para llevar a cabo la estimación de perjuicios en estos casos.

Y en tercer y último lugar, aquellos mercados que específicamente requieran regulación en algún aspecto, donde se sugiere dar relevancia al sector agrícola y sector de las telecomunicaciones en las futuras reformas, siendo estos sectores básicos de la economía general en el país frente a los cuales han existido sugerencias de reforma por parte de la OCDE.

Referencias

- Albæk, S. (2013). Consumer welfare in EU competition policy. *Aims and values in competition law*, 67-88.
- Alexander, K. & Maly, V. (2015). The new EU market abuse regime and the derivatives markets. *Financial Law and Markets Review*, 9 (4), 243–250. <https://doi-org.crai-ustadigital.usantotomas.edu.co/10.1080/17521440.2015.1114246>
- Álvarez, L. F. (2008). Últimas tendencias en derecho de la competencia en América Latina. *Vniversitas*, (115), 248-262. <https://www.redalyc.org/pdf/825/82511511.pdf>
- Archila, E. J. (2010). Novedades de la Ley 1340 de 2009 para el Régimen de Protección de la Competencia. *Con-texto*, 32, 7-45.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/2523/2150>
- Ballbé, M. (1997). La competencia como principio vertebrador del sistema pluralista. *Anuario de la Competencia de 1998*. España. 107-124.
<http://anuariocompetencia.fundacionico.es/files/original/48e15603f501011efd28efaf5503b694342122c0.pdf>
- Balsam, J. S. (2021). What NCAA v. Alston Means for Professional Sports Leagues. *Brooklyn Law School, Legal Studies Paper No. 700*. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3914964> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3914964>
- Barker, R. (2018). El precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos. *CANOPUS EDITORIAL DIGITAL S.A.*

https://books.google.com/books?hl=es&lr=&id=IU_pEAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA20&dq=derecho+de+los+estados+unidos&ots=kTUt0VOaPi&sig=tpk_IVpqe4D4GfY14XGH_DVMgOKI

Barreto, S. (2017). La Libre Competencia Económica en el Régimen Jurídico de los Sesrvicios Públicos. *Revista Digital de Derecho Administrativo* (18), 225.

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5011/7169#citations>

Bartholomew, C. P. (2024). Normas antimonopolio en Estados Unidos y corrupción financiera. *Derecho Penal y Criminología*, 45(118), 175-207.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9250383>

Bermúdez, J. (2016). Nuevo marco legal en materia de abuso de mercado. *REVISTA LEX MERCATORIA Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, 13-19.

Brook, O. & Cseres, K. (2021). Policy Report: Priority Setting in EU and National Competition Law Enforcement.

SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3930189> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3930189>

Cooper, J. C. (2016). Antitrust Liability for Licensing Boards After North Carolina Dental: Antitrust Preemption as a Penalty Default?. *Journal of Antitrust Enforcement*, Forthcoming, *George Mason Law & Economics Research Paper*, 16-24.

SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2788119>

Congreso de la República de Colombia (24 de diciembre de 1959). Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. [Ley 155 de 1959]. DO: 30.138

Congreso de la República de Colombia (15 de enero de 1996). Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. [Ley 256 de 1996]. DO: 42.692

Congreso de la República de Colombia (21 de julio de 2009). Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. [Ley 1340 de 2009]. DO: 47.420

Corte Suprema de los Estados Unidos (2015). *North Carolina State Board of Dental Examiners v. Federal Trade Commission*, 135 S. Ct. 1101.

Corte Suprema de los Estados Unidos (2018). *Ohio Et Al. v. American Express Co. Et Al.*, 16-1454.

Corte Suprema de los Estados Unidos (2019). *Apple inc. v. Pepper Et Al.*, 139 S. Ct. 1514.

Corte Suprema de los Estados Unidos (2021). *National Collegiate Athletic Assn (NCAA). V. Alston*, 20-512.

De Fraipont, C.V.P. (2022). The impact of the damages directive on the enforcement of EU competition law. *Market and Competition Law Review*, 6(2), 191-198

Delgado, P. A. (2015). Cláusula de prohibición general de competencia desleal. *Revista CES Derecho*, 6(2), 93-107.

Díaz, L. M. (2022). ¿Cómo surgió la propiedad intelectual?. *Departamento de Propiedad Intelectual, Universidad Externado de Colombia*.

<https://propintel.uexternado.edu.co/como-surgio-la-propiedad-intelectual/>

Estella, F. D. (2003). LOS OBJETIVOS DEL DERECHO ANTITRUST. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 224.

Faure, M. G., & Leger, C. (2014). Towards a Harmonization of Insider Trading Criminal Law at EU Level?. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2543964

Fontaine, P. (2000). Una nueva idea para Europa: La declaración Schuman, 1950-2000. (2ª ed.). *Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas.*
<http://ieie.itam.mx/docs06/NuevaIdea.pdf>

Galindo, M. Á. (2010). Diccionario de teoría económica. *Ecobook - Editorial del Economista.*
<https://elibro.net/es/ereader/usta/60460?page=178>

Garavito, D. A. (2019). *Reclamaciones de daños derivadas de prácticas restrictivas de la competencia en Colombia.* (Trabajo de Grado). Pontificia Universidad Javeriana.
<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/45382/Reclamaciones%20de%20Da%C3%B1os%20Derivadas%20de%20Pr%C3%A1cticas%20Restrictivas%20de%20la%20Competencia%20en%20Colombia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Gómez, J. M. (2014). Aspectos penales fundamentales de la reciente Directiva y del Reglamento sobre abuso de mercado. *Análisis GA &P (Junio 2014).* <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/aspectos-penales-fundamentales-de-la-reciente-directiva-y-del-reglamento-sobre-abuso-de-mercado.pdf>

Grow, N. (2022). The future of college sports after Alston: Reforming the NCAA via conditional antitrust immunity. *William & Mary Law Review*, (64), 385-442.

Guerrero, D. (1994). El enfoque dinámico de la teoría de la competencia. *Cuadernos de economía: Spanish Journal of Economics and Finance*, 22(62-63), 97-118.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2686106>

- Harris, D. J. (1988). On the classical theory of competition, *Cambridge Journal of Economics* 12(1), 139-167. <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.cje.a035043>
- Kozak, M. (2023). ECN Directive – A Missed Opportunity for Strengthening the Rights of Parties?. *New Directions of Antitrust Enforcement*.
SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4516233> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4516233>
- Kirst, P. (2021). The Impact of the Damages Directive on the Enforcement of EU Competition Law: A Law and Economics Analysis. *Edward Elgar Publishing*.
- Krugman, P. & Wells, R. (2007). *Introducción a la economía: microeconomía*. (Trad. Reverté-Aguilar). [Microeconomics]. EDITORIAL REVERTÉ, S.A.
- Lara, M. A. (2018). *La inaplicabilidad de la acción de grupo como mecanismo indemnizatorio en los casos de cartelización empresarial en Colombia*. (Trabajo de Grado). Universidad de los Andes Colombia.
<https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/9495df74-b24c-45bf-9cc5-207816c5b8ed/content>
- Lykotrafiti, A. (2020). What does Europe do about fair competition in international air transport? A critique of recent actions. *Common Market Law Review*, 57(3).
- López, A. (1996). Las ideas evolucionistas en economía: una visión de conjunto. *Revista Buenos Aires Pensamiento Económico*, 1(1), 51-93. https://www.researchgate.net/profile/Andres-Lopez-38/publication/255665682_LAS_IDEAS_EVOLUCIONISTAS_EN_ECONOMIA_UNA

[_VISION DE CONJUNTO/links/5419a3ec0cf2218008bf98cb/LAS-IDEAS-EVOLUCIONISTAS-EN-ECONOMIA-UNA-VISION-DE-CONJUNTO.pdf](#)

- Lucia, J. S., Giménez, A. F., & Rosanas, M. C. (2009). Medio siglo de economía social de mercado. *Revista de fomento social*, (253), 79-102.
<https://doi.org/10.32418/rfs.2009.253.2011>
- Manne, G. A., & Stout, K. (2019). In *Apple v Pepper*, SCOTUS leaves home without its Amex. *Truth on the Market*. <https://truthonthemarket.com/2019/05/13/dementia-sets-in-at-scotus-as-the-justices-collectively-mislay-amex/>
- Mangas, A. M. (2008). La distribución de competencias en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad. *Jornada sobre el principio de subsidiariedad en la Unión Europea* (pp. 1-14). Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5748557.pdf>
- Massa, C. (2020). Sincere cooperation and antitrust enforcement: insights from the Damages and ECN+ Directives. *European Competition Journal*, 16(1), 126–148. <https://doi-org.craiu-stadigital.usantotomas.edu.co/10.1080/17441056.2019.1705631>
- Medina, J. (2017). Sobre el cartel en la industria del cemento en Colombia, precios y segregación espacial. <http://hdl.handle.net/10584/10869>
- Merlano, C. A., & Gorbanev, I. (2011). ¿ Por qué se limita la integración vertical en el sector salud en Colombia?. *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, 10(20), 170-180.
http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1657-70272011000100012&script=sci_arttext

- Metcalfe, J. S., Robert, V., & Yoguel, G. (2010). DANCING IN THE DARK: LA DISPUTA SOBRE EL CONCEPTO DE COMPETENCIA. *Desarrollo Económico*, 50 (197), 59–79. <http://www.jstor.org/stable/41219134>
- Miranda, A. (septiembre, 1992). *Anotaciones sobre el derecho antimonopolio en los Estados Unidos de Norteamérica*. Trabajo presentado en el Seminario “HACIA UN NUEVO RÉGIMEN DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA”. Repositorio Uniandes. 131-157. <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/47269/Anotaciones-sobre-el-derecho.pdf?sequence=1>
- Miranda, A., & Gutiérrez, J. D. (2007). HISTORIA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. *Revista Boliviana de Derecho*, (3), 215-267. <https://www.redalyc.org/pdf/4275/427539903013.pdf>
- Miranda, A., & Morales, L. D. (2022). Reforma al régimen de sanciones por la violación de las normas de libre competencia en Colombia: Análisis de la ley 2195 de 2022. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/27200/25433>
- Miranda, A., Gómez, K., & Morales, L. D. (2022). ANÁLISIS JURÍDICO Y ECONÓMICO DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS AL PROGRAMA DE BENEFICIOS POR COLABORACIÓN POR EL DECRETO 253 DEL 23 DE FEBRERO DE 2022. *Centro de estudio de la competencia CEDEC. Pontificia Universidad Javeriana de Colombia*. https://www.sce.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2022/09/Ana%CC%81lisis-del-Decreto-253-del-23-de-Febrero-de-2022_V2_Ana%CC%81lisis-Econo%CC%81mico.pdf

Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia (s.f.). *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)*.

<https://www.cancilleria.gov.co/internacional/politica/economico/OCDE>

Ministerio de Desarrollo Económico (30 de diciembre de 1992). Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. [Decreto 2153 de 1992]. DO: 40.704

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (26 de diciembre de 2011). Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones. [Decreto 4886 de 2011]. DO: 48.294

Nowak, M. (2022). Student-Athletes' Push for Compensation: Analyzing the Impact of Alston v. National Collegiate Athletic Association (Alston II), 958 F. 3d 1239 (9th Cir. 2020).

Jeffrey S. Moorad Sports Law Journal, (29), 35-84.

<https://digitalcommons.law.villanova.edu/mslj/vol129/iss1/>

OCDE (2013). *Estudios económicos de la OCDE COLOMBIA. Evaluación económica*.

https://www.oecd.org/economy/surveys/Colombia_Overview_ESP%20NEW.pdf

OCDE (2015). *Estudios económicos de la OCDE COLOMBIA*.

https://www.oecd.org/economy/surveys/Overview_Colombia_ESP.pdf

OCDE (2022). *Estudios económicos de la OCDE COLOMBIA*. [https://www.oecd-](https://www.oecd-ilibrary.org/economics/estudios-economicos-de-la-ocde-colombia-2022_624c78fa-es)

[ilibrary.org/economics/estudios-economicos-de-la-ocde-colombia-2022_624c78fa-es](https://www.oecd-ilibrary.org/economics/estudios-economicos-de-la-ocde-colombia-2022_624c78fa-es)

OCDE (s.f.). *75 Aniversario de la creación de la OEEC: De las cenizas de la guerra a los cimientos de una cooperación duradera*. <https://www.oecd.org/about/history/oec/>

OCDE (s.f.). *Acerca de la OCDE*. <https://www.oecd.org/acerca/>

Ortiz, I. S., & Solano, D. A. (2022). Los actos contrarios a la libre competencia: su regulación y la justificación de su permanencia en el ordenamiento colombiano. *Estudios de Derecho de Competencia*. Universidad Externado de Colombia (1ª ed.) 212-278.
<https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/75e514b5-49b9-4a4c-a56b-ee0469d03424/content>

Olaechea, J. A. (1988). El surgimiento del derecho de la libre competencia y sus escuelas básicas (Segunda parte). *THEMIS Revista de Derecho*, (12), 40-45.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/9300/9716>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2009). *DERECHO Y POLÍTICA DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA*.
<https://www.oecd.org/colombia/44111213.pdf>

OMC (2020). *Diccionario de Términos de Política Comercial*. (6ª ed.).
https://www.wto.org/spanish/res_s/publications_s/dictionary_trade_policy_s.htm

Ortega, C. (2016). Aproximación al régimen de defensa de la competencia en Colombia. *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, (5), 331-422.

Palacios, A., & Gutiérrez, J. D. (2015). Una Nueva Visión Sobre Los Orígenes Del Derecho De La Competencia Colombiano (A New View on the Origins of the Colombian Antitrust

- Law). *Rev. Derecho Competencia. Bogotá (Colombia)*, 11(11), 137-176.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2727003
- Peña, J. (2021). Las políticas de competencia en América Latina post-consenso de Washington. *Chile: Centro de Competencia, CeCo. Universidad Adolfo Ibáñez.*
<https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2021/03/Julian-Pena.pdf>
- Perea, J. (2017). RESEÑA DEL LIBRO CONTRA EL SISTEMA ANTIMONOPOLIO: EL MITO DEL ANTITRUST DE DT ARMENTANO (UNIÓN EDITORIAL, MADRID 2015). *Procesos de Mercado: Revista Europea de Economía Política*, 14(1). 561-590.
<https://www.jesushuertadesoto.com/wp-content/uploads/2017/07/561-590-170705-Visual-Procesos-de-Mercado-COMPLETO-n%C3%BAmero-27-Vol.-XIV-n.-1-19.pdf>
- Peritz, R. J. (2017). The “Rule of Reason” in Antitrust Law: Property Logic in Restraint of Competition. *Competition Law* (pp. 303-360). Routledge.
- Prieto, E. (2005). La política de defensa de la competencia en la Unión Europea. *ICE, Revista De Economía*, 1(820), 99-110. <http://www.revistasice.com/index.php/ICE/article/view/745>
- Posivak, B. (2022). The Demise of the Hub-and-Spoke Cartel and the Rise of the Student Athlete: A Significant Step Toward a New Era of Conferences in NCAA v. Alston. *University of Miami Business Law Review*, 31, 38.
- Ramírez, F. (2007). *LA POLÍTICA DE COMPETENCIA Y EL PROCESO DE REGULACIÓN EN MÉXICO, 1993-1999*. [Tesis Para Obtener El Título De Licenciado En Economía]. Universidad Nacional Autónoma de México. Biblioteca Virtual De Derecho, Economía,

- Ciencias Sociales y Tesis Doctorales. <https://www.eumed.net/libros-gratis/2007b/281/indice.htm>
- Resico, M. F. (2019). *Introducción a la economía social de mercado*. Konrad Adenauer stiftung. http://190.57.147.202:90/jspui/bitstream/123456789/493/1/Introducci%C3%B3n%20a%20la%20Econom%C3%ADa%20Social%20de%20Mercado%20%28Pdf%29%20v_2.pdf
- Restrepo, M. (1997). La reforma a la seguridad social en salud de Colombia y la teoría de la competencia regulada. *Serie Financiación y Desarrollo*. COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, NACIONES UNIDAS. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/c5e71389-d899-4d1b-939f-45e3bb4fd31a/content>
- Rivadeneira, F. (2009). *ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO*. Konrad Adenauer stiftung. <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/57191.pdf>
- Rodríguez, V. C. (2019). *Resarcimiento de los daños causados por la cartelización empresarial en Colombia*. (Tesis de Maestría). Universidad Católica de Colombia. <https://repository.ucatolica.edu.co/entities/publication/9b60a652-7123-4fca-b0a0-b8db3b7e099d>
- Rodríguez, A. A. (2019). *Colusión del cartel azucarero del Valle del Cauca un caso de estudio desde la economía política*. (Trabajo de Grado). Universidad del Valle. Biblioteca Digital Univalle. <https://bibliotecadigital.univalle.edu.co/handle/10893/14525>

- Rubano, I. M. (2000). El sistema del common law en el Derecho inglés y el Derecho de los Estados Unidos de América. *Revista De La Facultad De Derecho*, (18), 69-78. Disponible en <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/268>
- Ruiz, A. M. (2018). *Protección jurídica contra la competencia desleal en el marco del comercio internacional: Estudio de derecho internacional privado europeo*. (Tesis Doctoral). Universidad de Murcia. Digitum Biblioteca Universitaria. <https://digitum.um.es/digitum/handle/10201/63019>
- Saeta, M. (1988). El control de precios en Colombia. Antecedentes constitucionales y legales. <https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/0957432e-8aa8-4ce4-b671-f9ce8b10c13c/content>
- Salazar, C. (2013). Algunos apuntes sobre la culpa en la responsabilidad derivada de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia. *Revista Digital de Derecho Administrativo* (10), 147-160.
- Sandefur, T. (2015). Freedom of Competition and the Rhetoric of Federalism: North Carolina Board of Dental Examiners v. FTC. *2014-2015 Cato Supreme Court Review*. 195-225. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2658427>
- Santaolalla, C. (2019). El Derecho de la competencia y el sector agroalimentario: retos actuales. *Cuadernos de derecho y comercio*, (1), 327-359.
- Sarmas, I. (2020). Market Definition for Two-Sided Platforms: Why Ohio v. American Express Co. Matters for the Big Tech. *Florida State University Business Review*, (19). SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3375810> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3375810>

SIC (s.f.). *Definiciones sobre competencia*. <https://www.sic.gov.co/que-es-la-libre-competencia#:~:text=En%20t%C3%A9rminos%20econ%C3%B3micos%2C%20la%20competencia,servicios%20en%20un%20mercado%20determinado.>

SIC (s.f.), *Preguntas frecuentes Régimen de Protección de la Competencia*.

https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Preguntas_frecuentes_Regimen_de_Proteccion_de_la_Competencia.pdf

SIC (s.f.), *Competencia en el sector de la salud*.

<https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Estudio%20de%20salud.pdf>

SIC (2012). *Aspectos Importantes en la Definición Mercados Relevantes*.

https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Aspectos_Importantes_Definicion_Mercados_Relevantes.pdf

SIC (2015). *Resolución No. 103652 del 30 de diciembre de 2015*.

https://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/resolucion_103652_azucar.pdf

SIC (2016). Resolución No. 86817 del 16 de diciembre de 2016. *“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”*.

https://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/RESOLUCION_86817_PANALES.pdf

SIC. (2017). Resolución No. 81391 del 11 de diciembre de 2017. *“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia”*.

https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Normativa/Resoluciones/Resolucion_81391_2017.pdf

SIC (2019). *Guía de Análisis de Integraciones Empresariales*.

[https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Proteccion_Competencia/Integraciones_Empresariales/2019/Gu%C3%ADa%20Integraciones%20Empresariales_agosto16_2019%20\(1\).pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Proteccion_Competencia/Integraciones_Empresariales/2019/Gu%C3%ADa%20Integraciones%20Empresariales_agosto16_2019%20(1).pdf)

Unión Europea (s.f.). *Competencia*. https://european-union.europa.eu/priorities-and-actions/actions-topic/competition_es

Unión Europea (2014). Reglamento (UE) n ° 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión Texto pertinente a efectos del EEE. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L173/1, de 12 de junio de 2014. <http://data.europa.eu/eli/reg/2014/596/oj>

Unión Europea (2014). Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado (Directiva sobre abuso de mercado). *Diario Oficial de la Unión Europea*, L173/179, de 12 de junio de 2014. <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/57/oj>

Unión Europea (2014). Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea Texto pertinente a efectos del EEE. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L349/1, de 5 de diciembre de 2014. <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/104/oj>

Unión Europea (2019). Reglamento (UE) 2019/712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativo a la defensa de la competencia en el transporte aéreo y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 868/2004. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L123/4, de 10 de mayo de 2019. <http://data.europa.eu/eli/reg/2019/712/oj>

Unión Europea (2019). Directiva (UE) 2019/633 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L111/59, de 25 de abril de 2019. <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/633/oj>

Unión Europea (2019). Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior (Texto pertinente a efectos del EEE.). *Diario Oficial de la Unión Europea*, L11/3, de 14 de enero de 2019. <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/1/oj>

Unión Europea (2022) Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales) (Texto pertinente a efectos del EEE). *Diario Oficial de la Unión Europea*, L265/1, de 12 de octubre de 2022. <http://data.europa.eu/eli/reg/2022/1925/oj>

UNAM (2022). *México debe continuar como miembro de la OCDE*. https://www.dgcs.unam.mx/boletin/bdboletin/2022_403.html

- Vidales, L. (2003). *Glosario de términos financieros: términos financieros, contables, administrativos, económicos, computacionales y legales*. Plaza y Valdés (México).
<https://elibro.net/es/lc/usta/titulos/76114>
- Wright, J.D., Yun, J.M. (2019). Burdens and Balancing in Multisided Markets: The First Principles Approach of *Ohio v. American Express*. *Review of Industrial Organization*, (54), 717–740.
<https://doi-org.crai-ustadigital.usantotomas.edu.co/10.1007/s11151-019-09677-7>
- Vidican, R. D., & Hepes, R. A. (2022). The Impact of Anti-Competitive Cartel Agreements on Consumers and the Economy in General. *AGORA International Journal of Juridical Sciences*, (16), 73-79.
- Wils, W. P. J. (2023). Should the EU Competition Damages Directive Be Revised to Grant Companies that Have Received Immunity from Fines under the Competition Authorities' Leniency Programmes also Immunity from Damages?. *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW); Concurrences* Review, Forthcoming.
SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4479776> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4479776>
- Wörsdörfer, M. (2024). Apple's antitrust paradox. *European Competition Journal*, 20(1), 113–146. <https://doi-org.crai-ustadigital.usantotomas.edu.co/10.1080/17441056.2023.2262870>
- Zamora, J. L. & Ortega, T.L (2018). Conductas colusorias: del derecho romano a la ley 15/2007 de defensa de la competencia. *REVISTA QUAESTIO IURIS*, 11(2), 1106-1128.
<http://hdl.handle.net/10553/42107>