

¿LOS ACUERDOS HORIZONTALES DE PRECIOS EN COLOMBIA SE RESUELVEN POR LA REGLA *PER SE*?: EL CASO DE LAS EMPRESAS DE VIGILANCIA Y LOS RETOS DEL CONSEJO DE ESTADO¹

*Carlos Andrés Uribe Piedrahíta*²
Pontificia Universidad Javeriana*

RESUMEN

El lector podrá encontrar en este artículo, un análisis y alternativas del uso y aplicación de la regla *per se* en Colombia para los casos de libre competencia. El estudio comienza con una introducción que plantea una reflexión sobre un derecho de la competencia en Colombia visto desde la perspectiva de un ordenamiento que toma instituciones foráneas para aplicarlas al interior de sus fronteras. En la primera parte trata la pugna entre la regla de la razón y la regla *per se*, partiendo del reconocimiento de la figura en los Estados Unidos y su evolución por medio de los fallos o decisiones de la Corte Suprema. Este punto permite reconocer la aplicación para Norteamérica, pero no intenta ser un referente de certeza, sólo una ilustración de quienes constantemente y por más de un siglo se han tenido que enfrentar con problemas de mercado, en alguna medida similares a los nuestros, para realizar algunas observaciones sobre el trabajo de la figura en Colombia.

Fecha de recepción: 14 de noviembre de 2006
Fecha de aceptación: 17 de noviembre de 2006

1 Este artículo es un producto de investigación del macroproyecto CEDEC del grupo de investigación derecho económico de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

2 Profesor investigador de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín. Especialista en finanzas de la misma universidad y candidato a doctor por la Universidad de Salamanca.

* Calle 40 # 6-23, piso 6°, Bogotá, Colombia.

Después de trabajar esas dos metodologías de análisis de casos y una visión de su aceptación en Colombia, se pasa al estudio de los acuerdos horizontales principalmente, que da bases para el estudio del tercer apartado. En la tercera parte se trabaja con un caso de acuerdos horizontales de precios entre empresas de seguridad que se presentó ante la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Este análisis se elabora con el desarrollo procesal en sus diferentes instancias, desde su aspecto netamente administrativo tratado por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, para continuar con lo Contencioso Administrativo desarrollado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Por último, en la cuarta parte se trabaja los retos que tiene el Consejo de Estado como órgano de cierre en la definición de la existencia o no de la regla *per se* para Colombia y la importancia de esta decisión.

Palabras clave: regla *per se*, regla de la razón, acuerdos horizontales de precios, externalidades, eficiencia, *hard core* carteles, acuerdos accesorios.

ARE HORIZONTAL PRICE AGREEMENTS SOLVED BY THE PER SE RULE IN COLOMBIA?: SURVEILLANCE COMPANIES AND STATE COUNCIL CHALLENGES CASE

ABSTRACT

The reader will find on this article the analysis as well as different alternatives to apply the per se rule for anti trust cases in Colombia. This study begins establishing thoughts about the anti trust law in our country seen under the perspective of a law that takes foreign institutions to apply them within its boundaries.

In the first part, it deals with the struggles between the rule of reason and the per se rule from recognizing the United States figure and working its evolution through the judgment or decisions the Supreme Court makes. This subject lets us recognize the application in North America, not as a referent of certainty but as an illustration of who constantly, and for over a century, have faced market troubles similar to ours in order to make some observations about the institution in Colombia.

After working those two case analysis methodologies, we will go over the study of horizontal agreements, which gives bases to study the third subject. This part is worked under a case of horizontal price agreement between security companies presented to the SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. The analysis is about the process development in its different instances, from the administrative aspect treated by the SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, to the Contencioso Administrativo developed by the Administrative Tribunal of Cundinamarca. In the forth part, we will work on the challenges the State Council has as an organ of closure when defining the existence, or not, of the per se rule in Colombia and the importance of this decision.

Key words: *Competition, per se rule, rule of reason, horizontal price agreements, externalities, efficiency, naked restraints, ancillary agreements.*

INTRODUCCIÓN

Una de las especialidades de las ciencias jurídicas en relación con la economía que más ha tenido desarrollo en los últimos decenios es, sin lugar a dudas, el derecho de la competencia³. Puede decirse que con mayor afán, en los últimos cuarenta años, alrededor de unas cincuenta economías en procesos de transición han creado nuevos sistemas de política de competencia o han reactivado sus legislaciones haciéndolas eficientes ante las infracciones anticoncurrenciales⁴. Han influido notoriamente en este proceso diferentes organizaciones internacionales como la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), la Comunidad Andina de Naciones (CAN), el Banco Mundial (BM), la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE), y la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), todas en procura de un mercado más amplio para las transacciones de bienes y servicios, y principalmente, con unas reglas más homogéneas que sustenten

3 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO, *Derecho antimonopolio y de defensa de la competencia*, t.1., Heliasta, Buenos Aires, 2005. KOVACIC, WILLIAM E., "Getting started: Creating new competition policy institutions in transition economies", en: *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 23, 1997.

4 Entre éstas se pueden encontrar: Albania, Algeria, Argentina, Belarus, Brasil, Bulgaria, Chile, República Checa, República Dominicana, Estonia, Gabón, Georgia, Hungría, India, Ivory Coast, Jamaica, Kazajistán, Kenya, Corea del Sur, Latvia, Lituania, México, Moldavia, Mongolia, Panamá, Ecuador, Perú, Colombia, Polonia, Rumania, Rusia, Eslovenia, Sudáfrica, Sri Lanka, Taiwán, Tailandia, Túnez, Ucrania, Venezuela, y Zambia.

el margen de acción de los agentes económicos, como motores del crecimiento y el desarrollo al interior de las regiones⁵.

Los países que han pasado por procesos de transición, como Colombia, han asumido una orientación occidental (por referencia a los países más desarrollados) del derecho de la competencia, direccionados principalmente por comisiones especiales, o por acuerdos con la banca multilateral, como también por las referencias de los creadores de las políticas a los modelos normativos e institucionales como el estadounidense y el europeo⁶. Estos procesos no se pueden entender pacíficos, pues no se puede olvidar que tanto el régimen americano, como el europeo, tienen sus raíces y desarrollos muy arraigados a su cultura, ambos con matices muy propios en sus medios y fines⁷. Muchas veces se ha criticado los regímenes de la competencia de los países en transición, sobre todo por aquéllos que dirigen las mismas políticas de competencia para estos países, tal vez olvidándose por un lado, de los traumatismos, el tiempo y los desarrollos que sobre la marcha se han realizado en cada uno de los países modelo de regulación de la competencia, como de la ausencia de cultura de la competencia en estos países⁸.

También es importante reconocer que todos estos procesos de implementación, desarrollo y práctica de la libre competencia han tenido desarrollos disímiles en nuestra región. Por un lado, los países del cono sur, como se verá más detenidamente, tienen años de desarrollo y trabajo con políticas de libre competencia, en especial: Chile, Argentina, Uruguay y Brasil. Y de la parte norte de América del Sur, como Venezuela, Colombia y Perú, que han implementado políticas de competencia y siguen trabajando en su modernización, como en la generación de cultura o abogacía de la competencia. Por otro lado se encuentran países como Ecuador, Bolivia y Paraguay, que carecen completamente de legislación propia sobre libre competencia, o apenas comienzan con ella o en su defecto asumen normas regionales (CAN) para que se entienda que hay interés sobre la materia.

Se ha sostenido casi sin discusión, que los procesos que se han adelantado en la región en materia de libre competencia, obedecen a la transformación macroeconómica que se ha dado en las últimas décadas, pasando de un modelo

5 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, El derecho de la competencia en América Latina y el Caribe. Para publicación en 2007.

6 OECD Global Forum on Competition. Challenges/obstacles faced by competition authorities in achieving greater economic development through the promotion of competition. Contribution from the United States. Ccnm/gf/comp/wd(2004)30. del 5 de febrero de 2004.

7 CALVO CARAVACA, ALFONSO y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, COLEX, 2003, Madrid, pág. 243 y sigs.

8 KOVACIC, WILLIAM E., "Getting started: Creating new competition policy institutions in transition economies", en: *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 23, 1997.

cepalino de sustitución de importaciones, a un modelo comercial que usualmente se relaciona con el modelo del Consenso de Washington propuesto y organizado por JOHN WILLIAMSON⁹, pero que en la realidad se ha visto matizado por la intervención de economistas del Banco Mundial, como también por académicos y políticos en nuestra región y foráneos quienes han participado en la implementación de las diferentes políticas comerciales. En materia de política de la competencia, la desregulación económica, la apertura comercial, las privatizaciones y los diferentes acuerdos comerciales, sobre estructuras regionales y/o bilaterales, han motivado e impulsado la necesidad de conjuntos normativos e instituciones que regulen, controlen y vigilen el desenvolvimiento de los diferentes agentes económicos en los mercados, sin infringir la condición fundamental de la libertad económica dentro de un ambiente de función y responsabilidad social¹⁰.

Si bien hoy es muy común encontrarse legislaciones protectoras de la competencia que hacen alusión u obtienen su sustento en los bastiones del derecho de la competencia, en el sentido de cuerpos normativos, instituciones y prácticas decisorias, como el estadounidense o el europeo, o en países como Alemania, España, Francia, Canadá, Australia, etc., que refuerzan tesis para la generación de políticas de la competencia que se amolden un poco más a la idea de lo que en cada lugar se considera o se espera que el derecho de la competencia deba ser y hacer. Sin embargo, el principal motor y objeto irremplazable de las políticas de competencia es la actividad industrial, comercial y de servicios que se da al interior de los estados, pues si no se encuentran en crecimiento con la idea de libre mercado, la política de competencia es sólo una vía libre al fracaso, y muchas veces ese fracaso no quiere decir más que, como sucede en aquellas economías eminentemente encuadrables en el sector primario, determinadas por la alta participación de este sector en el total del producto interno bruto (PIB) y caracterizado por sus costos crecientes a escala y la homogeneidad en los bienes; el mercado se constituye sobre una escasa economía perfecta o casi perfecta, pero que las normas de libre competencia no tienen lugar, a veces desde el aspecto práctico y en otras ocasiones, desde el aspecto cultural¹¹.

9 WILLIAMSON, JOHN, "What Washington Means by Policy Reform", Capítulo 2, en: *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, por: JOHN WILLIAMSON, 1990.

10 CELANI, MARCELO Y STANLEY, LEONARDO, *Política de competencia en América Latina*, CEPAL – serie: Desarrollo Productivo, 2003. Es importante reconocer que desde 1919 en Argentina, 1934 en México, 1959 en Colombia y Chile, 1962 en Brasil, en la región se tenían algunos desarrollos sobre la política de competencia, si bien parece que desarrollan principios de naturaleza comercial y civil, su naturaleza era enfrentar comportamientos anticompetitivos y desleales. En todo caso, la falta de una cultura de competencia y de autoridades que entendieran el tema, no hicieron demorar a estas legislaciones para que se convirtieran en letra muerta o en un dolor de cabeza a las autoridades, para que durmieran por años en el rincón de las regulaciones inaplicadas.

11 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO, *Derecho antimonopolio...*, t.1, pág. 14 y sigs.

Los países en vías de desarrollo, en grades rasgos, presentan o han presentado tipologías muy comunes de violaciones a la normatividad de protección de la competencia. Estas prácticas se sustentan por factores asociados a cinco condiciones: la primera, se encuentra delimitada por el tamaño de los mercados, los cuales no representan la participación o concurrencia de competidores y que pocos agentes económicos alcanzan grados de eficiencia significativos; la segunda, se puede enmarcar dentro de las limitaciones al capital para emprender industrias diferentes a las ya establecidas; la tercera, se encuentra en la concentración política e industrial con representaciones difíciles de separar, donde las instituciones públicas se encargan de generar protecciones a las empresas ya existentes; en cuarto lugar, una estructura industrial sin alto contenido tecnológico y fundamentada en procesos productivos con pocas posibilidades de modernización tecnológica; y por último, la ausencia de cultura empresarial competitiva, que pretende lograr mayores beneficios en sectores tradicionales con actividades de *lobby*.

Lo anterior, confirma la tesis que establece que la eficacia de las normas protectoras de la libre competencia está directamente vinculada con la existencia de una industria moderna, suficiente y que genere valor, pues de lo contrario, los procesos de comercialización, estarán encaminados o a producir más daños que beneficios sobre todo con el ahogamiento de ciertos sectores productivos, por la falta de estímulos al desarrollo y la posibilidad de consolidación de las pequeñas y medianas empresas.

Después de este análisis sobre el papel de la competencia, este artículo se propone plantear la discusión de la aplicación de la regla *per se* en Colombia, hecho que contribuye al desarrollo y firmeza de la política de competencia, pues la forma de analizar las conductas de los agentes económicos desde una visión del alcance de las normas (lo que se permite y lo que se prohíbe), es por esencia uno de los componentes fundamentales del estudio del mercado a través de las normas de libre competencia.

Este artículo, como se muestra a continuación, se concentra en el estudio de la regla *per se*, los acuerdos en el derecho de la competencia, el estudio de un caso fallado por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO y apelado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca sobre un acuerdo de precios entre algunas empresas de seguridad y los retos que debe resolver el Consejo de Estado. La finalidad se describe en la oportunidad que tiene el Consejo de Estado para formular una política de libre competencia con fundamento en lo que se debe esperar de la misma, los objetivos a los que debe obedecer y el papel que debe cumplir la Superintendencia de Industria y Comercio en la dirección de la política de competencia. Con todo lo anterior, este trabajo intenta contestar a las preguntas: ¿existe la regla *per se* en Colombia? ¿Existiendo la regla *per se* en Colombia, todos

los acuerdos de precios son anticompetitivos? ¿Debe existir algún criterio que permita pasar, en los acuerdos horizontales de precios horizontales, de la regla *per se* a la regla de la razón?

1. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ENTRE LA REGLA *PER SE* Y LA REGLA DE LA RAZÓN

Este primer capítulo tratará los dos modelos de análisis de las normas de libre competencia, el análisis desde la regla de la razón y la regla *per se* con fundamento en los desarrollos que se han dado principalmente en el derecho norteamericano de la competencia. Luego se estudiarán algunos argumentos que fundamentan la existencia de estas reglas en Colombia y la interpretación que de las mismas se está haciendo.

La existencia de dos modelos de análisis para enfrentar los casos de libre competencia (*antitrust*), desde la perspectiva de la valoración competitiva o anticompetitiva de los comportamientos de las empresas, comienza en Estados Unidos con la aplicación de la regla *per se* y la regla de la razón. Este hecho se fundamenta en el alcance que tribunales y doctrina le han dado a la parte 1 de la *Sherman Act*¹², ya que esta normatividad considera desde el texto, tanto actos coherentes con la competencia como otros completamente anticompetitivos¹³. En esa línea, se podrá decir de forma muy simple que las conductas que puedan ser competitivas deben ser evaluadas desde la regla de la razón, que pretende el estudio de todas las justificaciones competitivas y todos los efectos beneficiosos que pueda producir¹⁴. Por otro lado, las conductas anticompetitivas deben ser condenadas

12 La Ley de SHERMAN fue aprobada en 1890 en respuesta al desarrollo y crecimiento de los carteles y monopolios. En todo caso, el objetivo de la política de la competencia norteamericana no era muy clara, desde los objetivos de protección hasta el mismo texto de la *Sherman Act*, el cual es bastante amplio y genérico. Por ejemplo, el juez STONE en el caso *Hosiery Co. v. Leader*, 310 U.S. 469, 489 (1940), dice que la descripción legal de la *Sherman Act*, no se encuentra desarrollada en términos precisos y claros, y por ello las cortes deben darle contenido a la vaguedad propia de la norma con la luz de la historia. El presidente de la Corte Suprema de Justicia el juez STONE ha descrito: “[...] *The prohibitions of the Sherman Act were not stated in terms of precision or of crystal clarity and the Act itself did not define them. In consequence of the vagueness of its language, perhaps not uncalculated, the courts have been left to give content to the statute, and in performance of that function it is appropriate that courts should interpret its word in the light of its legislative history and of the particular evils at which the legislation was aimed. Apex Hosiery Co. v. Leader, 310 U.S. 469, 489 (1940)*”).

13 FOX, ELEANOR M., “*The Politics of Law and Economics in Judicial Decision Making: Antitrust as a Window*”, 61 *New York University Law Review*, 1986, pp. 554-563; GLADIEUX, JENNIFER E., “*Comment, Towards a Single Standard for Antitrust: The Federal Trade Commission’s Evolving Rule of Reason*”, 5 *Geo. Mason L. Rev.* 1997, pp. 471, 475.

14 *Chicago Board of trade v. United States*, 246 U.S. 231, 238 (1918): “*No opinion was delivered by the District Judge. The government proved the existence of the rule and described its application and the*

desde la regla *per se*, sin la oportunidad de probar los beneficios que puede traer una determinada restricción de la competencia¹⁵.

Si bien los dos modelos de análisis se han aplicado a través de la historia del derecho *antitrust*, su aceptación no ha sido pacífica para todos los casos ya que según las épocas y las diferentes corrientes de pensamiento jurídico, filosófico y económico, han hecho que se reestructure o varíe la aplicación de una regla *per se* o una regla de la razón a los diferentes tipos de casos.

Los cambios que puedan surgir en la valoración de una regla sobre otra, se pueden entender por una mejor comprensión de los hechos del mercado. Pues si se entiende que el mercado es una institución que los hombres desarrollan para el beneficio particular y colectivo de las sociedades, cuando una conducta que desarrolla

change in business practice involved. It made no attempt to show that the rule was designed to or that it had the effect of limiting the amount of grain shipped to Chicago; or of retarding or accelerating shipment; or of raising or depressing prices; or of discriminating against any part of the public; or that it resulted in hardship to any one. The case was rested upon the bald proposition, that a rule or agreement by which men occupying positions of strength in any branch of trade, fixed prices at which they would buy or sell during an important part of the business day, is an illegal restraint of trade under the Anti-Trust Law. But the legality of an agreement or regulation cannot be determined by so simple a test, as whether it restrains competition. Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence. The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied; its condition before and after the restraint was imposed; the nature of the restraint and its effect, actual or probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts. This is not because a good intention will save an otherwise objectionable regulation or the reverse; but because knowledge of intent may help the court to interpret facts and to predict consequences. The District Court erred, therefore, in striking from the answer [246 U.S. 231, 239] allegations concerning the history and purpose of the call rule and in later excluding evidence on that subject. But the evidence admitted makes it clear that the rule was a reasonable regulation of business consistent with the provisions of the Anti-Trust Law”.

- 15 Northern Pac. Ry. v. United States, 356 U.S. 1, 5 (1958) “However, there are certain agreements or practices which because of their pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue are conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal without elaborate inquiry as to the precise harm they have caused or the business excuse for their use. This principle of *per se* unreasonableness not only makes the type of restraints which are proscribed by the Sherman Act more certain to the benefit of everyone concerned, but it also avoids the necessity for an incredibly complicated and prolonged economic investigation into the entire history of the industry involved, as well as related industries, in an effort to determine at large whether a particular restraint has been unreasonable -an inquiry so often wholly fruitless when undertaken. Among the practices which the courts have heretofore deemed to be unlawful in and of themselves are price fixing, *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150, 210 ; division of markets, *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F. 271, *aff'd*, 175 U.S. 211 ; group boycotts, *Fashion Originators' Guild v. Federal Trade Comm'n*, 312 U.S. 457 ; and tying arrangements, *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392 .”

una empresa o conjunto de empresas presenta mejores consecuencias o efectos en el mercado, tanto para el agente o agentes que participan, como para toda la sociedad, no se puede pretender que por la existencia de unos antecedentes o de la existencia de una regla *per se*, se pierdan los beneficios que tal hecho comporta¹⁶. De igual manera si una conducta es anticompetitiva, la incertidumbre, la complejidad y los costos de procedimiento que comporta, son una carga para quien demanda y que no debería soportar desde la regla de la razón (para el caso colombiano sería la Superintendencia de Industria y Comercio “SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO” que al mismo tiempo investiga y sanciona). Esta dicotomía, es básicamente donde se asienta la discusión. Sin embargo, a la espalda de este debate sobre los costos de la eficiencia y de la aplicación o rechazo de la regla *per se*, también hay un debate menos explícito pero que sigue vigente en el enfrentamiento de esas dos posiciones¹⁷.

Asumiendo por un lado que, la aplicación de la regla *per se* es la mejor y única forma de hacer cumplir vigorosamente la normativa *antitrust*, es decir, que la regla de la razón podría verse como un lugar de refugio para aquellos que entienden que las leyes de competencia se encuentran muy distanciadas de la realidad y que sólo se aplican en los casos más restrictivos del mercado entre los ya restrictivos. En definitiva, argumentarían que la regla de la razón lo que mejor hace, es favorecer la aplicación lenta y relajada de la ley *antitrust*¹⁸. Por otro lado, quienes defienden la aplicación de la regla de la razón, manifiestan su inconformismo por la aplicación de la regla *per se* a comportamientos procompetitivos, argumentando los costos sociales de esa política y sin aceptar la defensa de los adeptos de la regla *per se*, donde la aplicación de ésta a comportamientos que podrían ser competitivos es sólo un punto ante los beneficios de los resultados generales de la regla *per se*¹⁹.

Antes de hacer una breve descripción de los dos modelos de análisis, regla *per se* y regla de la razón, es necesario reconocer que su aplicación debe estar unificada, es importante examinar que desde cualquier punto de vista, la actividad de los particulares se encuentra en función del conocimiento y certeza de la legitimidad y legalidad de su comportamiento, para con ello disminuir los costos de transacción y actuar eficientemente dentro de ordenamiento jurídico. En términos más concretos,

16 PIRAINO, THOMAS A. JR., “Reconciling the *per se* and rule of reason approaches to antitrust analysis”, en: 64 *Southern California Law Review*, March, 1991, pp. 685–687. Este autor trata de forma muy concreta las posiciones que se desarrollan con un modelo de eficiencia y un modelo intervencionista para la aplicación de las reglas de la razón y *per se*.

17 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, JUAN DAVID, “Fundamentos económicos del derecho de la competencia”, en: CEDEC VI, 2006, JAVERGRAF, Bogotá, D.C., pág. 269 y sigs

18 BESCHLE, DONALD L., «What, Never? Well, Hardly Ever»: *Strict Antitrust Scrutiny as an Alternative to per se Antitrust Illegality*”, en: 38, *University of California Hastings Law Journal*, march, 1987, p. 471. pp. 475, 476.

19 Bork, Robert H., *The antitrust Paradox. A policy at war with itself*, free press, 1993, New York.

un agente económico siempre se comportará en función de la maximización de sus beneficios, los cuales pretenderá satisfacer dentro de la órbita de la legalidad, afuera otros supuestos. Esto es, si las normas se comportan con un alto grado de incertidumbre sobre la legalidad, posible ilegalidad o ilegalidad total, tanto los agentes económicos como la sociedad, estarán condenados a una pérdida social irrecuperable, ya que los agentes económicos asumirán costos innecesarios (el ocultamiento de una conducta legítima, el pago de una sanción por la realización de una conducta aparentemente ilegal con posibilidad de demostrar que era competitiva, la no realización de la conducta, mayor eficiencia, disminución de los precios, etc.) y el mercado en toda su magnitud estará funcionando ineficientemente²⁰.

1.1. Regla de la razón

Entrados los primeros años de la *Sherman Act* y básicamente a principios del s. XX, la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció un enfoque literal de la Sección 1, donde cualquier contrato podría ser considerado como restrictivo del comercio²¹. Teniendo en cuenta lo que había sucedido hasta ese momento²², la Corte Suprema desarrolla una interpretación de la sección 1 donde se considera, con fundamento en la naturaleza de su derecho consuetudinario, que las empresas deben regular razonablemente sus comportamientos, pretendiendo que sólo las restricciones irrazonables del comercio deben ser tenidas por ilegales²³. En este

20 BESCHLE, DONALD L., «What, Never?...?», ob., cit., pp. 476 y 477. Presenta como solución al dilema de la aversión a la regla *per se*, por sus connotaciones irrealistas de prohibición total, que se consagre un sistema de carga de prueba para los acusados que sea severo pero no imposible para que demuestre que la conducta es procompetitiva. Esto, porque si se abandonara por completo la regla de *per se*, se estaría enviando un mensaje contrario frente a la tolerancia un estado para con los comportamientos anticompetitivos.

21 El juez BRANDEIS sostuvo como crítica a los argumentos de la interpretación literal de la Sherman lo siguiente “[...] *But the legality of an agreement or regulation cannot be determined by so simple a test, as whether it restrains competition. Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence...*” *Chicago Bd. Of Trade v. United States*, 246 U.S. 1, 60, 66 (1911).

22 Por ejemplo en el caso, *Shawnee Compress Co. v. Anderson* 209 U.S. 423, 432, (1908), *all the members of the court again concurred in declaring that ‘it has been decided that not only unreasonable but all direct restraints of trade are prohibited, the law being thereby distinguished from the common law.*

23 *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1910) “[...] *The next question to be discussed is as to what is the true construction of the statute, [221 U.S. 1, 87] assuming that it applies to common carriers by railroad. What is the meaning of the language as used in the statute, that ‘every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several states or with foreign nations, is hereby declared to be illegal?’ Is it confined to a contract or combination which is only in unreasonable restraint of trade or commerce, or does it include what the language of the act plainly and in terms covers, -all contracts of that nature?... It is now with much amplification of argument urged that the statute, in declaring illegal*

sentido, todas las instituciones fueron preocupándose cada día más por incorporar en sus análisis las justificaciones de las conductas y las circunstancias que rodean los actos de competencia de los agentes económicos²⁴. El hecho de reconocer los elementos fácticos y los efectos de los diferentes comportamientos tomó el nombre de *regla de la razón*²⁵.

Los primeros casos donde la Corte Suprema de los Estados Unidos trabajó la regla de la razón en el estudio de ciertas conductas desde la *Sherman Act* se encuentra configurado por los fallos *Standard Oil Co. v. United States*²⁶ y *United States v. American Tobacco Co.* 221 U.S. 106 (1911)²⁷. En *Standard Oil*, la Corte reconoce y rechaza una interpretación o decisión con fundamento en la literalidad de la *Sherman*, advirtiendo que el método de adjudicación debía estar fundamentado en un estándar de razonabilidad²⁸. En el mismo sentido la Corte en el caso *American Tobacco* dijo que la *Sherman Act* debe tener una construcción de razonabilidad, ya que los contratos entre los agentes económicos pueden afectar el comercio o restringirlo²⁹.

every combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce, does not mean what the language used therein plainly imports, but that it only means to declare illegal any such contract which is in unreasonable restraint of trade, while leaving all others unaffected by the provisions of the act; that the common-law meaning of the term 'contract in restraint of trade' includes only such contracts as are in unreasonable restraint of trade; and when that term is used in the Federal statute it is not intended to include all contracts in restraint of trade, but only those which are in unreasonable restraint thereof... By the simple use of the term 'contract in restraint of trade,' all contracts of that nature, whether valid or otherwise would be included, and not alone that kind of contract which was invalid and unenforceable as being in unreasonable restraint of trade. When, therefore, the body of an act pronounces as illegal every contract or combination in restraint of trade or commerce among the several states, etc., the plain and ordinary meaning of such language is not limited to that kind of contract alone which is in unreasonable restraint of trade, but all contracts are included in such language, and no exception or limitation can be added without placing in the act that which has been omitted by Congress...".

24 PIRAINO, THOMAS A. Jr., *ob cit.*, pág., 690.

25 GELLHORN, ERNEST, KOVACIC, WILLIAM E., y CALKINS, STEPHEN, *Antitrust Law and Economics*, Thomson West, fifth ed., 2004, St. Paul, pp. 208 y sigs. Argumentan que el juez WHITE establece que la Sección 1 de la *Sherman Act*, sólo prohíbe aquellas restricciones al comercio que violan la regla de la razón. El juez WHITE se había opuesto al literalismo del juez PECKHAM en los casos *Trans – Missouri* y *Joint Traffic*, diciendo que la prohibición de toda (*every* en el sentido anglosajón) limitación del comercio plasmada en de la Sección 1, era poco práctica y se encontraba en oposición a los fines legislativos. Así, el estándar de la razón que WHITE aplicó a los acusados se fundamentaba básicamente en los propósitos para excluir la competencia, el empleo de medios que no eran métodos usuales en el desarrollo de la industria y en el ejercicio del poder con resultados.

26 *Standard Oil Co. v. United States* y *United States* 221 U.S. 1 (1911).

27 *United States v. American Tobacco Co.* 221 U.S. 106 (1911).

28 *Standard Oil Co. v. United States* y *United States*: “*The standard of reasonableness which had been applied at the common law and in this country in dealing with subjects of the character embraced by the statute, was intended to be the measure used for the purpose of determining whether in a given case a particular act had or had not brought about the wrong against which the statute provided*”.

29 *United States v. American Tobacco Co.*: «*The Anti-trust Act must have a reasonable construction as there can scarcely be any agreement or contract among business men that does not directly or indirectly affect and possibly restrain commerce.*»

Teniendo por sentado que la *Sherman Act* permitía un criterio de razonabilidad en su interpretación y aplicación, surgían nuevas preguntas sobre todo en el sentido de ¿cómo debía ser aplicado el estándar de razonabilidad?, ¿si los estándares del *common law* propuestos en *Standar Oil* para darle estabilidad a la razonabilidad eran los estándares apropiados?, ¿se debían desarrollar nuevos significados de razonabilidad? Estas preguntas comenzaron a ser resueltas no mucho tiempo después con lo que hasta hoy es una construcción generalmente aceptada de la regla de la razón.

En los casos anteriormente enunciados³⁰, la Corte Suprema afianzó la idea de que no todos los contratos entre agentes económicos serían violatorios automáticamente de la *Sherman* y que serían analizados desde un estándar de racionalidad. Ese estándar de racionalidad se concentró en el impacto competitivo que pueda tener un acuerdo especial. El estándar del *common law*, fue dejado de lado en el análisis del estándar de razonabilidad, esto porque no brindaba las condiciones necesarias para una aproximación clara de los problemas de mercado³¹. El principal desarrollo del impacto competitivo en los primeros años se vio en el caso *Chicago Board of trade c. United States*³², donde la Corte Suprema señaló cómo se debía evaluar el efecto particular de un acuerdo sobre la competencia desde tres aspectos:

- a. Que el daño sea consecuencia de la actividad del acusado;
- b. La existencia de un propósito legítimo y útil detrás de las actividades del participante; y
- c. y si existiendo ese propósito legítimo detrás de la actividad del participante, la existencia de otra actividad menos restrictiva, haría que se superase o se sobrepasara el legítimo interés por el que se llevó a cabo la actividad realizada³³.

30 AREEDA, PHILLIP; KAPLOW, LOUS; y EDLIN, AARON, *Antitrust Analysis. Problems, text and cases*, 6th ed., 2004, Aspen, New York, p. 125 y sigs. BORK, ROBERT H., *The antitrust Paradox. A policy at war with itself*, free press., 1993, New York, pp. 33 a 47. GELLHORN, ERNEST, KOVACIC, WILLIAM E., y CALKINS, STEPHEN, *Antitrust Law and Economics*, Thomson West, fifth ed., 2004, St. Paul, pp. 208 a 214.

31 NEALIS, PETER, "Per Se Legality: A New Standard in Antitrust Adjudication Under the Rule of Reason", en: *61 Ohio State Law Journal*, 2000, pp. 347 y sigs., pp 358 y 359.

32 246 U.S., 231, 238 (1918).

33 NEALIS, PETER, *Per Se Legality*; ob. cit., "The Court went on to explain more fully how to evaluate a particular agreement's effect upon competition, holding that one must make three evaluations: (a) the level of competitive harm resulting from the defendant's activities; (b) the existence of a legitimate and useful purpose behind the activities of the participant; and (c) if there was a legitimate purpose behind the activity, the existence of another, less restrictive means to advance the legitimate and useful purpose behind the participant's activities".

Si bien la regla de la razón permite a los tribunales y autoridades hacer análisis más cuidadosos sobre los casos, como la posibilidad de enfrentar los hechos de cara a las situaciones cambiantes de los mercados, también se le ha acusado de tener algunos problemas importantes que básicamente se podrían resumir en tres: el primero, nos diría que algunos casos que son anticompetitivos, podrían ser vistos como legales desde la regla de la razón, no por el hecho de que realmente lo sean, sino porque pueden existir cargas de la prueba muy fuertes y muy costosas que quien investiga o demanda no está en capacidad de aportar. El segundo, se concentraría en señalar que los costos del procedimiento por lo general son altos y no se deberían involucrar en casos anticompetitivos. Por último, la complejidad de los mismos casos puede llevar a que las pruebas generen incertidumbres por las limitaciones técnicas de los juzgadores.

El gobierno de la regla *per se*, muy sostenido hasta finales de la década de los años sesenta, cedió ante un mayor apoyo a la regla de la razón. Estos hechos se originan con la desilusión de la rigidez que se da en el caso *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*³⁴, donde se decidió una restricción vertical no relacionada con precios entre un distribuidor y ante sus distribuidores. En 1977, en el caso *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*³⁵ la Corte Suprema anuló su decisión en el caso *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, decidiendo que las restricciones verticales no relacionadas con precios debían ser estudiadas desde la regla de la razón³⁶. Para el caso concreto de *Continental T.V.* los distribuidores sólo podían vender televisores en zonas determinadas con cláusulas contractuales, pero sólo para la marca *Continental*, es decir, se limitaba la competencia entre la propia marca (*intra-brand*)³⁷, pero promovía la competencia con otras marcas (*inter-brand*). Así, la Corte concluyó que la regla de la razón es un mejor acercamiento al caso, que la

34 *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967).

35 *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).

36 *Ibidem*. pp. 36 a 37 “*The justification and standard for the creation of per se rules was stated in Northern Pac. R. Co. v. United States, 356 U.S. 1, 5: “There are certain agreements or practices which because of their pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue are conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal without elaborate inquiry as to the precise harm they have caused or the business excuse for their use.» Under this standard, there is no justification for the distinction drawn in Schwinn between restrictions imposed in sale and nonsale transactions. Similarly, the facts of this case do not present a situation justifying a per se rule. Accordingly, the per se rule stated in Schwinn is overruled, and the location restriction used by respondent should be judged under the traditional rule-of-reason Standard”.*

37 ALFARO – ÁGUILA-REAL, JESÚS, “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatística del derecho antimonopolio”, en: *INDRET. Revista para análisis del derecho*, 253. www.indret.com; Barcelona, noviembre de 2004, pág. 7. Argumenta que tratar de promover la competencia intramarca (*inter-brand*), no puede ser un objetivo del derecho de la competencia.

regla *per se* a la luz de los mejores beneficios que potencialmente se pueden generar con la cláusula impuesta³⁸.

En este mismo sentido, la Corte amplió el margen de actuación de la regla de la razón a ciertos contratos horizontales que advirtieran unas importantes justificaciones económicas. En 1979, el caso *Broadcast Music, Inc. v. CBS*³⁹ la Corte aplicó una regla de la razón para un grupo de propietarios de derechos de autor que fijaron los precios de las licencias de forma uniforme, argumentando que la regla de la razón daba un margen para que los propietarios de los derechos de autor pusieran en el mercado de forma más eficiente sus composiciones, por ello se debía aplicar la regla de la razón.

En conclusión, la regla de la razón se ha ido apoderando de los análisis *antitrust*, saliendo de la arbitrariedad de la regla *per se* a una análisis sustantivo de carácter económico desde la regla de la razón. Sin embargo, la huída de la regla *per se*, ha dejado grados importantes de indefinición y vaguedad, lo que lleva a un marco gris importante de la valoración de los comportamientos entre la legalidad y la ilegalidad, tanto para las autoridades, como principalmente para los agentes⁴⁰.

1.2. Regla *per se*

Como lo hemos dicho, la redacción de la Sección 1 de la *Sherman Act*, en su poca claridad, no hace referencia a que la restricción sobre el comercio tenga que ser significativa, sólo nos dice que parecería que una restricción al comercio mediante un contrato, combinación o conspiración, sería ilegal sin importar el tamaño de la restricción⁴¹. Esto se puede ver en el caso *United States v. Trans-Missouri Freight Association*⁴², donde la Suprema Corte al hecho de que dieciocho ferrocarriles, que controlaban el tráfico de trenes en el oeste de la rivera del Mississippi, habían creado una asociación que fijó los mismos fletes para todos de los ferrocarriles. El Gobierno de los Estados Unidos, determinó que tales conductas eran anticompetitivas,

38 BORK, ROBERT H., *The Rule of Reason and the per se Concept: Price Fixing and Market Division* [III], 75 Yale L. J. 373, 1966, p. 403 y sigs.

39 *Broadcast Music, Inc. v. CBS* 441 U.S. 1 (1979).

40 BOTERO RESTREPO, CECILIA, *El derecho antitrust o de la libre competencia en los Estados Unidos*, Señal Editora, 2002, págs. 119–121.

41 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “Anotaciones sobre el derecho antimonopolios en los Estados Unidos de Norteamérica”, en: CEDEC III, colección Seminarios, 10, 2000, JAVERGRAF, Bogotá, D.C.

42 *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290 (1897).

violatorias de la Sección 1 de la *Sherman Act*. Por otro lado, Trans – Missouri argumentó que la norma lo que prohibía era aquellos acuerdos irrazonables con el derecho, pero que el acuerdo que se había celebrado mantenía unos precios en niveles razonables y que por tanto, el acuerdo debía entenderse acorde con derecho desde la *Sherman Act*⁴³.

Desde los primeros fallos con fundamento en la regla *per se*, las cortes le han atribuido variadas consecuencias en su aplicación. Por ejemplo, se ha usado para explicar condenas sin la necesidad de demostrar resultados irrazonables como también, para condenar restricciones al comercio sin tener que probar el poder de mercado o los efectos anticompetitivos de una conducta, o para fallar sin la necesidad de realizar algún tipo de consideración sobre las justificaciones del acusado⁴⁴.

Sin embargo, como se veía en el estudio de la regla de la razón, las consecuencias que ha ido teniendo la regla *per se* han cambiado. Esto es, para obtener el desarrollo de la regla *per se* en una investigación que se adelante para excluir a un agente del mercado, es necesario probar el poder de mercado o el dominio sobre un bien que sea esencial para el desarrollo de una actividad. De lo contrario, el caso debería ser analizado desde la regla de la razón. Cosa diferente sucedía con los acuerdos de precios o divisiones de mercado, la regla *per se* tenía aplicación sin la necesidad de probar el poder de mercado o los efectos anticompetitivos específicos, sólo demostrando el acuerdo de precios o la división del mercado el caso estaba cerrado.

El cambio, como fue explicado en el estudio de la regla de la razón, puede verse ahora de forma más clara de cara a la modificación de la jurisprudencia entre los casos *United States v. Topco Associates* de 1972⁴⁵ y *Broadcast Music, Inc. v. CBS*, 441 U.S. 1 de 1979. El caso *Topco* se refería un *Joint Venture* entre 25 empresas de pequeña y mediana estructura de cadenas de supermercados, para comprar bienes para distribuir con etiquetas propias de *Topco*. La restricción del caso era una

43 El juez PECKHAM, en el caso *Trans – Missouri*, fue quien sostuvo que la *Sherman* no daba lugar a interpretaciones de grado (cuestión que sí sostenía WHITE), sino que para sancionar era suficiente las características del comportamiento o de las restricciones al comercio. En este sentido, PECKHAM, argumentaba que la norma proscibía toda restricción al comercio y por ello no había lugar para interpretar restricciones razonables. Este caso fue uno de los primeros desde la vigencia de la *Sherman Act* que decidió la Corte Suprema y el juez PECKHAM en este caso, con la compañía de otros jueces que configuraban una mayoría mínima en la Corte, establecieron la categoría de acuerdos ilegales *per se*. Vid. BORK, ROBERT H., *The antitrust Paradox. A policy at war with itself*, free press, 1993, New York. pp., 21 a 23.

44 COHEN, WILLIAM E., *Per se illegality and truncated rule of reason: the search for a foreshortened antitrust analysis*. *Federal Trade Commission*, November 1997, Staff discussion draft: for purposes of debate and discussion only.

45 *United States v. Topco Associates*, 405 U.S. 596 (1972).

prohibición para vender por fuera de los territorios asignados, pretendiendo así tener unas mejores herramientas para competir con las grandes cadenas. Sin embargo para la Corte existía un acuerdo horizontal y por tanto, el comportamiento de Topco era restrictivo. En el caso BMI, la Corte aceptó que el acuerdo de precios para las licencias de derechos de autor realizadas por CBS, no eran un *hard core* cartel (*naked restraint*), sino que era un acuerdo subsidiario a una integración de ventas, monitoreo y refuerzo contra el uso no autorizado de derechos de autor. Además, los hechos demostraban reducciones en los costos y un mejor encuadramiento para vendedores y compradores. Por ello, este tipo de licencias, no debían ser sancionadas desde la regla *per se*, sino que debían ser analizadas desde la regla de la razón⁴⁶.

Para concluir, el argumento para mantener la regla *per se*, se concentra en una función de costos de la administración de las normas de libre competencia, las cuales frente a la existencia de ciertos tipos de prácticas excesivamente dañosas no deben admitir un grado de defensa muy amplio, pues el estudio de la conducta puede resultar más costoso que los costos de administrar el caso particular por la autoridad⁴⁷.

Después de estudiar los diferentes enfoques que se la han dado tanto a la regla de la razón y a la regla *per se*, pasaremos al estudio de los acuerdos restrictivos de la competencia, para luego hacer el análisis del caso de las empresas de seguridad, referido a un acuerdo de precios y establecer los retos que ha de enfrentar el Consejo de Estado como órgano de cierre de la discusión de la aplicación de una regla *per se* en Colombia a todo acuerdo de precios entre competidores.

1.3. La aceptación en Colombia de las reglas de la razón y *per se*

En Colombia la visión del derecho de la libre competencia ha estado orientada por los desarrollos norteamericanos del derecho *antitrust*. Esta afirmación no es extraña para cualquier país que tenga normas de libre competencia, la diferencia sólo se

46 COHEN, WILLIAM E., *Per se illegality ... ob cit.*

47 *United States v. Container Corp.*, 393 U.S. 333 (1969). Justice Thurgood Marshall. “*Per se rules always contain a degree of arbitrariness. They are justified on the assumption that the gains from imposition of the rule will far outweigh the losses and that significant administrative advantages will result. In other words, the potential competitive harm plus the administrative costs of determining in what particular situations the practice may be harmful must far outweigh the benefits that may result. If the potential benefits in the aggregate are outweighed to this degree, then they are simply not worth identifying in individual cases.*”.

encuentra en el grado de influencia. Sin embargo en Colombia las normas que prohíben determinadas conductas no poseen una semejanza lingüística a las norteamericanas y más a las europeas quienes no han desarrollado el análisis de los casos con referencia a un trabajo de regla *per se* y regla de la razón.

Los doctrinantes colombianos se han encargado de interpretar algunas normas de libre competencia desde la visión norteamericana, hecho que se puede explicar por su filiación académica con universidades estadounidenses y con la interpretación literal del texto. Tres ejemplos de estos doctrinantes son los profesores ALFONSO MIRANDA LONDOÑO, JAVIER CORTÁZAR y GABRIEL IBARRA PARDO⁴⁸.

Los profesores ALFONSO MIRANDA y GABRIEL IBARRA PARDO⁴⁹ sostienen en referencia al artículo 47-1 del decreto 2153 de 1992 que éste establece una presunción de derecho diciendo que:

“[...] la norma no hace ninguna distinción entre un acuerdo vertical y uno horizontal de fijación de precios (a diferencia de lo que sucede en Estados Unidos de América como ya se explicó), razón por la cual se debe expresar el criterio estricto de la regla *per se* a ambas clases de acuerdos, sin entrar por lo tanto (*sic*) a examinar los propósitos o efectos de la conducta, sino simplemente su realización objetiva”⁵⁰.

De la misma manera el profesor JAVIER CORTÁZAR⁵¹, nos dice que,

“[...] para la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO todos los acuerdos de precios son considerados prácticas absolutas...”.

Y advierte que la mayoría de investigaciones que se adelantan por estas presuntas violaciones terminan mediante el procedimiento de garantías. Este argumento puede ser entendido desde la premisa de que si se desarrollara la investigación, los agentes económicos se encontrarían en un riesgo muy alto de ser sancionados.

48 Autores como MAURICIO VELANDIA CASTRO, sostienen que las normas de competencia no consagran una responsabilidad objetiva, sino una presunción de ilegalidad que admite prueba en contrario, por tanto no se adhieren a la teoría de la regla *per se* en Colombia.

49 IBARRA PARDO, GABRIEL y MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “La práctica de fijación unilateral de precios y su aplicación en Colombia”, en: CEDEC, IV, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, Seminarios, 12, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, JAVERGRAF, 2000, Bogotá, D.C., pág. 55 y sigs.

50 *Ibidem*, págs. 60-61

51 CORTÁZAR, JAVIER, *Hacia un nuevo derecho de la competencia en Colombia. Análisis crítico y prospectiva*, Doctrina y Ley, 2003, Bogotá, D.C., pág. 21 y sigs.

Algunos de los casos que han sido resueltos por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO con resolución condenatoria en materia de acuerdos son: Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá y otros⁵²; Lonja de Propiedad Raíz de Cali y Valle del Cauca y otras⁵³; Asociación de Procesadores de Leche y otras⁵⁴; Asociación Nacional de Seguridad Privada capítulos del Valle, Cauca y Nariño y otras⁵⁵; Mera Hermanos Ltda. y otros⁵⁶; Estación de Servicios Caldas Limitada y otros⁵⁷; Servicentro La Sultana, Terpel de Occidente y otros⁵⁸; Estación Terminal de Distribución de Productos de Petróleo de Bucaramanga S.A. y otros⁵⁹; Hoteles de San Andrés Isla, y otros⁶⁰; Maersk Colombia S.A, Torstein Malling Hartmann, Agencia Marítima Internacional Ltda., Fernando Elías Cajale Pérez⁶¹; IDU, Consorcio Implementación Técnica N y otros⁶²; Cooperativa de Transportadores de Zipaquirá, Cooperativa Colombiana de Transportadores Ltda. y otros⁶³.

Los casos anteriormente enunciados, en su procedimiento y forma de estudio por parte de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, son un marco para interpretar que esta institución acepta la existencia de la regla *per se* y la aplica en sus investigaciones sin necesidad de hacer referencia a las eficiencias que generan los acuerdos o a la relevancia de los efectos. La SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO sólo investiga la existencia del acuerdo y una vez probada su ocurrencia desde cualquiera de las posibles manifestaciones que se consagran en el artículo 45 del decreto 2153 de 1992 sanciona la ilegalidad del comportamiento.

Lo anterior nos permite concluir que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO trabaja para los casos que tienen por objeto o como efecto una restricción de la competencia la ilegalidad *per se*, pues los asemeja a una presunción de derecho. Este argumento se encuentra expresamente consignado en una sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca con los argumentos de:

52 Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 27759 de 1999.

53 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 27760 de 1999.

54 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 27762 de 1999. Esta resolución recibió los recursos de reposición y apelación, hasta llegar al Consejo de Estado, quien se pronunció el 23 de enero de 2003, mediante sentencia de la Sección primera, con ponencia del CP: MANUEL S. URUETA.

55 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 29302 de 2000. Esta resolución y su apelación son el centro de este trabajo, pues ponen en jaque la interpretación de la regla *per se*.

56 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 7951 de 2002.

57 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 7950 de 2002.

58 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 8027 de 2002.

59 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 8732 de 2002.

60 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 34397 del 25 de octubre de 2001.

61 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 25402 del 6 de agosto de 2002.

62 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 21822 del 1º de septiembre de 2004.

63 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 21821 del 1º de septiembre de 2004.

“[...] el decreto 2153 de 1992 le imprimió a las normas de sobre competencia un régimen de responsabilidad objetiva al prohibir las conductas que «tengan por objeto o tengan como efecto» fijar precios, repartir mercados, subordinar el suministro de la aceptación de obligaciones...”.

En definitiva, tenemos que afirmar que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO ha adoptado como mecanismo de análisis de los casos de fijación de precios, repartición de mercados y la subordinación del suministro a la aceptación de obligaciones, la regla *per se*. El otro problema sería verificar el desarrollo que la Superintendencia le ha dado a esta regla, pero como la mayoría de estos casos se han terminado por el mecanismo procesal del otorgamiento de garantías⁶⁴, es muy complicado definir si en algunos casos ha considerado el análisis desde la regla de la razón, creando así una variación de la regla *per se* a la regla de la razón⁶⁵.

Si bien es cierto que no es del interés de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO los efectos perniciosos que pueda o no producir un acuerdo, si ha analizado algunas razones que justifican la realización de un acuerdo. Por ejemplo, en los casos Fedepalma y otras⁶⁶, Asociación de Procesadores Independientes de Leche y otros⁶⁷, y Lonja de Propiedad Raíz de Cali y Valle del Cauca y otros⁶⁸; podemos observar que la SIC a veces ha indagado por las justificaciones de la conducta. En el caso de Fedepalma, tanto los afiliados como las fábricas de aceite suscribieron un convenio por el cual se fijaron los precios mínimos de comercialización de las semillas oleaginosas. El acuerdo suscrito fue justificado porque la ley lo permitía, el CONPES lo recomendaba, al igual que el Consejo Superior de Comercio Exterior. Estos argumentos fueron de recibo de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, quien consideró que ese acuerdo de precios era legal.

En el caso de la Asociación de Procesadores de Leche por el acuerdo de precios sobre el valor de un litro de leche, la empresa Colanta, intentó justificar el acuerdo fundamentado en la Resolución 427 de 1989 del Ministerio de Agricultura y en el Acuerdo Nacional Lechero de 1989. La SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO sostuvo que era cierto que las normas obligaban a las empresas a fijar los precios máximos en el empaque, pero eso no era razón para que acordaran los precios entre competidores.

64 URIBE PIEDRAHITA, CARLOS ANDRÉS y CASTILLO CADENA, FERNANDO, “El otorgamiento de garantías en el derecho de la competencia en Colombia. Análisis económico y jurídico”, en: *Vniversitas*, 110, diciembre 2005.

65 CORTÁZAR, JAVIER, Hacia un nuevo derecho de la competencia en Colombia... Ob cit. 21 y 22.

66 Superintendencia de Industria y Comercio, auto del 2 de junio de 1995.

67 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 27762 de 1999.

68 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 27760 de 1999.

En el caso de la Lonja de Propiedad Raíz de Cali y Valle del Cauca, se investigó el acuerdo de precios que se justificaban por una costumbre inveterada, la cual fue probada por los investigadores. Pero la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO argumentó que la costumbre mercantil no puede ser en contra de la ley y por ello los sancionó.

Para concluir, el tratamiento que se le ha dado a la regla *per se* en Colombia es muy estático, limitado al sentido literal de la norma, sin hacer ningún tipo de consideración sobre los posibles efectos de los acuerdos, su importancia y si generan o no eficiencias para el mercado. Mientras que para los procedimientos de integraciones empresariales se han establecido mecanismos que actualizan las normas que eximían de la obligación de notificar, es decir que permiten ese tipo de procedimientos de forma directa hasta un tope, no es claro que los demás acuerdos no sean analizados desde ninguna óptica, sólo si ocurren se sanciona.

2. LOS ACUERDOS EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Antes de comenzar este capítulo, diremos que pretende contextualizar el tratamiento que la libre competencia da a los acuerdos, en especial los que tienen que ver con los precios. Esto porque el caso que se pretende exponer y que establece los retos que el Consejo de Estado debe asumir para orientar la metodología de análisis en el derecho de la competencia, está orientado a los acuerdos de precios. En este sentido, este apartado tratará los acuerdos desde una perspectiva general, basada en la experiencia de otros países y en el entendimiento de lo que se debe esperar del comportamiento de los agentes para el logro de unos fines de mercado preestablecidos.

El derecho de la competencia está fundamentado sobre la base de la concurrencia y rivalidad de las empresas en un mercado. En razón de estos dos elementos teóricos, se puede construir todo el orden de prohibiciones que surgen del derecho de la competencia. Por ejemplo, el derecho de la competencia procurará por que los agentes económicos se comporten de forma independiente para que mantengan su rivalidad y que por sus comportamientos y configuraciones estructurales los demás agentes no se encuentren con restricciones a la participación en el mercado. Sin embargo, la realidad de los mercados implica que los agentes económicos se relacionen y realicen conductas que pueden restringir en diferentes grados los niveles de rivalidad y concurrencia. En este sentido la mayoría de regulaciones de competencia se encargan de consagrar prohibiciones sobre determinados acuerdos, el control a las integraciones y el abuso de la posición dominante.

Los acuerdos pueden concebirse desde la perspectiva horizontal de su conformación, como desde su configuración vertical. Los primeros, son acuerdos celebrados por empresas competidoras que se encuentran dentro de un mismo mercado y con objetivos que van desde la búsqueda de la eficiencia económica a causas que se relacionan con el poder de mercado. Desde la búsqueda de eficiencias se encuentra el aprovechamiento de las economías de escala o el uso conjunto de alguna facilidad o estructura común, también permite la investigación y el desarrollo conjunto, el mejoramiento de los canales de distribución, etc. Mientras que con el objetivo del poder de mercado, las empresas pretenden el comportamiento colusivo, es decir un acuerdo para la ausencia de competencia, casi siempre definido por los precios, la división o repartición de mercados, limitación de la oferta, etc., y que por lo general conduce a un aumento de precios en el mercado y a una disminución de la oferta⁶⁹. Desde este punto, también se concibe una división de dos tipos: el primero, nos diría que las firmas realizan acuerdos para comportarse en el mercado como si fuesen un monopolio⁷⁰, esto es, para restringir la oferta, para subir los precios o para dividirse los mercados. Principalmente estos acuerdos lo que buscan es maximizar los beneficios de sus miembros a expensas del bienestar de los consumidores. Una segunda categoría de colusión estaría determinada por la acción de los agentes que acuerdan causar restricciones a los otros agentes que son competidores pero no están dentro del acuerdo. Básicamente estos acuerdos se desarrollan mediante boicots o precios predatorios, para así reducir las ganancias de los competidores, sacarlos del mercado, desincentivar su entrada o reducirlos a niveles no competitivos⁷¹.

Con una perspectiva similar, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO reconoce que no todos los acuerdos entre empresarios son anticompetitivos, pero esa consideración la asemeja más de lo que debería al derecho de asociación de carácter constitucional y a la redacción de los artículos que consideran comportamientos anticompetitivos, en especial cuando las normas consideran la expresión *por objeto o como efecto*, pues en materia de acuerdos éstos han sido interpretados como ilegales *per se*⁷². Es importante reconocer que la definición que trae el artículo 45-1 del decreto 2153 de 1992, sólo hace referencia a las posibles modalidades de acuerdos, mientras que las prohibiciones del artículo 47 son bastante

69 COLOMA, GERMÁN, *Defensa de la competencia*, Ciudad Argentina, 2003, Buenos Aires, pág. 79 y sigs.

70 POSNER, RICHARD A., *Antitrust Law: An Economic Perspective*, University of Chicago Press, 1976. Chicago. p. 28. “*The pure collusive practice involves cooperation between competing sellers (in the form of an agreement, express or tacit, limiting competition, or a merger or other method of fusion) to raise the market price above the competitive level.*”

71 KRATTENMAKER, THOMAS G. y SALOP, STEVEN C., “*Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals’ Costs to Achieve Power over Price*”, 96 *Yale Law Journal*, 1986, p. 209.

72 Superintendencia de Industria y Comercio, concepto 013678 de 1993.

vagas y con mucho margen para la interpretación. Toda esta argumentación, se ve reflejada en el punto tres de nuestro trabajo, con el caso de las empresas de seguridad.

Puesto que nuestro trabajo está orientado a los acuerdos de precios, en las siguientes líneas daremos una rápida visión a los acuerdos de precios horizontales que orienten el análisis del caso de las empresas de seguridad de la tercera parte.

Comencemos por decir que las restricciones horizontales por principio, son las más graves y en ello se sustenta la razón de su prohibición por parte de los ordenamientos protectores de la libre competencia⁷³. Estos tipos de acuerdos, llamados también carteles, son los que han dado origen a la regla *per se*. En páginas anteriores, desde el primer punto, se trabajaron algunos de los casos más representativos en los Estados Unidos para la determinación de una regla *per se*, muy relacionados con acuerdos de precios y divisiones de mercado. Sin embargo, con el tiempo, la aplicación de la regla *per se* trajo resultados no deseados, siendo aplicada a casos que podrían generar eficiencias para el mercado. Por ello, cada día es más claro que la aplicación de la regla *per se* se debe dejar sólo para las restricciones más fuertes del mercado, no como género sino como especie, es decir que no se defina por ejemplo, a su aplicación a todos los acuerdos de precios, sino a los acuerdos de precios que no son subsidiarios a unos intereses mayores, sino que se encuadra en la búsqueda de una restricción por su esencia.

En esta línea diremos que la importancia de los precios radica en la esencia de las estructuras competitivas de los mercados y a su vez son el reflejo de esas mismas estructuras. Desde la competencia, las variaciones de precios uniformes pueden obedecer a diferentes circunstancias, principalmente a la homogeneidad de los productos, al liderazgo de un competidor, al seguimiento de conveniencias uniformes, o a la existencia de alguna forma subyacente de concentración⁷⁴. La crítica que se hace a este tipo de acuerdos es que por lo general sólo benefician a sus miembros y no suponen ventajas importantes para los usuarios. En la caso de la Unión Europea, era necesaria la demostración de los beneficios para todos los demás participantes del mercado para poder obtener una exención. Pero por lo general no se han aceptado argumentos que hagan referencia a otros intereses que la competencia no alcanza, por ejemplo, el cumplimiento de las normas de competencia desleal, ambientales, etc.⁷⁵.

73 BORK, ROBERT H., *The antitrust Paradox...*, ob. cit. pág. 263 y sigs.

74 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO, *Derecho antimonopolio y de defensa de la competencia*, t. 1, Heliasta, Buenos Aires, 2005, pág. 407 y sigs.

75 GALÁN CORONA, EDUARDO, *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Montecorvo, 1977, Madrid, pág. 262.

Una referencia sobre el tratamiento de los acuerdos de precios que podemos tener se da en Argentina con la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia⁷⁶. Esta institución no ha adoptado la regla *per se* por considerarla ajena a la técnica general de su legislación de defensa de la competencia, pero sí ha manifestado la contradicción que existe entre la fijación de precios y los fines de la legislación protectora de la libre competencia, sosteniendo en algunos pronunciamientos que,

“... los procedimientos que sustraen la fijación de precios al libre juego de la oferta y la demanda importan restricciones para el funcionamiento del mercado que se trate, porque el precio constituye el reflejo de operaciones efectivamente realizadas; consiste en una señal informativa que debe resultar del mercado y marca el punto donde oferentes y demandantes están de acuerdo en concretar sus transacciones. Y en los mismos precedentes se ha afirmado que tales conductas ocasionan un potencial perjuicio al interés económico general, pues el público consumidor que necesita el producto carece de influencia en el precio...”⁷⁷.

Para concluir, es importante reconocer que la influencia de las teorías eficientistas que tratan de darle mayor objetividad a los análisis *antitrust* se imponen cada día con mayor fuerza. Esto se traduce en el reconocimiento de la cooperación como una actividad racional y legítima de generar mayores beneficios para el mercado. En este sentido, la tarea de estos análisis debe ser, determinar cuándo el mercado se ve intervenido por las actividades cooperativas de las empresas de forma suficientemente disciplinada o correcta y cuándo la intervención de la autoridad *antitrust* es necesaria⁷⁸.

Después de tratar los acuerdos horizontales, pasemos al caso de las empresas de seguridad para concluir con los retos del Consejo de Estado de cara a la definición del alcance de la regla *per se*.

3. EL CASO DE LAS EMPRESAS DE SEGURIDAD

Después de lo analizado hasta ahora, la contextualización de la regla *per se* y regla de la razón como el trabajo de los acuerdos anticompetitivos, entraremos a estudiar el caso de las empresas de seguridad que se edifica como una oportunidad para

76 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO, ob. cit., pág. 423.

77 Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Resolución 264 de la Sección del Comercio, de 16/8/83, asunto: Colegio de Traductores Públicos de la ciudad de Buenos Aires.

78 SULLIVAN, LAWRENCE A. y GRIMES, WARREN S., *The Law of Antitrust: An integrated handbook*, 2nd edition, Thomson, West, 2006, Los Ángeles, págs. 248 a 250.

clarificar la modalidad de análisis para los acuerdos de precios horizontales según el decreto 2153 de 1992 artículo 47-1. En concreto este caso amerita ser tratado porque se presenta como el fundamento sobre el que el Consejo de Estado debe decidir la aplicación en Colombia de la regla *per se*. Ese simple hecho hace que además de resolver esa dicotomía entre la regla *per se* y regla de la razón también se construya un poco más sobre el contenido de la política pública de competencia como actividad regulatoria.

El orden de este punto pasa primero por la resolución de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO en el procedimiento administrativo sancionatorio que analiza el acuerdo de precios entre algunas empresas de seguridad, para luego estudiar las consideraciones del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el procedimiento contencioso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitado por las empresas de seguridad.

3.1. Ante la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En las siguientes líneas nos dedicaremos a explicar los hechos que dieron origen a una investigación por acuerdos horizontales de precios anticompetitivos⁷⁹, (protegido principalmente por el numeral 1° del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 que establece,

“se consideran contrarios a la libre competencia los acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios”⁸⁰).

Los argumentos de la Superintendencia de Industria y Comercio (SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO), y los argumentos del Tribunal de Cundinamarca, como el reto del Consejo de Estado ante un caso de esta naturaleza.

La SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO abre investigación de oficio contra la Asociación Nacional de Seguridad Privada, Capítulo Valle, Cauca y Nariño, Seguridad Atlas Limitada, Seguridad de Occidente Ltda., CT. Seguridad Limitada, Seguridad Segal Ltda., Grancolombiana de Seguridad Valle Ltda., Colombiana de Protección Vigilancia y Servicios Provisor Ltda., Royal de Colombia Ltda., Seres

79 Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 29302 de noviembre 02 de 2000.

80 Las sanciones que contemplan tanto el decreto 2152 de 1992 y la Ley 155 de 1959 también cobijan aparte de las empresas infractoras, a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Ltda., Cía. de Vigilancia y Seguridad Atempí de Antioquia Ltda., Internacional de Seguridad Valle Ltda., Seguridad Berna Limitada, Seguridad Shatter de Colombia Ltda., Seguridad Orión Ltda., Vigilancia y Seguridad Limitada Vise Ltda., por razón de que estas empresas de seguridad, se reunieron, deliberaron y decidieron acordar unas tarifas mínimas idénticas para los servicios de 24 horas, 12 horas diurnas, 12 horas nocturnas, 8 horas nocturnas y 8 horas mixta.

Los hechos que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO considera probados los podemos dividir en dos partes. La primera describirá los antecedentes en los cuales se enmarca el acuerdo; y la segunda se concentra en los elementos concretos del acuerdo que motiva los planteamientos de la investigación que adelantó la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO⁸¹:

Los antecedentes en el que se enmarca el acuerdo que investigó la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO:

“El 22 de diciembre de 1995 la Superintendencia de Vigilancia para la Seguridad Privada expidió la circular 16. En este acto administrativo se hizo referencia a la necesidad de que las empresas de vigilancia cumplieran con sus obligaciones laborales y fiscales y a un estudio que había realizado la misma entidad, como conclusión del cual las empresas de vigilancia que no cobraran por lo menos 10 salarios mínimos legales por el servicio de vigilancia de 24 horas, estarían en problemas para fundear sus deberes en los temas señalados. Con ese criterio en mente, esa entidad dispuso que se cobrara por lo menos ese valor”.

“El 24 de octubre de 1996 el Consejo de Estado declaró la nulidad del número 7 de la circular citada, por considerarse que la referida Superintendencia carecía de facultades para determinar las tarifas que deben cobrar las empresas de vigilancia. Sin embargo de lo anterior, el Consejo de Estado no se pronunció sobre el número 8 de la misma circular, donde se señalaban las consecuencias que se seguirían en caso de no obedecer el precio de salarios mínimos”.

“Con posterioridad a la expedición de la circular 16 pero con anterioridad a la fecha de la reunión cuya acta dio origen a la investigación, se dio algún «pacto de honor sobre tarifas mínimas» entre las firmas investigadas, cuyas características se desconocen”.

“En reunión del 8 de julio de 1997, 9 meses después del fallo del Consejo de Estado, realizada entre las empresas investigadas se cuestionó la forma como venía operando ese pacto. Para los asistentes era claro que la libertad de precios era adversa a lo que pretendía el pacto, en la medida que era contrariado por conductas de «una guerra de precios, cotizando por debajo de los diez salarios mínimos, ofreciendo otras ventajas...”⁸².

81 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 29302 del 2 de noviembre de 2000.

82 Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 29302 de noviembre 2 de 2000.

Los elementos concretos del acuerdo que motiva los planteamientos de la investigación que adelantó la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO:

“El 8 de julio de 1997, las empresas investigadas, luego de discutir la situación generada por la inobservancia del pacto de honor que mantenían, acordaron que todos atenderían las siguientes condiciones uniformes:

- “Tarifas mínimas idénticas para los servicios de: 24 horas, 12 horas diurnas, 12 horas nocturnas, 8 horas nocturnas y 8 horas mixta.
- Un porcentaje adicional del 20% sobre la tarifa mínima que se cobraría por el servicio de grupo, esto es, el que incluye comandante de puesto.
- Descuento de pronto pago, 3%, máximo, liquidado sobre la tarifa mínima acordada, uniforme para todos los partícipes. En el mismo sentido se señalaron las condiciones bajo las cuales sería aceptable conceder el descuento.
- Dentro del precio mínimo que se señaló para los servicios de vigilancia, sólo sería posible ofrecer como valor agregado, la utilización de radios, relojes y detectores. Estos estímulos no podrían en ningún caso ser suministrados en conjunto con el descuento por pronto pago.
- Bajo ninguna circunstancia sería admisible que se ofreciera como complemento gratuito la utilización de motos, bicicletas, caballos, perros o transporte.
- El cumplimiento de lo acordado sería garantizado por un «tribunal de honor» cuyos estatutos fueron conocidos por todos los partícipes”⁸³.

En este caso la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, realizando la adecuación normativa a los acuerdos de precios consagrados en el numeral 1° del decreto 2153 de 1992⁸⁴, establece que para que una conducta sea considerada como violatoria de las normas sobre libre competencia, debe cumplir con los elementos configurativos que establece la norma, es decir se debe probar la existencia del acuerdo que se da entre dos o más empresas y que tenga por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios. La existencia del acuerdo⁸⁵ entre las empresas de seguridad consiste en las reuniones, deliberaciones y decisión de

83 Ibidem.

84 Decreto 2153 de 1992 artículo 47-1. “Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos: 1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios”.

85 Decreto 2153 de 1992, artículo 45-1.

acordar tarifas y demás conductas que enunciamos antes y que para la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO quedó reflejada en el acta 6 del 8 de julio de 1997 de ANDEVIP (estos hechos la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO los entiende probados por todos los interrogatorios de parte de las personas que actuaron a nombre de las empresas). El acuerdo fue celebrado por las empresas que asistieron a esa reunión y sobre ellas es que realizó la investigación, por tanto, el acuerdo se da entre dos o más empresas. El tercer elemento de comprobación, que el acuerdo tenga por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, lo analiza en su resolución por separado, comenzando el examen por el objeto y continuando por sus efectos. Por último, la Superintendencia, analiza si hay lugar o no a la necesidad de identificar un daño.

La SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO al hacer referencia al objeto de fijar precios⁸⁶ considera que las normas de competencia se interesan en que tanto productores como expendedores fijen los precios de los bienes y servicios de forma autónoma, prohibiéndose que mediante acuerdos los agentes económicos se comprometan a seguir líneas de conducta predeterminadas o uniformes⁸⁷. Así, esta institución en relación con la conducta de los investigados, en especial la del 8 de julio de 1997, donde se firmó el acta 6 de ANDEVIP donde está plenamente demostrado que las empresas participantes fijaron de manera directa los precios a cobrar por sus servicios.

Comencemos el análisis de este punto desde dos perspectivas, el objeto y el efecto. En primer lugar, desde la perspectiva del estudio de los acuerdos que tienen por objeto fijar precios, hace referencia al conocimiento que tenían las empresas de esta situación. Desde esta perspectiva la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO se concentra en las pruebas recaudadas por los interrogatorios de parte realizados a los investigados. Uno de estos interrogatorios transcritos en la resolución se practicó a Seguridad Occidente Ltda., y se presenta de la siguiente manera:

“La explicación más ilustrativa del punto que está haciendo la Superintendencia de Industria y Comercio fue la expuesta por el representante legal de Seguridad de Occidente Ltda., Adolfo León Soto Toro, el 24 de agosto de 1999, cuando declaró:”

“Preguntado: sírvase informar al despacho si el contenido del acta 6 de 1997, constituye una declaración de la voluntad de los miembros afiliados al Gremio ANDEVIP?”

86 La SIC nos dice en la resolución del caso que se está trabajando que la fijación de precios puede consistir en “[...] montos sumas o cuantías idénticas, pero también abarcará cualquier otra forma, tales como porcentajes máximos o mínimos de descuento, rangos de fluctuación entre dos sumas, techo, piso, adopción de referenciales únicos o, en general cualquier mecanismo, limitación o condicionamiento que saque de la esfera de la independencia empresarial la determinación del precio o el proceso para su establecimiento”.

87 Ley 155 de 1959, artículo 1 y decreto 2153 de 1992, artículo 47-1.

Respondió: es afirmativo, por cuanto todos los gerentes afiliados a la asociación veníamos clamando porque se reglamentara una tarifa equitativa que *nos diera el margen de poder cumplir con nuestras obligaciones laborales, fiscales y un margen de rentabilidad adecuado, ya que había una competencia totalmente desleal y por eso acordamos que debíamos dar cumplimiento en forma solidaria a la circular 00016 de la Superintendencia de Vigilancia Privada* que precisamente a comienzos del año 1997, había regulado estas tarifas basado en los diez salarios mínimos, ya que en el año inmediatamente anterior, si mal no recuerdo en un congreso de ANDEVIP realizado en Bogotá o Paipa si mal no recuerdo, se nos había presentado por parte de la Superintendencia de Vigilancia Privada un estudio de costos muy detallado y el cual fue avalado totalmente por la asociación teniendo en cuenta las circunstancias que anteriormente relaté sobre unas tarifas que no se compadecían con una realidad de los costos que afrontábamos las empresas y nos iban a llevar muy seguramente a un desastre económico o el cierre de algunas de ellas. *Quiero agregar que realmente no fue por un capricho que en la reunión de los afiliados del 8 de julio de 1997, determináramos las tarifas que allí quedaron reglamentadas con base a los diez salarios mínimos para un servicio de 24 horas mes, sino que nos estábamos acogiendo realmente a las tarifas que había sugerido la Superintendencia de Vigilancia Privada, con lo cual le daba un respiro a esta actividad de vigilancia siempre y cuando se cumpliera con los pactos que se había hecho en esa reunión.* Además de lo anterior, es bueno aclarar que también se dispuso unos descuentos especiales sobre esa tarifa, o sea que las empresas no quedaban plenamente sujetas a ella, sino que podían hacer descuentos muy comerciales como por pronto pago, o darle algún valor agregado a las tarifas que se pactaran por debajo de la tarifa de los diez salarios mínimos como por ejemplo, radios, perros, detectores de metales, relojes de marcación, etc.,...”⁸⁸ (bastardilla fuera del texto).

Con lo anteriormente expuesto y reconociendo que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO practicó a las empresas investigadas interrogatorios de parte con cuestionamientos similares y las respuestas a los mismos interrogatorios son muy homogéneas, la Superintendencia sostiene que siendo las empresas independientes, no negaron la participación en el acuerdo y no presentaron quejas sobre la fijación de precios que se encontraba en el acta del 8 de julio de 1997. De igual manera, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO realizó inspecciones donde pudo comprobar que las empresas, según su facturación, cobraron sus tarifas por encima del precio fijado. También, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO en este lugar de la resolución, libera a los representantes legales de las empresas que investiga, determinando que no se encuentran razones suficiente para imputarles responsabilidad en cuanto a la autorización, ejecución o por haber tolerado el acuerdo contrario a la libre competencia⁸⁹. Es importante tener en cuenta que al interior del

88 Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 29302 de noviembre 02 de 2000.

89 La Superintendencia de Industria y Comercio, libera de cualquier responsabilidad a los representantes legales en este lugar de la resolución, pero hasta el momento no nos ha dicho si las empresas son o no

análisis del objeto de la conducta, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO argumenta que la defensa de estas empresas se concentra en el estudio de la magnitud de los efectos que se pudieron generar y que la conducta de las empresas se fundamenta en el cumplimiento de un acto administrativo de la Superintendencia de Vigilancia Privada, resolución 16 de 1997⁹⁰.

La defensa de las empresas de seguridad presentó como argumento, según lo expresado por la Superintendencia en la resolución, que los acuerdos no tienen incidencia en el mercado, pues en el mercado subsisten un número considerable de competidores que le permite a los consumidores de los servicios de vigilancia elegir la compañía prestadora de los mismos, pues según la defensa, los acuerdos mencionados no afectan el correcto o adecuado funcionamiento del mercado. Sin embargo, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO afirma que su deber también se concentra en *inhibir toda clase de acuerdos de precios*, que cobija el “pacto de honor” realizado por las empresas de seguridad.

En el mismo sentido, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO argumenta que la defensa tiene razón en el argumento que expresa que la normatividad vigente en Colombia no implica la negación del análisis de cada situación y escenario de competencia, esto con la finalidad de racionalizar la aplicación de las normas de acuerdo con el escenario que se trate. Sin embargo, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO establece que ese estudio no es una prerrogativa de los agentes económicos quienes son los destinatarios de las normas, por ello nos dice que *los agentes no deben resolver por sí y ante sí cuándo y cómo acatan la ley*⁹¹. Continúa la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO diciendo que los agentes económicos tienen la posibilidad de lograr regímenes especiales, y que por ello tienen la posibilidad de integrarse⁹² o la autorización del gobierno para la celebración de acuerdos o convenios que restringiendo la competencia tengan la finalidad de defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios

son responsables, tampoco argumenta o motiva la decisión frente a los representantes legales, sólo los exime de cualquier responsabilidad. El tratamiento o estudio del caso plasmado en esta resolución por apartes carece de coherencia, continuidad y motivación clara sobre el análisis de la misma Superintendencia al caso concreto. Esto puede obedecer al hecho de que sólo le interesa conocer la existencia de un acuerdo y con ello el juicio de responsabilidad se completa

- 90 Estas conclusiones preliminares de la SIC y el interrogatorio de parte realizado a Seguridad de Occidente, son elementos importantes para el análisis que se desarrolla más adelante.
- 91 Este argumento puede ser bien cuestionado como veremos más adelante, pues si los agentes económicos, cada vez que buscan cooperación con los demás agentes deben solicitar autorización para realizar esas conductas en el mercado, la regla se vuelve la excepción y la libertad de empresa queda comprometida por la existencia de las normas de libre competencia.
- 92 Las integraciones empresariales están hoy reguladas principalmente en la Ley 155 de 1959 artículo 4, resolución XXX de la Superintendencia de Industria y Comercio, y en la circular única de la Superintendencia de Industria y Comercio.

de interés para la economía general⁹³, pero ninguno fue solicitado por los agentes económicos investigados.

En segundo lugar desde la perspectiva de los efectos de los acuerdos, establece que es una alternativa de la Superintendencia el hecho de adelantar o no investigaciones en razón de la convicción que se tenga sobre el efecto que tengan las conductas desarrolladas por los agentes económicos respecto de las finalidades establecidas en el decreto 2153 de 1992 artículo 2° numeral 1°. Sostiene la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO que ese hecho es una facultad discrecional de la cual debe hacerse uso para abrir o no la investigación, pero no implica que tenga que valorarse o cuantificarse los resultados de un comportamiento para que puedan ser tenidos en cuenta para establecer su ilicitud. Así, la Superintendencia nos dice que no existe norma que soporte la conclusión, según la cual se pueda entender que los acuerdos de precios a juicio de los agentes que realizan el cartel es legal por el hecho del número de agentes que no participan en la cartelización.

Por último, la Superintendencia al referirse al daño, sólo nos dice que entre los elementos que exige la norma de competencia no se encuentra el daño y esto lo justifica con el siguiente argumento:

“[...] De hecho sería un absurdo que se pretendiera que se evidenciara un elemento de daño puesto en cabeza de un particular competidor cuando es constitucional la concepción de que el derecho a la competencia es de todos y por tanto es diáfano que el adecuado funcionamiento de los mercados es interés de competidores, consumidores y en general de los habitantes de Colombia que nos beneficiaríamos de una asignación eficiente de los recursos productivos”⁹⁴.

Es importante reconocer que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO analiza la circular 16 de 1995 de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada como sólo un argumento de la defensa, pues considera que hay dos razones para no considerar esa circular como justificación de las conductas de los agentes. La primera razón, es que para la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, los tiempos no son coincidentes entre la vigencia de la circular y la conducta de los agentes. Esto es, antes de que los agentes económicos adelantaran su acuerdo, el Consejo de Estado declaró la nulidad (nueve meses antes) del numeral 7^o⁹⁵ de la circular. La SIC,

93 La autorización para los acuerdos que restrinjan la competencia en función de la estabilidad de un sector económico se encuentra en el párrafo del artículo 1 de la ley 155 de 1959. Pero el decreto 2153 de 1992, en su artículo 49, presenta posibles excepciones a las violaciones de las normas de libre competencia.

94 Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 29302 de noviembre 02 de 2000.

95 Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, circular 16 de 1995, numeral 7. «Con base en el estudio presentado al Gobierno Nacional la Superintendencia ha considerado que el costo por un

considera que al ser declarada la nulidad del numeral 7°, el numeral 8°⁹⁶ que también hace referencia a los precios y el objetivo que se pretende garantizar, carece de fuerza, pues para la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO el numeral tiene vida jurídica por virtud del numeral 7°⁹⁷. De la misma forma, la SIC, considera que aún si la circular estuviese vigente, el comportamiento de las empresas es censurable⁹⁸. La segunda, es el reproche por el hecho de que los agentes económicos al realizar su conducta no se limitaron a las tarifas para el servicio 24 horas mes, sino que también se reguló lo correspondiente al servicio de jefe de grupo, se acordó el descuento por pronto pago y las condiciones para otorgarlo, se prohibieron descuentos por volumen, se determinaron los bienes y prestaciones que serían admisibles como valor agregado y se excluyeron algunas de manera absoluta de esta posibilidad⁹⁹.

Después de todos estos elementos analizados, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO concluye su investigación sancionando a las empresas y estableciéndoles un conjunto de obligaciones que garanticen que el comportamiento no se repetirá. En definitiva, las empresas son responsables por el incumplimiento del artículo 47-1 del decreto 2153 de 1992, es decir, por acuerdos horizontales de precios.

Para concluir este apartado, tendremos que decir que a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO sólo le interesó probar la existencia de un acuerdo, que era celebrado por empresas y que ese acuerdo se refería a precios. De cara a lo sostenido por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, las empresas de seguridad decidieron reponer y mediante resolución 00670 del 29 de enero de 2001 esta entidad confirmó lo expresado en la resolución 29302 del 2 de noviembre de 2000 que ha sido objeto de análisis. Con esto se agotó la vía gubernativa e interpusieron ante el

servicio de vigilancia veinticuatro (24) horas-mes, a partir del 1° de enero de 1996, que garantice un cabal cumplimiento de las normas laborales y fiscales no pueden estar por debajo de los diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes».

96 Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, circular 16 de 1995, numeral 8. «La Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada considera que las entidades cualquiera que sea su modalidad y constitución que presten servicios de vigilancia y seguridad privada veinticuatro (24) horas-mes y cobren el servicio por debajo de los diez salarios mínimos legales mensuales vigentes estarán infringiendo las normas laborales y fiscales, por lo cual estarán expuestas a la correspondientes sanciones.

97 Este argumento de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO es importante para nuestras consideraciones que se desarrollan más adelante.

98 Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 29302 de noviembre 2 de 2000, “La circunstancia de que el acto administrativo en el que se contemplaba la posibilidad de tener un piso para las tarifas de las empresas de seguridad hubiera sido declarado nulo, meses antes de la reunión del acuerdo, es suficiente para entender que la circular no excusa el cartel. Pero robustece esa conclusión notar que aún en vigencia de la circular el comportamiento que se analiza es censurable”.

99 Las sanciones y medidas a cargo de las empresas se decidieron en razón al establecimiento de criterios autónomos para fijar precios, eliminación de condiciones uniformes conjuntas, medidas sobre cambios de precios y sanción pecuniaria.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para que se reconociera que si había existido un acuerdo, pero que el mismo no era anticompetitivo y estaba conforme a derecho. Así, pasemos al análisis del caso por parte del tribunal.

3.2. Ante el tribunal

Las consideraciones que se realizarán a continuación, se limitan a los hechos y explicaciones que tienen que ver con el acuerdo de precios en materia de libre competencia, los hechos referidos al debido proceso, a la violación de normas penales y administrativas que no se concentran con lo sustancial de la libre competencia no serán tenidas en cuenta, salvo su importancia o trascendencia de cara a un análisis de esta naturaleza¹⁰⁰.

El tribunal considera que el punto central del conflicto entre las empresas de seguridad y la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, se encuentra en el régimen sancionatorio que aplica la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO en materia de libre competencia, ya que se argumenta que para esa institución, sólo es suficiente que exista el acuerdo directo o indirecto de fijación de precios para productos o servicios, para que se configure la responsabilidad objetiva, sin que sea pertinente analizar la intención de los representantes legales, puesto que era suficiente el acuerdo, para limitar indebidamente el mercado y considerarlo como restrictivo de la competencia.

El argumento central de las empresas de seguridad se concentra en que a la Superintendencia sólo le bastó para sancionar la demostración de la existencia de un acuerdo sobre precios, sin tener en cuenta el objeto ni sus efectos, ni si hubo o no limitación de la competencia o si los precios acordados eran inequitativos.

El tribunal al comenzar su análisis por el régimen sancionatorio, tiene en cuenta que la responsabilidad objetiva es excepcional y esa excepción no es el caso de la libre competencia. En ese sentido, considera que el Consejo de Estado sólo se pronunció sobre el numeral 7° de la circular de la Superintendencia de Vigilancia y guardó silencio sobre el numeral 8°. Así, critica la posición de la SIC en materia de acuerdos de precios, por tanto considera el tribunal que sólo le interesó demostrar la existencia del acuerdo y ese hecho se encuentra muy lejos de la realidad. Este hecho lo lleva a considerar que ni la normatividad, ni la Constitución consagran que

100 Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, del 27 de noviembre de 2003, MP LIGIA OLAYA DE DÍAZ, referencia: radicación 2001-0364, acción de nulidad y restablecimiento del derecho. demandante: Asociación de Entidades de Seguridad Privadas ANDEVIP y otros, demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

no se tengan en cuenta el objeto, ni los efectos, por ello para el Tribunal cada conducta o resultado del mercado debe ser analizado de manera particular, pues se presentan circunstancias que permiten desvirtuar la ilegalidad de los acuerdos.

Con el entendido del tribunal, pueden existir acuerdos de precios que no restrinjan la competencia, por ello analiza dos situaciones concretas, las excepciones que la misma normatividad consagra en el artículo 49-2 del decreto 2153¹⁰¹ y la estructura del mercado en cuanto al número de empresas que participan en él. En el primer punto de análisis, para el tribunal es necesario demostrar que el acuerdo tuvo como objeto restringir, impedir o falsear la competencia. Este punto se puede ver apoyado por la consideración de la existencia de las excepciones previstas en el artículo 49, pues entiende que la circular 16 puede ser una norma estándar, no adoptada como obligatoria por el organismo competente. En este sentido, argumenta que la Superintendencia al sancionar por el solo hecho de existir un acuerdo de precios, desconoció la existencia de la excepción del numeral 2 del artículo 49, con el argumento que había desaparecido del mundo jurídico el numeral 7 de la circular 16, sin embargo la previsión del numeral 8, de la misma circular que no había anulado el Consejo de Estado, se constituyó como una medida no obligatoria, que no limitaba la competencia, puesto que la fijación de precios con sujeción o respeto a la normatividad laboral y fiscal, permitía un amplio margen para la participación de muchas empresas¹⁰².

El segundo punto de análisis, frente a la estructura del mercado, considera el tribunal que la Superintendencia no atendió al hecho de la existencia de un mercado con muchas empresas, que para el área geográfica donde se establece la investigación, se reportan 415 empresas de vigilancia y las inscritas en las diferentes cámaras de comercio, son aproximadamente 900. Por ello, el acuerdo que celebraron 15 de ese conjunto, hace que no se pueda hablar de una restricción en la entrada, ni en la escogencia, ni en los precios, ni en los servicios, etc.

En definitiva el tribunal considera que las empresas al realizar el acuerdo, sólo trataban de seguir las sugerencias de la Superintendencia de Vigilancia, todo con el fin de cumplir las normas laborales y tributarias y por ello el pacto celebrado entre las empresas de seguridad no es restrictivo de la competencia, tiene fundamento constitucional y legal, generando la ilegalidad de las sanciones impuestas por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, por el hecho de ser contrarias al

101 El artículo 49-2 del decreto 2153 nos dice “Excepciones. [...] no se tendrán como contrarias a la libre competencia las siguientes conductas: [...] 2. Los acuerdos sobre cumplimiento de normas estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente, cuando no limiten la entrada de competidores al mercado”.

102 Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, del 27 de noviembre de 2003, MP LIGIA OLAYA DE DÍAZ, referencia: radicación 2001-0364.

ordenamiento jurídico. Este hecho, hace que se decida la nulidad de las resoluciones proferidas por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, no se obligue a las empresas a asumir conductas según lo establecido en las mismas resoluciones y el no pago de suma alguna por concepto de multa.

Con lo visto hasta ahora, tenemos un caso de acuerdo de precios, aceptado por las empresas investigadas pero que justifican en el cumplimiento de una resolución de una autoridad administrativa y que el objeto de la misma era garantizar el pago de salarios y de impuestos. De cara a los efectos la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO no se interesó en los mismos, mientras que el Tribunal considera que el acuerdo no produce efectos anticompetitivos y no limita la elección de los consumidores dado que en el mercado sigue existiendo una oferta importante de los mismos servicios por parte de otras empresas. Ahora, pasemos a trabajar los retos que tiene el Consejo de Estado por la interposición de recursos frente a este caso y que será el órgano competente para cerrar la discusión sobre si el acuerdo es anticompetitivo, si se debe aplicar la regla de *per se* o regla de la razón, si existe la regla *per se* y los efectos de sus posibles consideraciones.

4. LOS RETOS DEL CONSEJO DE ESTADO

El caso de las empresas de seguridad decidido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca fue apelado por la Superintendencia de Industria y Comercio ante el Consejo de Estado y a la fecha este órgano de cierre no se ha pronunciado sobre el fondo del asunto. Con fundamento en esto nos proponemos hacer algunas consideraciones sobre la importancia de esta decisión, los elementos que debe tener en cuenta el Consejo de Estado y las posibles consecuencias de los efectos posibles de lo que se decida.

Conocidos los hechos del caso, tanto en sede administrativa como en sede judicial, podemos plantearnos ciertos retos que tiene el Consejo de Estado al momento de fallar, y presumir que la decisión de este caso puede dar muchas luces para nuestra política de competencia en los próximos años. Sin entrar todavía a calificar la conveniencia o inconveniencia de los posibles escenarios que se pueden tener con la sentencia, podemos decir que en las manos del Consejo de Estado se encuentra la decisión que reflejaría una visión del derecho de la competencia para Colombia, esto es, un derecho de la competencia desde la regla *per se* estricta, que mantenga como finalidad una presunción del bienestar del consumidor; una visión más flexible de la regla *per se*, donde se mezclen el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica; o un derecho de la competencia dominado por la regla de la razón, donde cada caso tendrá que ser analizado como único, necesitando la prueba de todos los elementos que rodean la conducta y/o sus efectos en el mercado.

Expresándolo de un modo más claro, la elección de alguna de esas alternativas de la trilogía mencionada, puede ser el marco de referencia para el derecho de la competencia en los próximos años, con efectos en una configuración institucional más concreta de la Superintendencia de Industria y Comercio como órgano que investiga y decide, y en un llamado al gobierno para una asignación presupuestal mayor acorde con las necesidades que plantea esa institución¹⁰³.

El análisis que se está haciendo en el caso concreto trata de responder una pregunta muy concreta: ¿los agentes económicos que se encuentran en una relación horizontal frente al mercado pueden acordar precios? Esta pregunta a su vez puede ser cuestionada de la siguiente forma: ¿se refiere a si existe alguna modalidad posible? ¿Importa si media una autorización para que se fijen precios? Teniendo claro un conjunto de preguntas que abren la discusión, comencemos por las normas que encuadran el problema¹⁰⁴.

Recordemos que el decreto 2153 en su artículo 47 numeral 1, nos dice:

“Acuerdos contrarios a la libre competencia. [...] se consideran contrarios a la libre competencia entre otros, los siguientes acuerdos:” “1. Los que tengan por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios”.

El artículo 1° de la Ley 155 de 1959 (modificado por el decreto ley 3307 de 1963 consagra:

“quedan prohibidos los acuerdos que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, [...] en general toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”. “Parágrafo. El gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico [...]”.

103 KOVACIC, WILLIAM E., *Lessons of competition policy reform in transition economies for U.S. antitrust policy*, en: 74 *St. John's Law Review*, Spring, 2000; p. 361 y sigs. p. 364. Argumenta que se deben tener en cuenta seis puntos para una política de competencia en países en vías de desarrollo. “*I focus on six elements of guidance that foreign advisors offer to transition economies: heads of state and legislatures should appoint individuals with substantial relevant expertise to head national competition authorities; institutional clarity and simplicity are desirable objectives in designing enforcement mechanisms; policymaking should be transparent; nominal legal commands and actual enforcement policy should be congruent; antitrust agencies should subject the results of their work to continuing evaluation, including scrutiny by outsiders; and a high priority of competition law should be to forestall government intervention that suppresses business rivalry*”.

104 Lo que se quiere conocer desde la particularidad del caso es si ¿las empresas de seguridad siendo competidoras entre sí, puede acordar precios?, además si ¿existe alguna posibilidad para que las empresas de seguridad acuerden precios? o si ¿las empresas de seguridad debieron solicitar una autorización?

Y el artículo 49 - 2 del decreto 2153 nos dice:

“Excepciones. [...] no se tendrán como contrarias a la libre competencia las siguientes conductas:” “[...] 2. Los acuerdos sobre cumplimiento de normas estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente, cuando no limiten la entrada de competidores al mercado”.

De la lectura de las normas que prohíben comportamientos que atentan contra la libre competencia es muy complejo, según el tenor literal de lo que expresan, establecer el contenido de la política de libre competencia. Esto es, de cara a los acuerdos, pensaríamos que la norma debe consagrar prohibiciones para las prácticas que son dañinas para la libre competencia, no incluir las que excepcionalmente no son dañinas y exigir un análisis detallado y cauteloso de los acuerdos que se encuentran al interior de esos límites¹⁰⁵. La existencia de una visión de los acuerdos desde esta perspectiva nos permitiría analizar nuestro caso desde supuestos con una claridad importante, especialmente, sobre el uso de los instrumentos institucionales para combatir acuerdos peligrosos para la competencia efectiva, minimizaría los errores positivos (la prohibición de acuerdos eficientes), minimizaría los errores negativos (permitir acuerdos anticompetitivos) y disminuiría los costos de administración de la norma de competencia sobre acuerdos^{106 107}.

Con lo dicho hasta ahora podemos decir que el Consejo de Estado debe tener claro que la norma en su sentido literal no nos dice mucho, pues la prohibición de todo acuerdo entre empresarios así sea horizontal y de precios, puede traer consigo errores positivos y por tanto, generaría una pérdida social. Por otro lado, las normas de libre competencia consagran tanto excepciones, como no aplicaciones de las mismas normas de libre competencia de cara a los acuerdos, mientras el parágrafo del artículo uno de la Ley 155 de 1959 consagra una excepción, es decir, el gobierno puede autorizar acuerdos anticompetitivos; el artículo 49 del decreto 2153, consagra la no aplicación de la norma de libre competencia a determinados acuerdos que tienen por objeto otras finalidades diferentes a restringir la libre competencia.

105 ALFARO – ÁGUILA-REAL, JESÚS, “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatística del derecho antimonopolio”, en: *INDRET. Revista para análisis del derecho*, 253, [en línea], disponible en: www.indret.com; Barcelona, noviembre de 2004, págs. 2 y 3. Este autor también nos dice que estas normas deben ir acompañadas de reglas negativas como: la prohibición no se aplicará a los acuerdos autorizados ni a los que resultan de la aplicación de una ley o un reglamento, y también de una excepción. Se podrán excepcionar algunos acuerdos restrictivos de la competencia.

106 *Ibidem*.

107 POSNER, RICHARD A., *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, pág. 516 y sigs. El objetivo de un sistema procesal, desde un punto de vista económico, es minimizar dos tipos de costos. El costo del error judicial o decisiones erróneas y el costo del sistema procesal.

De cara a lo sucedido, la diferencia entre la excepción y la no aplicación no es clara para la SIC que dice que se requiere la autorización de la Superintendencia para llevar a cabo acuerdos de precios. Por otro lado, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no establece ninguna diferencia, sólo se limita a decir que la Superintendencia no tuvo en cuenta el artículo 49. El problema de cara a esa interpretación que realiza el Tribunal, es que si bien lleva a la misma conclusión, que es una mala aplicación de la norma de libre competencia, los argumentos son diferentes, pues la importancia de tener en cuenta el artículo 49 es el objeto del acuerdo, pues desde la excepción del artículo 1° de la Ley 155 el acuerdo puede ser anticompetitivo desde su objeto pero autorizado por el gobierno.

Para analizar el punto del objeto y del efecto debe estar claro que tanto la excepción como la no aplicación de las prohibiciones de libre competencia, pueden permitir ciertos grados de restricción por efecto en el mercado. Lo importante es que bajo la primera, la restricción por razón del efecto es de esperarse que sea más alta y que el objeto del acuerdo tenga clara esa restricción. Bajo la no aplicación, el objeto del acuerdo persigue otros fines y por efecto se puede restringir la competencia, pero se espera que exista una proporcionalidad entre el objeto del acuerdo y los efectos que genera, pues si es desmedida la restricción que produce, el objeto del acuerdo se desnaturalizaría.

Otro punto importante es la consideración del margen de acción que tienen los agentes económicos. La Superintendencia, como fue presentado antes, considera que los agentes económicos *no deben resolver por sí y ante sí cuándo y cómo acatan la ley*. Este argumento en referencia a la libre competencia es bastante contradictorio, pues las normas no están hechas para limitar el comportamiento de los agentes en el mercado, sino principalmente para controlar el poder de mercado. Las normas de libre competencia no son un complemento del derecho privado, son una forma de regulación principalmente para corregir externalidades, es decir, en términos más sencillos, busca que las conductas o acuerdos de los agentes no causen daño a los consumidores en forma de restricciones apreciables de la oferta o de la calidad, y en aumentos de precios¹⁰⁸.

Según lo tratado, la Superintendencia no puede pretender que la excepción sea la libertad de los agentes y la regla sean las excepciones que da la autoridad. Es poco debatible que se encuentren prohibidos los comportamientos de los agentes como los *hard core* carteles (*naked restraints*) o restricciones absolutas, y que no se prohíban las restricciones que sean necesarias y proporcionales para alcanzar el objetivo propuesto por los agentes. Esto es, cuando celebran acuerdos que tienen

108 ALFARO – ÁGUILA-REAL, JESÚS, “La prohibición de los...”, ob. cit., págs. 4 y 5.

finalidades legítimas, así tengan algún efecto medido de restricción de mercado, no se requerirá una autorización. En este punto es importante reconocer que la Unión Europea modificó su reglamento al control de concentraciones, para terminar en una regulación que lleve las cosas a su curso normal, la libertad de los agentes es la regla, y las excepciones son la excepción¹⁰⁹.

Si es claro que las empresas no necesitan una autorización, porque la norma estableció un régimen de inaplicabilidad para determinadas circunstancias, el análisis debería estar en esa situación, es decir, si el acuerdo de las empresas de seguridad obedecía al *cumplimiento de una norma estándar y medidas no adoptadas como obligatorias cuando no limiten la entrada de competidores al mercado*. La Superintendencia descarta esta observación porque no considera que el objeto del acuerdo sea ese, ya que con su interpretación las consideraciones sobre cualquier recomendación o fijación de tarifas eran nulas. Por otro lado, el Tribunal Administrativo, considera que el objeto del acuerdo era seguir unas recomendaciones que daban como fruto el cumplimiento de normas laborales y fiscales. Aceptando estas consideraciones, el tribunal no analiza los efectos que a la Superintendencia no le importan, pues para ella no tiene relevancia el daño que se pueda causar. Sin embargo, el Tribunal hace referencia al número de empresas en el mercado geográfico, pero sólo desde una perspectiva cuantitativa y no cualitativa y en razón de esas consideraciones establece que las empresas de seguridad no violaron las normas de libre competencia. El reto que tiene en este caso el Consejo de Estado es determinar si en Colombia se puede predicar la regla *per se*, y existiendo ésta se debe entender como una presunción de derecho para todos los acuerdos de precios (división de mercados y eliminar competidores), con la necesidad de argumentar qué pasará con aquellos acuerdos que generando eficiencias deben ser declarados ilegales¹¹⁰. Una segunda hipótesis puede ser que, existiendo la regla *per se*, ésta sólo se aplique a aquellos acuerdos de precios que se consideran *hard core* carteles¹¹¹. Por último, si decide que en Colombia no hay regla *per se*, el Consejo de Estado debe ser consciente que el Estado asumirá la necesidad de analizar casos anticompetitivos, con posibilidades de caer en errores judiciales que terminen justificando la existencia de los mismos.

109 Ibidem.

110 CARRIER, MICHAEL A., "The Real Rule of Reason: Bridging the Disconnect", 1999 *Brigham Young University Law Review*, p. 1265 y sigs.

111 BORK, ROBERT H., *The antitrust Paradox. A policy at war with itself*, free press, 1993, New York, p., 263 y sigs. "The rule [*per se*] should be restated so that it is illegal *per se* to fix prices or divide markets (or to eliminate rivalry in any other way) only when the restraint is "naked" – that is, only when the agreement is not ancillary to cooperative productive activity engaged in by the agreeing parties".

En definitiva, el Consejo de Estado, debería precisar el contenido del objeto de los acuerdos en relación con la inaplicabilidad de las normas de competencia para determinados acuerdos (es decir, una proporcionalidad entre el objeto del acuerdo y los efectos de los acuerdos) y con ello un régimen donde se pueda entender la regla *per se* para Colombia, esto es con un mecanismo que permita la existencia de restricciones subordinadas (*ancillary restraints*) y sanciones para los acuerdos *hard core* o duros contra el mercado sin la necesidad de altos costos en investigaciones. Esto lleva indudablemente a considerar de forma clara las diferencias entre las excepciones de la Ley 155 de 1959, artículo 1 parágrafo, y la obligación de no aplicar las normas de libre competencia en razón de la existencia de los supuestos consagrados en el artículo 49 del decreto 2153 de 1992. Este punto es importante, aparte de implicar la aplicación de la regla de la razón a los acuerdos que puede tener efectos procompetitivos, hace que se pueda obtener de las conductas de los agentes los resultados más eficientes y con ellos las menores pérdidas sociales.

5. CONCLUSIONES

Una lectura literal y fuera de contexto, podría decir que cualquier acuerdo entre empresas que tengan por objeto o como efecto restringir la competencia es ilegal. Llevando a la conclusión que la intención de la Constitución es que sólo se permite la cooperación entre individuos con efectos económicos al interior de las empresas individualmente consideradas o bajo el derecho de asociación sin mayores consideraciones económicas. Estableciendo que las cooperaciones entre empresas son por naturaleza sospechosas, dejando por fuera el interrogante fundamental de: ¿dónde se puede ver y reflejar la eficiencia de la cooperación entre agentes económicos independientes?

La normativa de libre competencia no es, por esencia, un complemento del derecho privado, es una regulación económica sobre el control de externalidades. Este hecho hace que las autoridades que controlan la violación de normas de la libre competencia estén atentas a controlar el poder de mercado que las empresas de forma individual o conjunta pretendan desarrollar en el mercado con consecuencias ineficientes. Pues el mercado no se altera por el solo querer, se altera porque se puede alterar, por ello la puesta en práctica de la regla *per se*, debe considerar límites de actuación, pues si se entiende como presunciones de derecho, que no admiten prueba en contrario, los participantes del mercado en ciertos casos tendrían que asumir ciertos costos sociales por razón de la norma, pudiéndose beneficiar de un análisis diferente de los comportamientos realizados por los agentes económicos. A la autoridad de competencia, no se le puede olvidar que desde el mundo contractual, los acuerdos pueden tener cláusulas que tienen por objeto alcanzar unas finalidades

eficientes, pero que por efecto restringen la competencia, sin ser esa restricción desmedida. Si no se consideran esos posibles escenarios, la mayor restricción a la libertad de comportamiento en el mercado la podría realizar la misma agencia encargada de proteger la competencia.

Por último, el Consejo de Estado debe aprovechar esta oportunidad para lanzar cuestionamientos y argumentos que modernicen nuestro derecho de la competencia, pues las interpretaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, como las de muchos doctrinantes, se limitan al tenor literal del articulado sin encuadrar el conjunto de instituciones y normas que permiten ver excepciones y no aplicación de las prohibiciones de libre competencia, por intervención del gobierno y por determinadas circunstancias de acuerdos entre particulares que tienen por objeto la búsqueda de mejores resultados para el mercado respectivamente. Las legislaciones más estrictas y con mayor historia han ido abandonando la esencia del castigo por las palabras de la norma y se han adentrado en la búsqueda de los beneficios que los agentes económicos puedan producir en el mercado por razones de cooperación.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO – ÁGUILA-REAL, JESÚS, “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatista del derecho antimonopolio”, en: INDRET. Revista para análisis del derecho, 253, [en línea], disponible en: www.indret.com; Barcelona, noviembre de 2004.
- AREEDA, PHILLIP; KAPLOW, LOUIS; y EDLIN, AARON, *Antitrust Analysis. Problems, text and cases*, 6th ed., Aspen, New York, 2004.
- BESCHLE, DONALD L., «*What, Never? Well, Hardly Ever*»: *Strict Antitrust Scrutiny as an Alternative to Per Se Antitrust Illegality*”, en: 38, *University of California Hastings Law Journal*, march, 1987, p. 471 y sigs.
- BORK, ROBERT H., *The antitrust Paradox. A policy at war with itself*, free press., 1993, New York.
- BORK, ROBERT H., *The Rule of Reason and the per se Concept: Price Fixing and Market Division [II]*, 75 *Yale LJ*, 373, 1966, p. 403 y sigs.
- BOTERO RESTREPO, CECILIA, *El derecho antitrust o de la libre competencia en los Estados Unidos*, Señal Editora, 2002, págs. 119–121.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO, *Derecho antimonopolio y de defensa de la competencia*, t. 1 y t. 2., Heliasta, Buenos Aires, 2005.
- CALVO CARAVACA, ALFONSO y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, COLEX, 2003, Madrid.
- CARRIER, MICHAEL A., “*The Real Rule of Reason: Bridging the Disconnect*”, 1999 *Brigham Young University Law Review*, p. 1265 y sigs.

- COHEN, WILLIAM E., *Per se illegality and truncated rule of reason: the search for a foreshortened antitrust analysis*. Federal Trade Commission, November 1997, *Staff discussion draft: for purposes of debate and discussion only*.
- COLOMA, GERMÁN, *Defensa de la competencia*, Ciudad Argentina, 2003, Buenos Aires, pág. 79 y sigs.
- CORTÁZAR, JAVIER, *Hacia un nuevo derecho de la competencia en Colombia. Análisis crítico y prospectivo*, Ediciones Doctrina y Ley, 2003, Bogotá, D.C.
- FOX, ELEANOR M., *The Politics of Law and Economics in Judicial Decision Making: Antitrust as a Window*, 61 *New York University Law Review*, 1986, pp. 554 – 563.
- GALÁN CORONA, EDUARDO, *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Montecorvo, Madrid, 1977.
- GELLHORN, ERNEST, KOVACIC, WILLIAM E., y CALKINS, STEPHEN, *Antitrust Law and Economics*, Thomson West, fifth ed., 2004, St. Paul, pp. 208 a 214.
- IBARRA PARDO, GABRIEL y MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “La práctica de fijación unilateral de precios y su aplicación en Colombia”, en: CEDEC IV, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, Seminarios, 12, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, JAVERGRAF, 2000, Bogotá D.C., pág. 55 y sigs.
- KOVACIC, WILLIAM E., “*Lessons of competition policy reform in transition economies for U.S. antitrust policy*”, en: 74 *St. John’s Law Review*, Spring, 2000, p. 361 y sigs.
- KRATTENMAKER, THOMAS G. y SALOP, STEVEN C., “Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals’ Costs to Achieve Power over Price”, 96 *Yale Law Journal*, 1986, p. 209.
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “Anotaciones sobre el derecho antimonopolios en los Estados Unidos de Norteamérica”, en: CEDEC III, colección Seminarios, 10, 2000, JAVERGRAF, Bogotá, D.C.
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, JUAN DAVID, Fundamentos económicos del derecho de la competencia”, en: CEDEC VI, 2006, JAVERGRAF, Bogotá, D.C., pág. 269 y sigs.
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, El derecho de la competencia en América Latina y el Caribe. Para publicación en 2007.
- NEALIS, PETER, “*Per se Legality: A new Standard in Antitrust Adjudication Under the Rule of Reason*”, en: 61 *Ohio State Law Journal*, 2000, p. 347 y sigs., pp. 358 y 359.
- PIRAINO, THOMAS A. Jr., “*Reconciling the per se and rule of reason approaches to antitrust analysis*”, en: 64 *Southern California Law Review*, March, 1991, pp., 685–687.
- POSNER, RICHARD A., *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992. pág. 516 y sigs.
- POSNER, RICHARD A., *Antitrust Law: An Economic Perspective*, University of Chicago Press, 1976, Chicago, p. 28.
- SULLIVAN, LAWRENCE A. y GRIMES, WARREN S., *The Law of Antitrust: An integrated handbook*, second edition, Thomson, West, 2006, Los Ángeles
- URIBE PIEDRAHITA, CARLOS ANDRÉS y CASTILLO CADENA, FERNANDO, “El otorgamiento de garantías en el derecho de la competencia en Colombia. Análisis económico y jurídico”, en: *Vniversitas* 110, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, diciembre, 2005.

Sentencias extranjeras

- Chicago Board of trade v. United States, 246 U.S, 231, 238 (1918).
- Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36 (1977).
- Fashion Originators' Guild v. Federal Trade Comm.'s, 312 U.S. 457.
- Hosiery Co. v. Leader, 310 U.S. 469, 489 (1940).
- International Salt Co. v. United States, 332 U.S. 392.
- Northern Pac. Ry. v. United States, 356 U.S 1, 5 (1958).
- Shawnee Compress Co. v. Anderson 209 U.S. 423, 432, (1908).
- Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1910).
- United States v. Addyston Pipe & Steel Co., 85 F. 271, aff'd, 175 U.S. 211.
- United States v. American Tobacco Co. 221 U.S. 106 (1911).
- United States v. Arnold, Schwinn & Co., 388 U.S. 365 (1967).
- United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150, 210.
- United States v. Trans-Missouri Freight Asociación, 166 U.S. 290 (1897).

Resoluciones y sentencias colombianas

- Consejo de Estado, sentencia del 23 de enero de 2003, Sección primera, CP MANUEL S. URUETA.
- Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección B, del 27 de noviembre de 2003, MP LIGIA OLAYA DE DÍAZ, referencia: radicación 2001-0364. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandante: Asociación de Entidades de Seguridad Privadas Andevip y otros, demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.
- Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 29302 de noviembre 02 de 2000.
- Superintendencia de Industria y Comercio, auto del 2 de junio de 1995.
- Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 21821 del 1° de septiembre de 2004.
- Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 21822 del 1° de septiembre de 2004.
- Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 25402 del 6 de agosto de 2002.
- Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 27759 de 1999.
- Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 27760 de 1999.

- Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 27760 de 1999.
- Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 27762 de 1999.
- Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 27762 de 1999.
- Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 29302 de 2000.
- Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 34397 del 25 de octubre de 2001.
- Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 7950 de 2002.
- Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 7951 de 2002.
- Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 8027 de 2002.
- Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 8732 de 2002.
- Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, circular 16 de 1995.
- Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 29302 de noviembre 02 de 2000.

