

Las medidas cautelares en el derecho de la competencia: desarrollo en Colombia 1992-2022*

Interim Measures in Competition Law: Colombia's Experience 1992-2022

Daniel Eduardo Londoño de Vivero ^{a**}

DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj72.mcdc>

Pontificia Universidad Javeriana, Colombia

daniel-londono@javeriana.edu.co

ORCID: <https://orcid.org/000-0003-4711-3355>

Recibido: 01 noviembre 2022

Aceptado: 16 enero 2023

Publicado: 31 julio 2023

Resumen:

El derecho de la competencia busca la protección del libre mercado a través del establecimiento de normas que garanticen la libre competencia económica. Dentro de las herramientas con las que cuentan las autoridades de competencia en el mundo se encuentran los procesos administrativos sancionatorios en los que estas pueden decretar medidas cautelares con el propósito de realizar una intervención a priori para interrumpir la ejecución de conductas anticompetitivas.

El objetivo del presente artículo es definir y caracterizar las medidas cautelares en materia de competencia, partiendo de la revisión de su regulación legal en la Unión Europea, España, Francia y México, para luego focalizar el análisis en el desarrollo de estas en Colombia, desde su introducción en 1992 hasta 2022. Lo anterior, por medio del examen del régimen legal vigente y el estudio de los cinco casos en que la Superintendencia de Industria y Comercio ha decretado medidas cautelares en procesos de prácticas restrictivas de la competencia. Finalmente, se presentarán algunos retos que, a nivel normativo, deben ser revisados por el Congreso de la República.

Palabras clave: derecho de la competencia, autoridad de competencia, Superintendencia de Industria y Comercio, medidas cautelares.

Abstract:

Competition Law protects free market economies, guaranteeing free competition. Among the various tools Competition Authorities around the world have, the administrative sanctioning process is one of them. In these processes interim measures can be issued. The purpose of an interim measure is to intervene in a specific market in which anticompetitive behaviors are being held, ensuring the effectiveness of an eventual sanctioning decision.

The objective of this article is to define and describe interim measures in Competition Law, reviewing, in first place, the legal regulation in the European Union, Spain, France, and Mexico; secondly, a detailed and complete analysis of the development of interim measures in Colombia will be presented (1992-2022). To accomplish this second goal, a full revision of the legal regime in Colombia will be presented, followed by the analysis of the five cases in which the Superintendence of Industry and Commerce has issued interim measures in administrative competition sanctioning processes. Finally, some normative challenges will be presented, which must be revised and addressed by the Congress.

Keywords: Competition Law, Competition Authority, Superintendence of Industry and Commerce, interim measures.

Introducción

Desde que el constituyente de 1991 estableció que el modelo económico colombiano sería el de economía social de mercado, la libre competencia económica, como derecho de tipo colectivo y, como deber, se convirtió en un pilar fundamental del Estado social de derecho¹. En distintas ocasiones, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado² han tenido ocasión de referirse y sentar sus posiciones frente a la protección, garantía

Notas de autor

** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá; especialista en Gestión Pública e Instituciones Administrativas y magíster en Derecho Público para la Gestión Administrativa de la Universidad de los Andes. Especialista en Derecho de la Competencia Europeo y Español del Instituto de Estudios Bursátiles. Candidato a magíster en Derecho Aeronáutico y Espacial de la Universidad de Leiden. Exasesor del despacho del Superintendente de Industria y Comercio. Profesor, en distintas ocasiones, de derecho constitucional y administrativo del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Abogado independiente. Contacto: daniel-londono@javeriana.edu.co.

^a Autor de correspondencia: daniel-londono@javeriana.edu.co

y vigencia de la libre competencia. Sin embargo, ha sido la Superintendencia de Industria y Comercio, en su calidad de autoridad nacional de competencia³, la que ha aplicado el régimen constitucional y legal del derecho de la competencia y ha tomado decisiones en pro de los mercados, sancionando la ejecución de todo tipo de prácticas restrictivas de la competencia.

La referida entidad estatal cuenta con distintas herramientas, tanto de tipo *ex ante* como *ex post*, entre las que se encuentran el control de integraciones empresariales⁴, la expedición de conceptos de abogacía de la competencia⁵ y la promoción, en general, de la competencia⁶, en la que se encuentra el proceso administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la competencia⁷. Dentro del proceso administrativo sancionatorio especial, el legislador otorga la facultad a la superintendencia de ordenar la suspensión inmediata de las conductas que puedan resultar contrarias a las normas sobre protección de la competencia, esto a título de medida cautelar⁸. Para que la entidad pueda decretar una medida cautelar debe haber una actuación administrativa en curso.

Sin embargo, pese a que esta facultad ha estado presente en nuestro ordenamiento desde 1992, pocas han sido las ocasiones en que la entidad ha hecho uso de esta.

El objetivo principal de este artículo es definir y caracterizar la facultad que tienen las autoridades de competencia —de tipo administrativo— de decretar medidas cautelares en los procesos administrativos sancionatorios por prácticas restrictivas de la competencia, presentando, de manera particular y detallada, su desarrollo en Colombia. Conforme a lo anterior, (i) se hablará de las generalidades de las medidas cautelares en el derecho de la competencia, revisando su regulación en la Unión Europea, España, Francia y México, para luego (ii) revisar el régimen jurídico colombiano en esa materia y (iii) analizar las decisiones que ha proferido la superintendencia cuando ha decretado medidas cautelares. Luego, (iv) se presentarán algunos retos para, finalmente, (v) dejar establecidas algunas conclusiones.

Medidas cautelares en el derecho de la competencia

Las medidas cautelares, en general, son los instrumentos con los que se busca que, dentro de un proceso judicial o administrativo, en el que esté en controversia un derecho o libertad, la decisión final pueda hacerse efectiva. Es decir, sirven como una decisión anticipada del funcionario competente para adelantar el respectivo proceso, que busca la efectividad o materialización de la decisión final. Esta puede ser revocada, dependiendo de lo que se demuestre en el juicio o proceso.

En materia judicial,

“[I]as medidas cautelares tienen amplio alcance, pues pueden recaer sobre bienes y también sobre personas [...] o también pueden estar orientadas a que se suspenda un acto que ha sido impugnado, o en los conflictos sobre competencia desleal para que se ordene al presunto infractor que cese el acto constitutivo de competencia desleal, siempre que se hayan comprobado actos propios de deslealtad.”⁹

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana ha establecido que las medidas cautelares “son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso”¹⁰.

De esta manera, el alto tribunal indicó que el decreto de una medida de este tipo busca asegurar y garantizar el cumplimiento de la decisión final que se adopte; puesto que, en muchos casos, de no hacerlo, los fallos serían ilusorios, imposibilitando la materialización del derecho en cuestión.

Las medidas de cautela cuentan con varias características, entre las que se encuentran su carácter de instrumentalidad o accesoriedad, provisionalidad o temporalidad y taxatividad¹¹.

A su vez, estas también se conocen como medidas preventivas, provisionales, *interimmeasures* o *preliminaryinjunctions*, que existen y tienen regulaciones en la mayoría de los Estados contemporáneos, en

distintos escenarios y campos del derecho. En este sentido, el derecho de la competencia, *Competition Law* o *Antitrust Law*, no ha sido la excepción. Tanto en Europa como en América se encuentra consagrada, a nivel normativo, la existencia y competencia de las autoridades para decretar medidas cautelares en esta materia.

En el caso de la Unión Europea, teniendo en cuenta que los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establecen los comportamientos que se consideran contrarios a la libre competencia, la Comisión Europea tiene la competencia para decretar medidas cautelares en los casos en que, preliminarmente, pueda verificarse la existencia de un comportamiento anticompetitivo. El numeral 1.º del artículo 8 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo señala que

“[e]n caso de urgencia justificada por el riesgo de que se produzca un perjuicio grave e irreparable a la competencia, la Comisión, actuando de oficio, podrá adoptar medidas cautelares mediante decisión sobre la base de la declaración de la existencia prima facie de una infracción.”¹²

A su turno, Estados que hacen parte de la Unión Europea, tales como España y Francia, también consagran en sus respectivos regímenes legales la posibilidad de que sus autoridades de competencia decreten medidas cautelares.

En el caso español, el numeral 1.º del artículo 54 de la Ley 15/2007, o Ley de Defensa de la Competencia, señala que

“[u]na vez incoado el expediente, el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, a propuesta o previo informe de la Dirección de Competencia, las medidas cautelares necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte”.

La adopción de estas¹³, dispone el numeral 2.º del citado artículo, debe tener suficiente motivación, ser proporcionada, temporal y encaminada exclusivamente a garantizar la eficacia de la resolución final que se dicte en el procedimiento sancionatorio. No pueden decretarse medidas que generen un perjuicio de difícil o imposible reparación. De esta manera, cuenta la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), autoridad de competencia española, con la facultad de decretar este tipo de medidas.

En el caso francés, el artículo L464-1 del Código de Comercio dispone que la *Autorité de la Concurrence*, autoridad de competencia francesa, puede, de oficio o a petición de parte, tomar las medidas que estime necesarias o sean solicitadas para proteger la economía general, el sector específico donde se está presentando el comportamiento, los intereses de los consumidores o la empresa denunciante¹⁴. Además, el artículo L464-2 del mismo código establece la obligación en cabeza del agente de mercado que hubiese sido objeto de una medida cautelar de publicarla en un diario de circulación local.

Finalmente, en México, la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) también tiene competencia para decretar medidas cautelares en las actuaciones administrativas en que se investigue la posible existencia de prácticas restrictivas de la competencia. El numeral IX del artículo 12 de la Ley Federal de Competencia permite a la Comisión “[o]rdenar la suspensión de los actos o hechos constitutivos de una probable conducta prohibida por esta Ley e imponer las demás medidas cautelares, así como fijar caución para levantar dichas medidas”.

Las autoridades referidas —CNMC, *Autorité de la Concurrence* y COFECE— tienen en común con la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia que, además de ser las autoridades de competencia, son entidades administrativas con capacidad sancionatoria. En este entendido, las decisiones que emiten estos órganos son actos administrativos que pueden ser demandados judicialmente. Diferente a ello, en otras jurisdicciones, quien es competente para decretar una medida cautelar en materia de competencia es un juez o tribunal. Un ejemplo de esto es el caso chileno, donde quien adelanta la investigación es la Fiscalía Nacional Económica y quien toma las decisiones es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia¹⁵.

Medidas cautelares en el régimen legal de la libre competencia en Colombia

El artículo 333 constitucional, pilar del sistema económico colombiano, establece la libertad de empresa, la libertad de competencia, la función social de la empresa y el deber del Estado de impedir que la libre competencia se obstruya o se restrinja¹⁶. A partir de esta disposición de rango constitucional es que se edifica el régimen legal de la libre competencia económica, el cual se encuentra compuesto por disposiciones especiales como la Ley 155 de 1959, el Decreto Ley 2153 de 1992 y las leyes 1340 de 2009 y 2195 de 2022; y, complementado, en lo no previsto por estas, por las leyes 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 1564 de 2012 o Código General del Proceso.

Ahora, en lo que a medidas cautelares respecta, el legislador excepcional¹⁷ consagró en el numeral 1.º del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 que al Superintendente de Industria y Comercio correspondía ordenar, a título de medida cautelar, la suspensión inmediata de las conductas que pudieran resultar contrarias a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas restrictivas de la competencia, contenidas en la Ley 155 de 1959 y en el mismo Decreto 2153, respecto de todo aquel que desarrollara cualquier tipo de actividad económica.

Posteriormente, el artículo 18 de la Ley 1340 de 2009 modificó la disposición en comento, estableciendo el nuevo texto que la superintendencia puede ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de las conductas que puedan ser contrarias a las normas de competencia, cuando considere que, de no adoptarse la medida, se pone en riesgo la efectividad de la decisión sancionatoria. Esta es la norma actualmente vigente que, a su turno, fue reglamentada por los numerales 5.º y 7.º de los artículos 1.º y 3.º, respectivamente, del Decreto 4886 de 2011, modificados este año por medio de los numerales 5.º y 7.º de los artículos 1.º y 3.º, respectivamente, del Decreto 092 de 2022.

La reglamentación vigente señala que la Superintendencia de Industria y Comercio tiene como función, entre otras, la de ordenar, “como medida cautelar, la suspensión inmediata de las conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal”, como dicta en su numeral 5.º del artículo 1.º del Decreto 092 de 2022. Además, establece que, en los casos en que el decreto tenga como fundamento la petición de esta por parte de un solicitante, la entidad puede pedirle a este que constituya una caución. Esto, con el propósito de respaldar los eventuales y posibles perjuicios que pudiesen generarse con tal medida. Artículos más adelante, se establece la competencia, específicamente, en el despacho del Superintendente de Industria y Comercio.

“De acuerdo con la normativa vigente, la autoridad de competencia en Colombia puede imponer medidas cautelares cuando considere que de no adoptarse se pone en riesgo la efectividad de la eventual decisión sancionatoria. Por ello puede la SIC solicitar la suspensión inmediata de aquellas conductas que puedan ser contrarias a las disposiciones legales sobre competencia.”¹⁸

En desarrollo de tal facultad, la superintendencia ha señalado los requisitos que deben acreditarse para que proceda el decreto de una medida cautelar: (i) la apariencia de ilicitud de la conducta —*fumus commissi delicti*— y (ii) el peligro por la mora procesal —*periculum in mora*—. Luego procede un análisis de proporcionalidad de la medida¹⁹.

La apariencia de ilicitud de la conducta hace referencia a que haya prueba, si quiera sumaria, de que el comportamiento anticompetitivo se presentó o se está ante la posibilidad real de que se materialice. En otras palabras, este elemento implica que la autoridad de competencia tenga cierta certeza de que existió o puede presentarse una infracción administrativa al régimen legal de la libre competencia. En este sentido, el estándar de prueba es bastante alto, pues la intervención en el respectivo mercado aparentemente afectado, por parte de la superintendencia, sería *a priori*, generando alteraciones en este.

Por su parte, el peligro por la mora procesal se refiere al riesgo de que la decisión de declaratoria de responsabilidad por encontrar probada la infracción no sea efectiva. Es decir, que, por medio de la medida

cautelar se pueda mitigar el riesgo de que el derecho o interés que protege la ley vaya a verse perjudicado por el transcurso del tiempo; tiempo requerido para adelantar la respectiva investigación administrativa. En palabras de la Corte Constitucional, citada en decisiones de la superintendencia, este elemento está relacionado con “un temor fundado de que el derecho se frustre o sufra menoscabo durante la sustanciación del proceso”²⁰.

Finalmente, de encontrarse acreditados los dos requisitos anteriores, la superintendencia hace un examen de proporcionalidad, en el que realiza una ponderación de intereses. Así, la autoridad administrativa analiza el grado de sacrificio que se impondría al sujeto pasivo de la medida en contraposición del beneficio que puede recibir el mercado en pro del interés general. En palabras de la superintendencia, “debe sopesarse la posible afectación del interés particular derivada de la imposición de la cautela frente al interés general del mercado y las finalidades constitucionales y legales del régimen de protección de la libre competencia económica”²¹.

Por último, es importante mencionar que el pronunciamiento emitido por el Superintendente de Industria y Comercio no constituye prejuzgamiento y corresponde a la Delegatura para la Protección de la Competencia continuar con la respectiva investigación administrativa. A su turno, el artículo 18 de la Ley 1340 de 2009 no establece una etapa o momento preciso en el procedimiento administrativo en el que pueda dictarse una medida cautelar, motivo por el que puede interpretarse que, en cualquier momento de la actuación, previa sesión y concepto del Consejo Asesor de Competencia (numeral 1.º del artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, modificado por el artículo 9 del Decreto 092 de 2022^[22]) puede decretarse una medida cautelar. Finalmente, es importante recordar que, al considerarse la decisión que decreta o no una medida cautelar un acto de trámite, de conformidad con lo señalado por el artículo 20 de la Ley 1340, contra esta no procede recurso alguno.

Casos en que la Superintendencia de Industria y Comercio ha decretado medidas cautelares en actuaciones por prácticas restrictivas de la competencia

Pese a que, como quedó establecido, la facultad de la superintendencia, de decretar medidas cautelares en las actuaciones administrativas por prácticas restrictivas de la competencia, se consagró desde 1992, y solo hasta 2010 se hizo uso de esta en el caso conocido como *Pediatras*. Después de este caso, vendrían cuatro más: *Agua en Bloque* (2013), *Ruta del Sol* (2017), *Ferlag* (2018) y *Visa y Mastercard* (2022).

A continuación, se describirán estas cinco decisiones, haciendo énfasis en el cumplimiento de cada uno de los requisitos para el decreto de las medidas cautelares, así como en las órdenes dadas por la autoridad de competencia para la protección de los respectivos mercados. Esto permitirá presentar la manera en que la superintendencia ha desarrollado los elementos requeridos para que proceda el decreto de una medida cautelar.

Caso *Pediatras* (radicado n.º 09-058320)

Mediante Resolución n.º 35019 del 1 de julio de 2010 el Superintendente de Industria y Comercio decretó la primera medida cautelar en materia de prácticas restrictivas de la competencia. Desde aquella ocasión se estableció que

“la certeza exigida respecto de la realización del comportamiento es distinta de la requerida para imponer una sanción por conductas contrarias a la libre competencia, de allí que para la adopción de las medidas cautelares basta, [...] la existencia de evidencia suficiente de la realización de una conducta eventualmente contraria a la libre competencia o la inminente ejecución de la misma [...]”²³

Teniendo en cuenta una denuncia presentada contra la Sociedad Colombiana de Pediatría y Puericultura —Regional Santander— y la Sociedad Colombiana de Pediatría, y luego de formulado pliego de cargos con el

fin de determinar si infringieron lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994, el Superintendente de Industria y Comercio, con fundamento en las pruebas existentes para ese momento de la actuación, encontró que las sociedades habrían establecido tarifas aplicables a los afiliados, dependiendo del servicio a los pacientes en los distintos regímenes de contratación en materia de salud. Lo anterior, se habría originado mediante la conformación de un Comité Tarifario en el 2007, la elaboración de documentos con las tarifas y una serie de mecanismos para evitar que las tarifas no fueran cobradas como eran acordadas.

Las medidas cautelares decretadas consistieron en ordenar a las sociedades que no aplicaran las tarifas acordadas, se abstuvieran de establecer nuevas tarifas y comunicar a todas las entidades prestadoras de salud que estaban en libertad de establecer las tarifas por la prestación de los distintos servicios²⁴.

Caso Agua en Bloque (radicado n.º 12-185822)

La segunda medida cautelar en materia de competencia, decretada por la Superintendencia de Industria y Comercio —mediante Resolución n.º 35988 del 14 de junio de 2013—, ocurrió en el caso en el que la actuación administrativa inició como consecuencia de una denuncia presentada por parte del representante legal de la Cooperativa de Servicios Públicos de Acueducto y Alcantarillado de la Parcelación el Jardín Limitada (COOPJARDÍN E.S.P. Ltda.) contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. (EAAB), por la aparente ejecución de prácticas anticompetitivas.

Habiendo encontrado mérito para iniciar una investigación, la Delegatura para la Protección de la Competencia formuló pliego de cargos contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., con el propósito de determinar si había infringido el artículo 1.º de la Ley 155 de 1959 (prohibición general de competencia), así como los numerales 4.º y 6.º del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 (abuso de posición de dominio). Proferida la resolución de apertura de investigación, se trasladó al despacho del Superintendente de Industria y Comercio la solicitud de medida cautelar formulada por el quejoso.

Vistos los hechos, debidamente probados, que sustentaban la solicitud, el despacho del superintendente refirió que, conforme lo señalado por la Delegatura en el acto de apertura de investigación, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. contaba con posición de dominio en el mercado de comercialización de agua potable a usuarios finales en Bogotá. La denunciada, según la autoridad, “estaría abusando de su posición de dominio en el mercado de agua en bloque al obstruir o afectar el flujo de agua a través de las redes de distribución”²⁵ en el tubo que distribuía agua a COOPJARDÍN E.S.P. Ltda. Igualmente, que esta “estaría vendiendo a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a los otros compradores con la intención de disminuir o eliminar su competencia en el mercado de comercialización de agua potable en Bogotá”²⁶.

Después de esto, con el propósito de identificar la verdadera afectación o el riesgo inminente sobre el mercado derivado de la aparente conducta, la superintendencia concluyó, teniendo en cuenta las pruebas que obraban en el expediente²⁷, que con la instalación de la válvula retractora de presión y la platina de orificio reducido, por parte de la denunciada, aparentemente se encontraba afectando un servicio público esencial de un alto número de usuarios de COJARDÍN S. A. E.S.P., empresa contratada por COOPJARDÍN E.S.P. Ltda., quien era la encargada de prestar directamente el servicio público de agua.

Así las cosas, el superintendente encontró acreditada la existencia de una conducta que podía ser contraria a las disposiciones de competencia como un posible riesgo sobre la efectividad de una eventual decisión sancionatoria de no acogerse y proceder al decreto de las medidas solicitadas. Pues, de lo contrario, en el tiempo que durara la investigación, se generaría un daño irremediable al mercado y una afectación grave a los consumidores —usuarios y suscriptores—; más, teniendo en cuenta que el servicio de agua potables es un servicio público domiciliario esencial. También señaló que la conducta desplegada por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., a partir de la instalación de la válvula reguladora y la platina,

derivaría en una exclusión del mercado de comercialización de agua a COOPJARDÍN E.S.P. Ltda. De acuerdo con lo encontrado, se ordenó a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. que, a título de medida cautelar, retirara la platina reductora de caudal, así como la válvula reductora de presión instaladas y que cesara y/o se abstuviera de “instalar, utilizar, implementar o aplicar cualquier tipo de política, mecanismo o dispositivo dirigido a reducir la presión y caudal en el suministro de agua por parte de la EAAB a COOPJARDÍN ESP Ltda. y/o COJARDIN S.A. E.S.P.”²⁸.

Caso Ruta del Sol (radicado n.º 17-14777)

Esta actuación administrativa, hito por lo que representó en materia de corrupción en Colombia, en el ámbito de la contratación estatal en el sector de infraestructura, inició como consecuencia del reconocimiento de los hechos de corrupción reconocidos por Odebrecht en el Acuerdo de Culpabilidad (*Plea Agreement*) celebrado con el Departamento de Justicia de Estados Unidos, así como en la imputación de cargos formulada contra el exviceministro de Transporte y exdirector encargado del Instituto Nacional de Concesiones (INCO), y una denuncia presentada.

En este caso, la medida cautelar fue decretada de oficio. De esta manera, luego de revisadas las pruebas obrantes en el expediente para esa etapa de la actuación, y concepto previo del Consejo Asesor de Competencia, el Superintendente de Industria y Comercio profirió la Resolución n.º 5216 del 16 de febrero de 2017. Esto, teniendo en cuenta que había pruebas suficientes para afirmar que pudo haber existido una contravención al artículo 1.º de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) y el numeral 9.º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en licitación pública).

Teniendo en cuenta los requisitos mencionados, la aparente ilicitud de la conducta estaba probada por los hechos acontecidos en el marco del proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009, adelantado por el hoy extinto Instituto Nacional de Concesiones (INCO), cuyo objeto fue la selección de tres contratistas, una para cada uno de los tres tramos, para la construcción y mejoramiento vial de la autopista Ruta del Sol. En este sentido, se encontró que, para el momento en que se analizó el decreto de la medida cautelar, existía una afectación a la libre competencia económica, pues

“las rentas que habría de extraer ODEBRECHT de manera ilícita en el marco del proyecto denominado Ruta del Sol Sector 2, se encuentran diferidas en numerosos pagos futuros que a la fecha no han sido realizados por la ANI, ni por los usuarios que transiten por los peajes cedidos a la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL para financiar las obras en mención.”²⁹

Por tal motivo, para ese momento resultaba urgente proteger el interés general y restablecer la libre competencia económica.

Por su parte, frente al segundo requisito —la existencia de un riesgo sobre la efectividad de una eventual decisión—, se estableció que, conforme las pruebas analizadas, resultaba visible la magnitud de la infracción al régimen de la libre competencia económica ejecutada al interior del proceso de selección adelantado por el Instituto Nacional de Concesiones (INCO), cuyos efectos se proyectaban hasta 2035, fecha hasta la que iba la ejecución del contrato estatal.

Por último, el acto presentó el análisis sobre la proporcionalidad de la medida, indicando que la que se tomara debía efectivamente proteger el bien jurídico de la libre competencia, eliminando el daño que estaba generando o buscando que la afectación cesara.

Acreditados los tres requisitos, la superintendencia, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993 —Estatuto General de Contratación Estatal—, referentes a las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales y la competencia del jefe o representante legal de la entidad contratante para dar por terminado el contrato mediante acto administrativo motivado, procedió con el establecimiento de la medida concreta.

En este entendido, invocó la causal de nulidad del contrato señalada en el numeral 2.º del artículo 44 de la referida ley —que se hubiera celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal—, para aseverar que el contrato estatal objeto de análisis se habría celebrado afectando el principio constitucional de libre competencia económica, así como en contravía de normas que conformaban el régimen de la libre competencia, como lo son la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992. Esto, luego de presentar la interpretación que del numeral en comento había hecho el Consejo de Estado, en sentencia de 18 de marzo de 2010, en la que estableció que para que la causal procediera, debía encontrarse que la norma estuviera formulada como una prohibición expresa y que el rango de esta fuera constitucional o legal.

Además, se habló del principio de selección objetiva, el cual, como lo ha referido el Consejo de Estado, tiene una relación estrecha con la libre competencia económica, pues este propugna por la escogencia de la propuesta más favorable a la entidad estatal contratante. Por ende, la posibilidad de competir en franca *lid* permite la efectividad de ese principio, propio de ese campo del derecho. Bajo este entendido, en los casos en que se presentan comportamientos restrictivos de la competencia, por medio de cualquier modalidad al interior de los procesos de selección estatal, la administración pública no puede escoger la propuesta más favorable a su necesidad, pues el proceso estaría viciado de subjetividad. Se lee de la Resolución:

“Por todo lo anterior se tiene que los preceptos mencionados configuran una norma jurídica explícita que implica una prohibición de la celebración de contratos estatales que fueran el resultado de la afectación de la libre competencia económica y que, de contera, resulta posible su terminación verificada dicha circunstancia, sin perjuicio de la declaratoria de nulidad que resultara procedente, con fundamento en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.”³⁰

De acuerdo con la motivación comentada, el Superintendente de Industria y Comercio ordenó, a título de medida cautelar, la suspensión o cesación de los efectos de las conductas contrarias al régimen de la libre competencia desplegadas por el antiguo Instituto Nacional de Concesiones (INCO) —hoy Agencia Nacional de Infraestructura, ANI—, que generaron la adjudicación y suscripción del Contrato n.º 001 de 2010. Y, para concretar la medida, se ordenó a la Agencia Nacional de Infraestructura (i) dar por terminado, de manera inmediata, el contrato junto a sus adiciones, modificaciones y otrosíes, en cumplimiento de lo establecido en el inciso 2.º del artículo 45 de la Ley 80 de 1993; (ii) proceder con la liquidación del contrato; y, (iii) estructurar y adelantar una nueva licitación pública que garantizara la libre competencia cuyo objeto fuera el originalmente previsto en el Contrato n.º 001 de 2010³¹.

Caso Ferlag (radicado n.º 15-240653)

En este tercer caso, la posible existencia de prácticas restrictivas al interior de varios procesos de selección estatal fue puesta en conocimiento por la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, por medio de tres quejas diferentes. Encontrando mérito para iniciar una investigación formal, mediante Resolución n.º 10497 del 16 de febrero de 2018, se formuló pliego de cargos contra Comercializadora Ferlag Ltda., Inversiones y Suministros LM S.A.S. y César Fernando Laguna Vargas por la aparente infracción del artículo 1.º de la Ley 155 de 1959 (prohibición general de competencia). Lo anterior, por considerar que las dos personas jurídicas se habrían presentado en varios acuerdos marco de precios adelantados por Colombia Compra Eficiente, simulando competir cuando en realidad estos estarían bajo el control de César Fernando Laguna Vargas, actuando de manera coordinada en varios procesos de selección contractual.

Analizado el caso particular y previo concepto del Consejo Asesor de Competencia, el superintendente, de manera oficiosa, ordenó (i) excluir a Comercializadora Ferlag Ltda. y a Inversiones y Suministros LM S.A.S. de los acuerdos marco de precios CCE-538-1-AMP-2017 y CCE-432-1-AMP-2016, decisiones materializadas en la imposibilidad de participar en la ejecución de la operación secundaria de cada uno de los dos acuerdos marco.

La anterior decisión tuvo como fundamento la acreditación de los dos requisitos explicados y el análisis de proporcionalidad realizado.

De esta manera, respecto a la apariencia de ilicitud en la comisión de la conducta, se estableció que esta se encontraba acreditada con fundamento en las pruebas que demostraban lo acontecido en cada uno de los procesos de selección investigados. Así, se corroboró, con el carácter propio de ese momento del procedimiento, que César Fernando Laguna Vargas ejercía control competitivo sobre Comercializadora Ferlag Ltda. e Inversiones y Suministros LM S.A.S.

Adicionalmente, se encontró probado que ambas empresas se presentaron a cinco procesos de acuerdos marco de precios adelantados por Colombia Compra Eficiente —fueron los procesos investigados—, como si se tratara de competidores independientes³².

También se presentaron las pruebas que demostraban que en los procesos LP-AMP-102-2016 y LP-AMP-120-2017, acuerdos marco de papelería y útiles de oficina y, de consumibles de impresión, respectivamente, los dos agentes de mercado habrían coordinado su comportamiento.

Por último, el despacho también encontró probado a través de varios correos electrónicos que Comercializadora Ferlag Ltda. e Inversiones y Suministros LM S.A.S. actuaron de manera coordinada en la Tienda Virtual del Estado colombiano en la ejecución de los acuerdos marcos en los que habían sido elegidos proveedores.

En relación con el segundo requisito —peligro en la mora— se encontró que el tiempo que tomaría el procedimiento administrativo sancionatorio, hasta tener una decisión de fondo, generaba una mayor o definitiva afectación a la libre competencia. De esta forma, se hizo énfasis en la importancia de la libre competencia en el correcto funcionamiento de los Acuerdos Marco de Precios. Para la autoridad, los efectos derivados del comportamiento se seguirían produciendo mientras duraran vigentes los acuerdos marco. Por esa razón, era necesario corregir la situación por medio de la medida sin esperar hasta el final del procedimiento administrativo sancionatorio.

Frente al análisis de proporcionalidad, el superintendente aseveró que la medida ordenada era necesaria para el correcto funcionamiento de los instrumentos de agregación de demanda, generando así que no se continuaran generando efectos negativos en los correspondientes mercados. Además, era razonable que Comercializadora Ferlag Ltda., Inversiones y Suministros LM S.A.S. y César Fernando Laguna Vargas soportaran la medida cautelar porque el interés general prima sobre el particular³³.

Caso Visa y Mastercard (radicado n.º 22-266216)

En este último caso, el Superintendente de Industria y Comercio, luego de analizar las pruebas aportadas en la denuncia presentada por DLOCAL Colombia contra Visa y Mastercard, encontró acreditados los requisitos de (i) probabilidad de ocurrencia de la conducta con apariencia de ilicitud y (ii) el riesgo de la eficacia de las sanciones a imponer en el marco del sistema de pagos en el comercio extranjero por medio de tarjetas de crédito y débito. En el acto administrativo en comento se hizo referencia expresa a la posible vulneración de la prohibición general de competencia (artículo 1 de la Ley 155 de 1959) y al acuerdo consistente en impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización (numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992).

Luego de explicar en detalle y analizar la importancia de las transacciones en línea en el comercio electrónico, la resolución presentó un análisis de varias pruebas, de las cuales se concluyó que Visa y Mastercard pudieron “limitar el acceso a los agentes locales de retención y los comercios extranjeros”³⁴ (primer elemento). Frente, al riesgo de la eficacia de las sanciones a imponer, se estableció que existía un “grado alto de inminencia en relación con la implementación de dos programas creados por Visa y Mastercard [...]”³⁵. Sumados estos dos elementos, para la superintendencia fue claro que la posible violación a la libre competencia

afectaba los derechos de consumidores, comercios extranjeros y agentes de retención local. Por último, en lo que al tercer elemento respecta —proporcionalidad—, con el decreto de las medidas se buscó mantener el estado de las cosas como se encontraban.

En tal sentido, se ordenó a Visa y Mastercard (i) no implementar medida, política o medida que restringiera o prohibiera la actividad desarrollada por los agentes en el modelo LCA (Agente de Retención Local) y (ii) la suspensión inmediata de los comportamientos tendientes a reclamar a las entidades que sigan contratando con agentes que ofrecen dicho modelo.

Resulta pertinente señalar que, en esta ocasión, la superintendencia se apoyó en una decisión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, que meses antes había decretado una medida cautelar similar contra Visa y otras franquicias de tarjeta de crédito³⁶. Igualmente, quedó establecido en la decisión que la Dirección de Cumplimiento —reciente área mediante el Decreto 092 de 2022— de la Superintendencia de Industria y Comercio haría el seguimiento respectivo al cumplimiento de las órdenes emitidas.

Retos a futuro de la regulación de las medidas cautelares en el derecho de la competencia colombiano

La regulación en materia de medidas cautelares es escasa y ha sido gracias al trabajo de la Superintendencia de Industria y Comercio, por medio de sus pronunciamientos, que la materia se ha desarrollado. Frente al particular, en el examen inter pares que, en 2009, publicó la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), se dejaron sentadas varias preocupaciones relacionadas el régimen de competencia en general en Colombia. Respecto a las medidas cautelares se indicó que la decisión del Superintendente de Industria y Comercio de decretar una de estas medidas debía estar sujeta a control judicial³⁷.

A su vez, del análisis que puede hacerse a las decisiones comentadas valdría la pena establecer, por la intervención y afectación que puede generar la decisión, que el acto administrativo que decreta una medida cautelar sea susceptible de recurso de reposición, eso sí, estableciendo un término sustancialmente inferior para la interposición de este, quedando suspendida la decisión hasta tanto sea resuelto; decisión —la que resuelve el recurso—, que no requeriría el concepto del Consejo Asesor de Competencia.

Estos son dos de los retos que tiene actualmente la regulación de las medidas cautelares en materia de competencia, los que pueden ser resueltos mediante la intervención del legislador, pues se haría imperioso modificar leyes de la república.

Frente al primer reto, es conveniente aclarar que, tal como lo dispone el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, la decisión que decreta una medida cautelar puede ser demandada a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por la persona que considere ha sido lesionada en un derecho subjetivo; esto necesariamente implica el ejercicio de acción por parte del interesado. Ahora, si a lo que se refería la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico era que, en todos los casos, la decisión de decreto de una medida cautelar debe ser revisada por un juez de la República, esto requeriría la realización de una reforma a Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Esto se concretaría por medio de la inclusión de una especie de control automático sobre esas decisiones en particular, debiendo quedar establecido en la disposición normativa que el juez administrativo efectuaría un control únicamente sobre los actos que decretan una medida cautelar, en ningún caso sobre los que rechacen medidas cautelares. Así, la autoridad de competencia, una vez en firme la decisión, tendría el deber de enviar al juez competente el acto por medio del cual decretó la medida cautelar y el que lo confirmó —de haberse presentado recurso de reposición—. Sin embargo, el procedimiento administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la competencia seguiría su curso y la medida cautelar surtiría efectos de manera inmediata. Lo anterior mientras el juez administrativo no establezca lo contrario, pues, al final, el acto administrativo, al igual que todos los de su clase, goza de presunción de legalidad.

El segundo desafío planteado podría abordarse y resolverse mediante la modificación del artículo 20 de la Ley 1340 de 2009; adicionando que otra excepción a la regla general de que todos los actos administrativos proferidos en el curso de la actuación son de trámite sería el acto por medio del cual el Superintendente de Industria y Comercio decreta una medida cautelar. Únicamente, procedería recurso de reposición contra la decisión que decreta la medida. En ningún caso sería posible recurrir una decisión de rechazo de medida cautelar. Además, sería de especial relevancia establecer en la modificación legislativa que los agentes de mercado destinatarios de la decisión tendrían un término de tres días para interponer el respectivo recurso, así como un tiempo límite para que el despacho del superintendente lo resuelva. De no interponerse el recurso, en consonancia con la adición a la Ley 1437 de 2011 comentada en el párrafo anterior, el acto que decretó la medida cautelar debe ser remitido al juez administrativo.

Conclusiones

La Constitución Política establece en el artículo 333 que en Colombia rige un modelo de economía social de mercado, cuya base fundamental es la libre competencia económica en su doble dimensión: derecho colectivo y deber. La Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad nacional de competencia; entidad que cuenta con distintos tipos de herramientas para cumplir con su deber legal de protección de ese derecho, entre los que se encuentra el procedimiento administrativo sancionatorio, en el que el Superintendente de Industria y Comercio tiene la facultad de decretar medidas cautelares encaminadas a corregir la alteración en el mercado por la ejecución de prácticas anticompetitivas.

Distintas jurisdicciones del mundo —entre las que se encuentran, la Unión Europea, España, Francia y México—, que cuentan con modelos económicos de libre mercado, facultan a sus autoridades de competencia para decretar medidas cautelares con el propósito de garantizar la efectividad de la decisión final de sus investigaciones.

En Colombia, el numeral 1.º del artículo 4.º del Decreto Ley 2153 de 1992 estableció la facultad del Superintendente de Industria y Comercio de decretar medidas cautelares en las actuaciones administrativas de prácticas restrictivas de la competencia; disposición normativa que fue modificada por el artículo 18 de la Ley 1340 de 2009, actualmente vigente, y que se encuentra reglamentado por los artículos 1.º y 3.º del Decreto 4886 de 2011, modificados este año por medio de los artículos 1.º y 3.º del Decreto 092 de 2022.

En desarrollo de esta facultad, la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante sus decisiones, ha establecido que para que proceda el decreto de una medida cautelar deben acreditarse dos requisitos: la apariencia de ilicitud de la conducta —*fumus commissi delicti*— y (ii) el peligro por la mora procesal —*periculum in mora*—. Posteriormente, la autoridad realiza un análisis de proporcionalidad de la medida.

Han sido pocas las ocasiones en que la superintendencia ha ejercido esta competencia: *Pediatras* (2010), *Agua en Bloque* (2013), *Ruta del Sol* (2017), *Ferlag* (2018) y *Visa y Mastercard* (2022). De la revisión de los actos por medio de los cuales se decretaron medidas cautelares en estos casos puede concluirse que (i) la autoridad ha sido estricta y coherente con los requisitos que deben acreditarse en cada caso; (ii) el planteamiento de cada medida depende de cada caso teniendo, claro que lo que se busca es interrumpir o suspender la ejecución de comportamientos anticompetitivos; (iii) en tres de los cinco casos estas han sido decretadas de oficio en la etapa de investigación de las actuaciones, y (iv) en dos de los casos han sido decretadas en materia de contratación estatal.

La regulación vigente en esta materia tiene retos que deben resolverse en el corto plazo, los cuales pueden ser resueltos mediante la modificación de las leyes 1340 de 2009 y 1437 de 2011.

En síntesis, las medidas cautelares en el derecho de la competencia permiten que la autoridad de competencia intervenga de manera pronta para evitar un daño o perjuicio mayor e irremediable en los mercados en pro de la libre competencia económica. La legislación vigente en Colombia ha permitido el

desarrollo del tema en las distintas decisiones que frente a la materia ha tomado la Superintendencia de Industria y Comercio. Sin embargo, hay retos normativos, así como un camino por recorrer, en el que las decisiones de dicha autoridad continuarán siendo fundamentales.

Bibliografía

- Andrés Alarcón-Lora, Josefina Quintero-Lyons y Leydy Llamas-Bobadilla, *Régimen sancionatorio de la Superintendencia de Industria y Comercio por acuerdos anticompetitivos en Colombia*, 14 Saber, Ciencia y Libertad 1, 80-98, (Universidad Libre, 2018). DOI: <https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2019v14n1.5582>
- Asamblea Nacional Constituyente, República de Colombia, *Constitución política de Colombia* (2. ed.). Gaceta Constitucional n.º 116 (1991). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html,
- Autorité de la Concurrence, *Décision n° 10-MC-01 du 30 juin 2010 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Navx* (2010). <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-04/10mc01.pdf>
- Autorité de la Concurrence, *Décision n° 14-MC-02 du 9 septembre 2014 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans les secteurs du gaz et de l'électricité* (2014). <https://www.autoritedelacconcurrence.fr/sites/default/files/commitments//14mc02.pdf>
- Boletín Oficial del Estado, *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, BOE n.º 159, de 4 de julio de 2007, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946>
- Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, *Ley Federal de Competencia Económica Nueva Ley*, Diario Oficial de la Federación, 23 de mayo de 2014. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFCE_200521.pdf
- Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (CEDEC), *Medidas cautelares impuestas por la sic en el caso "ruta del sol"*, Revista de Derecho de la Competencia CEDEC, 13, 359-364 (2017). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7440588>
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Resolución para la adopción de medidas cautelares Expte. MC/01/20* (en relación con el expediente S/0041/19 Correos 3) (2020). https://www.cnmec.es/sites/default/files/2980177_16.pdf
- Congreso de la República de Colombia, *Ley 1150 de 2007, Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*, Diario Oficial, 46.691, (2007). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html
- Congreso de la República de Colombia, *Ley 1340 de 2009, Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia*, Diario Oficial, 47.420, (2009). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1340_2009.html
- Congreso de la República de Colombia, *Ley 1437 de 2011, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, Diario Oficial, 47.956, (2011). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html#PARTE%20PRIMERA
- Congreso de la República de Colombia, *Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*, Diario Oficial, 48.489, (2012). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html
- Congreso de la República de Colombia, *Ley 2195 de 2022, Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones*, Diario Oficial, 51.921, (2022). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2195_2022.html#1
- Congreso de la República de Colombia, *Ley 80 de 1993, Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Diario Oficial, 41.094, (1993). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

- Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 28 de enero de 2019, C.P.: Roberto Augusto Serrato Valdés, rad. 11001-03-24-000-2014-00302-00, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 24 de septiembre de 2020, C.P.: Roberto Augusto Serrato Valdés, rad. 25000-23-24-000-2012-00527-01, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 3 de diciembre de 2020, C.P.: Roberto Augusto Serrato Valdés, rad. 25000-23-24-000-2012-00678-03, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 9 de julio de 2021, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, rad. 25000-23-24-000-2007-00153-02, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 28 de octubre de 2021, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, rad. 15001-23-33-000-2013-00759-01, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [C.C.], abril 10, 2019, M.P.: Alejandro Linares Cantillo, Sentencia C-165 de 2019, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [C.C.], abril 27, 2004, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra Sentencia C-379 de 2004, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [C.C.], agosto 28, 2019, M.P.: Cristina Pardo Schlesinger, Sentencia C-394 de 2019, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [C.C.], enero 25, 2017, M.P.: Alberto Rojas Ríos Sentencia C-032 de 2017, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [C.C.], marzo 24, 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, Sentencia C-228 de 2010, [Colom.].
- European Commission, *France: Autorité de la concurrence imposes Interim Injunctions on Google regarding the Operation of its AdWords Service and launches Market Test on possible Commitments* (2010). https://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/04_2010/fr_google.pdf
- European Commission, *Antitrust and Cartels Legislation*, https://ec.europa.eu/competition-policy/antitrust/legislation_en
- European Commission, *Antitrust: Commission imposes interim measures on Broadcom in TV and modem chipset markets* (2019). https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_6109
- European Commission, *Case AT.40608 - Broadcom*. Bruselas (2019). https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40608/40608_2791_11.pdf
- Fiscalía Nacional Económica, *Decreto Ley n.º 211, Que fija normas para la defensa de la libre competencia* (2016). http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2010/12/DL_211_refundido_2016.pdf
- Jorge Forero, *Medidas cautelares en el Código General del Proceso*, 3. ed., Capítulo I. Objetivos y características 1-6 (Ed. Temis, 2018).
- Légifrance, *Code de commerce* (2021). https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000005634379/LEGISCTA000006146081/?anchor=LEGIARTI000043539816#LEGIARTI000043539816,
- Legis & Superintendencia de Industria y Comercio, *Régimen constitucional y legal de la libre competencia económica - compendio normativo* (2022).
- Leonardo Corral, *Las medidas cautelares en materia de libre competencia a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* [tesis para optar al grado de magister en Derecho], 251 (2018). <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/182674/Las-medidas-cautelares-en-materia-de-libre-competencia-a-la-luz-de-la-jurisprudencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Lino Palacio, *Medidas cautelares en general* (Universidad Abierta y a Distancia de México, 1991). <http://publicacionesisicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/viewFile/278/pdf>
- María Buongermini, *Medidas cautelares* (2019-2020) (Universidad Abierta y a Distancia de México). <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/procesal/Mar%C3%ADa-Buongermini-Medidas-Cautelares.pdf>
- Observatorio Permanente Sull'Applicazione Delle Regole Di Concorrenza, *Francia: el Tribunal de Apelación de Paris confirma las medidas cautelares adoptadas por la Autoridad de la Competencia francesa contra GDF SUEZ*

- (2014). <https://www.osservatorioantitrust.eu/es/francia-el-tribunal-de-apelacion-de-paris-confirma-las-medidas-cautelares-adoptadas-por-la-autoridad-de-la-competencia-francesa-contragdf-suez/>
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), *Derecho y política de la competencia en Colombia - Examen inter-pares* 82 (2009). <https://www.oecd.org/colombia/44111213.pdf>
- Presidencia de la República de Colombia, *Decreto 092 de 2022. Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, y se determinan las funciones de sus dependencias*, Diario Oficial, 51.927, (2022). http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0092_2022.html
- Presidencia de la República de Colombia, *Decreto 2153 de 1992. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones*, Diario Oficial, 40.704, (1992). http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2153_1992.html
- Presidencia de la República de Colombia, *Decreto 4886 de 2011. Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial, 48.294, (2011). http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4886_2011.html,
- Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (2002). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=EN>
- Superintendencia de Industria y Comercio, *Resolución n.º 12011 del 21 de febrero de 2018. Por la cual se decreta una medida cautelar, Caso Ferlag* (2018). <https://img.lalr.co/cms/2018/02/21162625/RESOLUCI%C3%93N-No-12011-de-2018-FERLAC-DECRETA-MEDIDAS-CAUTELARES.pdf>
- Superintendencia de Industria y Comercio, *Resolución n.º 12156 del 7 de mayo de 2019. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia* (2019). <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/032020/RESOLUCI%C3%93N%20No.%2012156%20-%202007%20DE%20MAYP%20DE%202019%20-%20IMPONE%20SANCI%C3%93N%20-%20FERLAG%20-%20P%C3%A9BLICA.pdf>
- Superintendencia de Industria y Comercio, *Resolución n.º 12460 del 5 de marzo de 2012. Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 71792 del 12 de diciembre de 2011* (2012). https://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/RESOLUCION_12460_DE_05_DE_MARZO_DE_2012_RECURSO_REPOSICION_PEDIATRAS.pdf
- Superintendencia de Industria y Comercio, *Resolución n.º 14305 del 28 de febrero de 2018. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia* (2018). https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Proteccion_Compentencia/Ordenes_de_Publicaciones/Resoluciones_Sancion/RESOLUCI%C3%93N%2014305%20DEL%2028-02-2018.pdf
- Superintendencia de Industria y Comercio, *Resolución n.º 30343 del 20 de mayo de 2021. Por la cual se deciden unos recursos de reposición* (2021). <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2021/RESOLUCI%C3%93N%2030343%20-%20DEL%2020-05-2021.pdf>
- Superintendencia de Industria y Comercio, *Resolución n.º 31079 del 29 de julio de 2019. Por la cual se resuelven unos recursos de reposición* (2019). <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/032020/RESOLUCI%C3%93N%20No.%2031079%20-%202029%20DE%20JULIO%20DE%202019%20-%20RECURSO%20DE%20REPOSICI%C3%93N%20-%20FERLAG.pdf>
- Superintendencia de Industria y Comercio, *Resolución n.º 35019 del 1 de julio. Por la cual se decreta una medida cautelar* 10-11, (2010). https://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/RESOLUCION_35019_DE_01_DE_JULIO_DE_2010_DECRETA_MEDIDA_CAUTELAR_PEDIATRAS.pdf
- Superintendencia de Industria y Comercio, *Resolución n.º 35019 del 1 de julio de 2010. Por la cual se decreta una medida cautelar* 10-11 (2010). https://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/RESOLUCION_35019_DE_01_DE_JULIO_DE_2010_DECRETA_MEDIDA_CAUTELAR_PEDIATRAS.pdf
- Superintendencia de Industria y Comercio, *Resolución n.º 48720 del 27 de julio de 2022. Por la cual se decretan unas medidas cautelares* (2022). <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2022/RESOLUCI%C3%93N%2048720%20DEL%2027%20DE%20JULIO%20DE%202022.pdf>

027-07-2022%20-%20MEDIDAS%20CAUTELARES%20-%20DECRETA%20%20-%20VERSI%C3%93N%20P%C3%9ABLICA.pdf

Superintendencia de Industria y Comercio, *Resolución n.º 5216 del 16 de febrero de 2017. Por la cual se decreta medida cautelar* (2017). http://normograma.info/sic/docs/r_siyc_5216_2017.htm

Superintendencia de Industria y Comercio, *Resolución n.º 68745 del 17 de septiembre de 2018. Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción y se adoptan otras decisiones* (2018). https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Proteccion_Competicion/Ordenes_de_Publicaciones/Resoluciones_Sancion/RESOLUCI%C3%93N%2068745%20DEL%2017-09-2018.pdf

Superintendencia de Industria y Comercio, *Resolución n.º 82510 del 28 de diciembre de 2020. Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia*, (2020). <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/092021/RESOLUCI%C3%93N%2082510%20DEL%2028-12-2020-%20IMPONE%20SANCION%20C3%93N%20MULTA%20-%20RUTA%20DEL%20SOLO%20-%20VERSI%C3%93N%20PUBLICA.pdf>

Superintendencia de Industria y Comercio, *Respuesta derecho de petición dentro del trámite administrativo identificado con el radicado n.º 22-179835* (2022).

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>

Notas

- * El presente artículo surge de la reflexión realizada por el autor frente a la importancia que las medidas cautelares en materia de Competencia tienen para proteger a consumidores y competidores en las jurisdicciones, cuyos modelos económicos son de libre mercado, siendo una herramienta que, por los efectos que su aplicación puede tener, es utilizada de manera excepcional por las autoridades del mundo. Así mismo, parte del interés radicó en hacer un ejercicio de derecho comparado, revisando, en una primera parte, la regulación en Estados diferentes a Colombia, respecto al tema específico, para luego analizar en detalle el panorama en nuestro país. Lo anterior busca contribuir, desde la academia, al conocimiento y entendimiento del tema a estudiantes y abogados interesados en temas concreto del derecho de la competencia y administrativo sancionatorio.
- 1 Esto, por medio de lo establecido en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política.
 - 2 Entre otras, ver sentencias de la Corte Constitucional de Colombia [C.C.], M.P.: L. E. Vargas Silva, C-228 de 2010; M.P.: A Rojas Ríos, C-032 de 2017; M.P.: A. Linares Cantillo, C-165 de 2019, y M.P.: C. Pardo Schlesinger, C-394 de 2019. Respecto a pronunciamientos del Consejo de Estado, como tribunal de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ver sentencias de la Sección Primera de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de octubre de 2021, C.P.: H. Sánchez, Sánchez, rad. 15001-23-33-000-2013-00759-01; 9 de julio de 2021, C.P.: H. Sánchez Sánchez, rad. 25000-23-24-000-2007-00153-02; 3 de diciembre de 2020, C.P.: R. A. Serrato Valdés, rad. 25000-23-24-000-2012-00678-03; y la del 24 de septiembre de 2020, C.P.: R. A. Serrato Valdés, rad. 25000-23-24-000-2012-00527-01, [Colom.].
 - 3 Por medio de sus más de 178 de decisiones sancionatorias de 2007 a 2022 en materia de competencia.
 - 4 Ley 1340 de 2009, art. 9.
 - 5 Ley 1340 de 2009, art. 7.
 - 6 Ley 1340 de 2009, art. 28.
 - 7 Decreto Ley 2153 de 1992, art. 52, modificado por el Decreto Ley 019 de 2012, art. 155.
 - 8 Ley 1340 de 2009, art. 18.
 - 9 J. Forero, *Medidas cautelares en el Código General del Proceso*, Capítulo I Objetivos y características, 3.º ed., 1 (Ed. Temis, 2018).
 - 10 Corte Constitucional de Colombia [C.C.], 2004, M.P.: A. Beltrán Sierra, Sentencia C-379 de 2004, [Colom.].
 - 11 Instrumentales o accesorias, puesto que hacen parte de un proceso principal; provisionales o temporales, pues están sujetas al tiempo que dure vigente el proceso, esto es hasta que se tome una decisión de fondo; y, taxativas, en la medida en que solo proceden en los casos así dispuestos por el legislador.
 - 12 Esta facultad fue utilizada recientemente, en 2019, por la Comisión en el caso de Broadcom (AT.40608).
 - 13 Esta facultad ha sido utilizada en varias ocasiones por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Uno de los más recientes fue en el caso de Correos 3, expediente S/0041/19, dirigida a la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos S. A., y solicitada previamente por la Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia.

- 14 La autoridad francesa ha dictado medidas cautelares, entre otros, en el caso 10-MC-01 dirigidas a Google Ireland y Google Ltd., y en el caso 14-MC-02 dirigida a la sociedad GDF SUEZ.
- 15 Decreto Ley 211 de 2016, art 25: “El Tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá decretar en cualquier estado del juicio o antes de su iniciación, y por el plazo que estime conveniente, todas las medidas cautelares que sean necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento y para resguardar el interés común. Estas medidas serán decretadas con citación, y en caso de generarse incidente, éste se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada. Las medidas decretadas serán esencialmente provisionales y se podrán modificar o dejar sin efecto en cualquier estado de la causa. Para decretarlas, el requirente deberá acompañar antecedentes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados. El Tribunal, cuando lo estime necesario, podrá exigir caución al actor particular para responder de los perjuicios que se originen”.
- 16 Véase Corte Constitucional de Colombia [C.C.], 2017, M.P.: A. Rojas Ríos, Sentencia C-032 de 2017, [Colom.].
- 17 El artículo 20 transitorio de la Constitución confirió al Gobierno nacional la competencia para suprimir, fusionar o reestructurar las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional con el propósito de adecuarlas y poner en consonancia con los mandatos constitucionales, particularmente con la redistribución de Competencias y recursos que en ella se establecieron.
- 18 A. Alarcón-Lora, J. Quintero-Lyons & L. Llamas-Bobadilla, *Régimen sancionatorio de la Superintendencia de Industria y Comercio por acuerdos anticompetitivos en Colombia* 88 (Universidad Libre, 2018).
- 19 Corte Constitucional de Colombia [C.C.], Sentencia C-490 de 2000, [Colom.]. Esta sentencia refirió, trayendo a colación el ordenamiento español, que “para que pueda decretarse la medida cautelar, a saber, que (i) haya la apariencia de un buen derecho (‘fumus boni iuris’), esto es, que el demandante aporte un principio de prueba de que su pretensión se encuentra fundada, al menos en apariencia; (ii) que haya un peligro en la demora (‘periculum in mora’), esto es que exista riesgo de que el derecho pretendido pueda verse afectado por el tiempo transcurrido en el proceso; y, finalmente, que el demandante preste garantías o ‘contracautelas’, las cuáles están destinadas a cubrir los eventuales daños y perjuicios ocasionados al demandado por la práctica de las medidas cautelares, si con posterioridad a su adopción, se demuestra que éstas eran infundadas”. Por su parte, en materia del proceso contencioso administrativo, el Consejo de Estado ha señalado que para que proceda el decreto de una medida cautelar debe “verificarse la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la imposición de la cautela, a saber: (i) fumus boni iuris, o apariencia de buen derecho, (ii) periculum in mora, o perjuicio de la mora, y, (iii) la ponderación de intereses”. Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 2019, C.P.: R. A. Serrato Valdés, Auto del 28 de enero de 2019, rad. n.º 11001-03-24-000-2014-00302-00.
- 20 Corte Constitucional de Colombia [C.C.], 2009, M.P.: J. C. Henao Pérez, Sentencia SU-913 de 2009, [Colom.].
- 21 Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 12011 del 21 de febrero de 2018. Por la cual se decreta una medida cautelar, 3.
- 22 “Artículo 25. Consejo asesor. El Superintendente de Industria y Comercio tendrá un Consejo Asesor para asuntos relacionados con la protección de la competencia, integrado por (5) cinco expertos en materias empresariales, económicas o jurídicas, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República. El Consejo Asesor será un órgano auxiliar de carácter consultivo y sus opiniones no obligarán al Superintendente de Industria y Comercio. Este último podrá convocarlo cada vez que lo crea conveniente y será obligatorio que lo oiga en los siguientes eventos: 1. Para el ejercicio de las funciones previstas en los numerales 7 y 8 del artículo 3 del presente Decreto [...]”
- 23 Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 35019 del 1 de julio de 2010. Por la cual se decreta una medida cautelar, 10-11.
- 24 Esta investigación culminó con la declaratoria de responsabilidad administrativa de las dos sociedades investigadas por haber violado el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994. Lo anterior, mediante Resolución n.º 71792 del 12 de diciembre de 2011, confirmada mediante Resolución n.º 12460 del 5 de marzo de 2012.
- 25 Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución n.º 35988 del 14 de junio de 2013. Por la cual se decreta una medida cautelar, 5.
- 26 *Id.*
- 27 Más de 24 comunicaciones enviadas por distintos usuarios a COJARDÍN S.A. E.S.P. y COOPJARDÍN E.S.P. Ltda., así como más de 110 quejas telefónicas y un derecho de petición enviado por los residentes del sector de Guaymaral a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. También se presentó un análisis del consumo de agua por parte de COOPJARDÍN E.S.P. Ltda.
- 28 *Id.*, pág. 25. Esta investigación culminó con la declaratoria de responsabilidad administrativa de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. por haber violado el artículo 1.º de la Ley 155 de 1959 y los numerales 4.º y 6.º del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y la de dos de las personas naturales investigadas. Tal declaratoria quedó plasmada en la Resolución n.º 14305 del 28 de febrero de 2018, confirmada mediante Resolución n.º 68745 del 17 de septiembre de 2018.

- 29 Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 5216 del 16 de febrero de 2017. Por la cual se decreta medida cautelar, 19.
- 30 Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución n.º 5216 del 16 de febrero de 2017, Por la cual se decreta medida cautelar, 26.
- 31 Esta investigación culminó con la declaratoria de responsabilidad administrativa e imposición de sanciones a Constructora Norberto Odebrecht S. A., Odebrecht Inversiones em Infraestrutura Ltda., la Corporación Financiera Colombiana S. A. – Corficolombiana, la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., Estudios y Proyectos Del SoL S. A. – EPISOL y Gabriel Ignacio García Morales por incurrir en el acuerdo contenido en el numeral 9.º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y violar el artículo 1.º de la Ley 155 de 1959; así como la declaratoria de responsabilidad administrativa de cuatro personas naturales vinculadas a los agentes de mercado, entre otras decisiones tomadas en la Resolución n.º 82510 del 28 de diciembre de 2020, confirmada por la Resolución n.º 30343 del 20 de mayo de 2021.
- 32 La medida cautelar recayó únicamente sobre dos de los cinco procesos de selección investigados.
- 33 Esta investigación culminó con la declaratoria de responsabilidad administrativa e imposición de sanciones a César Fernando Laguna Vargas, Comercializadora Ferlag Ltda., Inversiones y Suministros LM S.A.S. y a dos personas naturales; esto, mediante Resolución 12156 del 7 de mayo de 2019, confirmada con la Resolución 31079 del 29 de julio de 2019.
- 34 Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución n.º 48720 del 27 de julio de 2022. Por la cual se decretan unas medidas cautelares, 18.
- 35 *Id.*
- 36 *Id.*, pág. 20.
- 37 Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Derecho y política de la competencia en Colombia – Examen inter-pares* 50, 67 (2009).

Licencia Creative Commons CC BY 4.0

Para citar este artículo/To cite this article: Daniel Eduardo Londoño de Vivero, *Las medidas cautelares en el derecho de la competencia: Desarrollo en Colombian 1992-2022*, 72 *Vniversitas* (2023). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj72.mcdc>