

## EL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA DEL PARÁGRAFO DEL ARTÍCULO PRIMERO DE LA LEY 155 DE 1959 Y SU APLICACIÓN EN COLOMBIA

Por Javier Andrés Franco Zárate\*

SUMARIO: El régimen de libre competencia en Colombia. Prácticas restrictivas de la libre competencia. Las Exenciones del Artículo 81 (antiguo artículo 85) Aparte Tercero del Tratado de Roma en el Régimen Comunitario Europeo. El Régimen de Excepción en el Ordenamiento Interno en Colombia. Desarrollo Normativo. Experiencia Nacional. El Desconocimiento del Verdadero Alcance de la Figura por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en Colombia. Conclusiones y Recomendaciones.

### 1. El Régimen de Libre Competencia en Colombia

El derecho de la competencia se erige en la actualidad como un insumo fundamental para el desarrollo sostenido de la economía<sup>1</sup>. El libre juego de la oferta y la demanda entre los diferentes actores del mercado, siempre dentro del marco de la intervención estatal necesaria para la conservación del bienestar social, garantizan la sostenibilidad en las condiciones de crecimiento y eficiencia, al mismo tiempo que el aumento de los beneficios para el consumidor<sup>2</sup>.

La Constitución Política de 1991<sup>3</sup>, prevé en su artículo primero que “Colombia es un Estado social de Derecho”. Tal concepción implica la adscripción de Colombia a un

---

\* Este artículo fue presentado a la Revista el 13 de abril de 2005 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 14 de junio de 2005, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

\* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, con estudios de especialización en Derecho Marítimo de la misma Universidad, asistente de investigación del Departamento de Derecho Comercial en el marco del Grupo de Investigación denominado “Derecho Comercial Colombiano y Comparado” ([javier.franco@uexternado.edu.co](mailto:javier.franco@uexternado.edu.co)). Abogado de la firma Guzmán Escobar & Asociados ([www.guzmaritime.com](http://www.guzmaritime.com)).

<sup>1</sup> “Antes de promulgar medidas legislativas sobre la competencia, muchos países utilizaban controles de precios y complejos sistemas de reglamentación de los precios. En el plano administrativo, los precios regulados no pueden en general dar satisfacción a las necesidades de los consumidores y lograr el crecimiento económico al mismo tiempo. Uno de los dos objetivos ha de sacrificarse en favor del otro. (...)” Documento TD/B/RBP/ INF. 36 La Política de la Competencia y las Prácticas Comerciales restrictivas, Boletín No. 20, Junta de Comercio y Desarrollo, Grupo Intergubernamental de Expertos en Prácticas Comerciales Restrictivas, Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo UNCTAD, 29 de enero de 1996.

<sup>2</sup> Hoy en día se maneja más el concepto de construir una competencia practicable, por oposición al concepto de competencia perfecta, por cuanto esta última se considera más como una utopía. En este sentido, se defienden las políticas de competencia en el mercado por cuanto se sostiene que con ellas las empresas están forzadas a buscar mejoras en la producción de bienes o servicios con el fin de satisfacer mejor las necesidades de los consumidores, propiciando al mismo tiempo el crecimiento del mercado.

<sup>3</sup> La Corte Constitucional en la Sentencia C – 537 de 1997 señaló que: “Entre los distintos modelos de organización del mercado, la Constitución ha optado por uno que privilegia la libre competencia, para lo cual se reserva a la ley, vale decir, al gobierno democrático, la función de velar por que se configuren las condiciones que lo hacen posible.”

modelo estatal con unas características propias, que le impregnan una serie de nuevas responsabilidades, particularmente sociales, al Estado<sup>4</sup>. Atribuyendo tal connotación, tan relevante para el desarrollo de todo el ordenamiento jurídico, se consagró igualmente toda un catálogo de derechos y garantías propios de ese modelo, en virtud del cual, el Estado desarrolla un papel trascendental como garante de un orden jurídico, social y económico fundado en un principio de justicia distributiva, en el que vela por la redistribución de la riqueza y la defensa del bien común, al mismo tiempo que defiende los postulados básicos de libertad e igualdad. Al respecto la Corte Constitucional ha sostenido que *“el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades”*<sup>5</sup>.

De esta forma, la Constitución Política en su artículo 333 consagró que *“la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común...”* *“La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”* y, de igual manera, en su artículo 334 dispuso que *“la dirección general de la economía estará a cargo del Estado...”*.

A pesar que existen bastantes definiciones en la doctrina sobre lo que implica la noción de libre competencia, es importante precisar que la jurisprudencia en Colombia ha entendido que *“La libre competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita”*<sup>6</sup>.

El derecho de la competencia en Colombia se erige entonces como la herramienta prevista por el ordenamiento jurídico para salvaguardar un bien fundamental para el Estado, cual es, la libre competencia económica<sup>7</sup>. Ello es así toda vez que, no obstante, el Estado protege la propiedad privada y la libre iniciativa privada en materia económica, se parte de la base del reconocimiento del Estado como interventor necesario para equilibrar las fuerzas del mercado en la búsqueda del bien común, con lo que a su vez se pretende evitar que quienes detentan un mayor poder económico puedan cometer abusos que desconozcan los principios y axiomas en que se funda el Estado Constitucional de hoy.

---

<sup>4</sup> *“El término social no es una simple expresión retórica que nada le agrega a la ya clásica fórmula de Estado de Derecho. Responde por el contrario, a un proceso histórico que en las principales democracias constitucionales del mundo han implicado importantes transformaciones institucionales. Es decir, que en el Estado social de derecho la intervención estatal en la economía está orientada a lograr la eficiencia económica, dentro de una justicia social mínima”* MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. Constitución y Competencia, publicado en *Derecho de la Competencia*, primera edición, Colegio de Abogados de Medellín, Ed. Dike, 2003, p. 109.

<sup>5</sup> Corte Constitucional Sentencia C- 815 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil

<sup>6</sup> *Ibídem*

<sup>7</sup> La Corte Constitucional en la Sentencia C-537 de 1997 precisó que *“La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados”*

Es decir, el derecho de la competencia encuentra en nuestro ordenamiento dos finalidades fundamentales a saber: de un lado, el control a los grandes competidores que detenten un poder de mercado importante impidiendo que estos abusen de los demás competidores y del mercado mismo – protegiendo al mismo tiempo a los consumidores-, y de otro, la protección de las condiciones que garantizan la prosperidad y eficiencia económica del mercado<sup>8</sup>.

De esta forma, se ha consagrado en nuestro ordenamiento una serie de disposiciones normativas que constituyen el marco general del derecho de la competencia en Colombia, el cual a su vez, se estudia a través de sus dos facetas: la competencia desleal y las prácticas restrictivas de la competencia.

En efecto, la competencia desleal encuentra una regulación propia en Colombia actualmente en la Ley 256 de 1996. Este conjunto normativo se ocupa de todas aquellas conductas desplegadas por los competidores que buscan constituir o aumentar su porción de mercado llevando a cabo conductas comerciales que desconocen las condiciones de igualdad de oportunidades y derechos que ha consagrado la Ley para los diferentes competidores, esto es, ejecutando prácticas indecorosas que van en contravía de los buenos usos y costumbres mercantiles.

De otra parte se encuentra la regulación de las prácticas restrictivas de la libre competencia a partir fundamentalmente de la Ley 155 de 1959, el Decreto 1302 de 1964 y el Decreto 2153 de 1992. Se trata de aquella parte del derecho de la competencia que busca evitar la comisión de prácticas que de alguna manera consigan, o tengan el propósito de limitar, restringir o falsear el libre juego de las fuerzas del mercado en la puja de cada uno de los agentes económicos para la consecución y el sostenimiento de una clientela.

## **2. Prácticas Restrictivas de la Libre Competencia**

En los términos antes esbozados, las prácticas restrictivas de la competencia se constituyen en un elemento que se encuentra en contravía de los postulados de desarrollo económico que defiende el Estado contemporáneo y las políticas de desarrollo impulsadas por organizaciones de carácter internacional<sup>9</sup>.

En este orden de ideas, las prácticas restrictivas de la libre competencia son entendidas, como toda conducta desplegada por los agentes que intervienen en el comercio que tiene por objeto, o como efecto, esto es, que tiene la finalidad o que efectivamente consigue

---

<sup>8</sup> Al respecto puede verse MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. El Derecho de la Competencia en Colombia. Artículo publicado en el web site [www.cedec.org](http://www.cedec.org) consultado en marzo de 2004.

<sup>9</sup> “La competencia actúa como un poderoso incentivo para que las empresas respondan con mayor rapidez a los mensajes del mercado; mejoren la calidad de las mercancías y servicios que proporcionan; atiendan mejor a las necesidades de los consumidores mediante la innovación y la investigación y el desarrollo, y proporcionen suministros en cantidad proporcionada a la demanda. Todo ello en beneficio de los consumidores individuales, pero también de los usuarios intermedios, tales como los demás proveedores de mercancías o servicios, y, por último, a favor del mejoramiento de la competitividad de la economía en su conjunto”. Documento UNCTAD, Op. Cit., P. 3.

independientemente de si ese era su cometido, restringir, falsear torpedear o de alguna manera influenciar negativamente la libre competencia buscando reducirla artificialmente.

Las prácticas restrictivas de la libre competencia suelen presentarse bajo tres modalidades básicas, los acuerdos, los actos y el abuso de posición dominante.

Como primera medida cabe resaltar que existen en nuestro ordenamiento unas *prohibiciones generales* consagradas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992. Con base en estas disposiciones, todas aquellas conductas que de alguna manera restrinjan, falseen, impidan o menoscaben la libre competencia económica y que no encajen dentro de los tipos expresamente previstos en las disposiciones especiales, quedan cubiertos e igualmente sancionados por el ordenamiento mediante la aplicación de ésta disposición general.

Dentro de los acuerdos anticompetitivos expresamente contemplados, la normatividad incluye: (i) la fijación de precios directa o indirecta en el mercado; (ii) la discriminación en la comercialización para con terceros; (iii) la repartición del mercado entre productores o distribuidores; (iv) la asignación de cuotas de producción o de suministro; (v) la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimientos de insumos productivos; (vi) la limitación a los desarrollos técnicos, la subordinación del suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que no tengan relación alguna con dicho contrato, (vii) la abstención de la producción de un bien o servicio o la afectación de sus niveles de producción; (viii) la colusión de licitaciones o concursos para la contratación administrativa y el impedimento a terceros de acceder al mercado o a los canales de comercialización. Igualmente se consideran restrictivos de la competencia los actos consagrados en el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 entre los cuales se destacan: (i) la infracción a las normas de publicidad del estatuto de protección al consumidor, (ii) la influencia a una empresa para que incremente o desista de bajar los precios de sus productos y (iii) la discriminación a una empresa en los canales de comercialización en represalia contra su política de precios.

Respecto de los acuerdos cabe precisar que el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 estableció que se entiende por tal “*Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas*”, lo cual pone de presente que es toda comunión de las voluntades de dos o más agentes económicos independientemente de si genera o no una relación obligatoria como tal<sup>10</sup>.

Sin embargo, cabe resaltar que no se trata de toda clase de acuerdos o actos celebrados o desplegados por los diferentes actores que intervienen en tráfico económico los que son objeto de reproche, sino, por el contrario, sólo aquellos que violan la libertad de competencia tan defendida por el modelo económico que pregona nuestro Estado, por cuanto de alguna manera logran restringirla, falsearla o limitarla.

---

<sup>10</sup> Sobre este punto de si el acuerdo debe o no generar una relación obligacional típica o no puede consultarse la discusión planteada en SUESCÚN MELO, Jorge. *Los Acuerdos Restrictivos de la Libre Competencia y el Abuso de Posición Dominante*. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneos, Editorial Legis. Segunda Edición, Bogotá, 2002, P. 610.

De otra parte el mismo Decreto antes reseñado, en lo que atañe a los actos, señala que se entiende por tal “todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica” que siguiendo los parámetros antes trazados para los acuerdos, serán sancionados por el ordenamiento en tanto y en cuanto dichas *conductas*<sup>11</sup> afecten restrinjan o menoscaben la libre competencia económica.

En cuanto al abuso de posición de dominio en los mercados, es necesario tener claro que el ordenamiento sanciona como práctica susceptible merecedora del reproche institucional, únicamente el abuso de tal condición. La posición de dominio en el mercado implica, en los términos del Decreto 2153<sup>12</sup>, “*la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado*”. Esta prohibición de “abusar” de esa posición de dominio busca evitar que las empresas influyentes dentro de un determinado mercado puedan modificar artificialmente sus condiciones gracias a su poder económico, lo cual muchas veces es usado como un mecanismo para establecer barreras de entrada a nuevos competidores, generar situaciones de escasez o abundancia artificial, o disminuir las posibilidades de otros competidores actuales en su puja por la conquista y sostenimiento de su porción de mercado.

Cabe ahora resaltar que la sanción prevista por el ordenamiento para las prácticas restrictivas de la competencia, consiste en considerarlas como de objeto ilícito de acuerdo a la normatividad civil, según lo prevé expresamente el artículo 19 de la Ley 155 de 1959 y el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992.

### **3. Las Exenciones del Artículo 81 (antiguo artículo 85) Aparte Tercero del Tratado de Roma en el Régimen Comunitario Europeo**

Si bien por regla general de conformidad con todo lo ya examinado las prácticas restrictivas de la libre competencia se encuentran prohibidas por nuestro ordenamiento por afectar un bien jurídico en cuya defensa se ha comprometido el Estado, cual es, la libre competencia como tal, pueden existir situaciones de excepción al amparo de las cuales, dicha práctica pueda llegar a recibir la tutela del ordenamiento.

Al respecto es preciso resaltar que en el ordenamiento comunitario europeo si bien se han dispuesto una serie de normas en materia de competencia cuyo objetivo ha sido

---

<sup>11</sup> El artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 entiende por la noción de conducta todo acto o acuerdo.

<sup>12</sup> Este Decreto tipificó las conductas mediante las cuales existiendo posición de dominio de presentarse tales se configuraría un abuso de la misma así “i. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos; ii. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas; iii. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones; iv. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado. v. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente a aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción”.

precisamente el de “establecer un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior”,<sup>13</sup> para lo cual, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea en su artículo 81 ha prohibido expresamente todos aquellos acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que puedan llegar a afectar el comercio del mercado común y que tengan como objeto o efecto “impedir, restringir o falsear el juego de la competencia”, el mismo ordenamiento comunitario en el aparte tercero del artículo 81 del Tratado Constitutivo, consagró la posibilidad para determinados agentes económicos de ser eximidos de las prohibiciones generales cuando el acuerdo o la conducta anticompetitiva contribuyan a mejorar la producción, distribución de los productos, o fomenten el progreso técnico o económico, siempre que reserven al usuario la posibilidad real de participar equitativamente en el beneficio contraído<sup>14</sup> y que, de un lado, no impongan a las empresas restricciones que no sean absolutamente necesarias para lograr el fin así propuesto y de otro, ofrezcan a esas empresas la posibilidad de eliminar la competencia en torno a una parte sustancial respecto de los productos de que se trate.

En el marco de desarrollo regional europeo, es la Comisión de la Comunidad Europea la autoridad facultada para investigar y resolver los asuntos en materia de competencia, bien de oficio, bien por denuncia. En ejercicio de sus funciones puede adoptar medidas de carácter individual o colectivo según lo requiera el caso particular.

En efecto, como medidas de carácter individual puede: (i) comprobar una infracción, caso en el cual procederá la anulación de pleno derecho del acuerdo o práctica, sin perjuicio de la posibilidad que tiene la Comisión de imponer una multa, como sucedió en el caso Volkswagen de 1998 en el que la Comisión sancionó a la empresa con una multa de 102 millones de Euros por la celebración de acuerdos cuyo objetivo era impedir que se vendiesen automóviles de esta compañía en Italia a personas que no fueran residentes del mismo país; (ii) atestados negativos, por cuanto considera que el acuerdo, decisión o práctica no incumple las disposiciones señaladas o, (iii) Conceder una exención por cuanto a pesar que el acuerdo contraviene la norma (artículo 81 del Tratado Constitutivo) a partir de un juicio exegético, encuentra la Comisión que no merece la sanción de ser excluido del ordenamiento por razones de índole económica.

En los casos en que determinadas prácticas anticompetitivas sean reiteradas en determinado sector económico, la Comisión puede adoptar medidas de carácter colectivo<sup>15</sup> en virtud de las cuales concede una exención ex ante de carácter global para dicho sector, lo cual le permite cumplir con mayor agilidad sus funciones y prestar mayor

---

<sup>13</sup> Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE) Artículo 3 literal G.

<sup>14</sup> Sobre el “beneficio objetivo” cabe señalar que “Debe juzgarse si los beneficios indicados están presentes en un modo objetivo, desde el punto de vista de la Comunidad, y no simplemente desde un punto de vista subjetivo de las partes del acuerdo. Además, para poder ser calificado como una mejora relevante bajo el artículo 85,3, las ventajas objetivas a obtener deben ser suficientes para compensar la disminución en la competencia causada por el acuerdo de que se trate. La Comisión debe por tanto comparar las ventajas y desventajas relativas en el acuerdo confeccionando un <balance económico> para decidir si la <mejora> necesaria se da en realidad”. BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham. *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, Editorial Cívitas, Madrid, 1992, P. 189.

<sup>15</sup> “El órgano competente para adoptar Reglamentos de excepción en Bloque es el Consejo, dado que tiene competencias legislativas plenas en el ámbito comunitario. No obstante, el Consejo puede delegar su facultad legislativa a la Comisión”. BOET SERRA, Elena. *La libre Competencia en el Transporte Marítimo*, J.M. Bosh editor, Barcelona, 2000, P. 310.

atención a casos diferentes o de especial importancia, o bien, bajo ciertos parámetros conceder a ciertos acuerdos en particular una excepción individual.

De conformidad con lo anteriormente anotado, en el derecho comunitario europeo existen entonces dos clases de “exenciones”: de un lado, existen las exenciones individuales que puede llegar a otorgar la Comisión si considera que el acuerdo celebrado no obstante limitar la libre competencia, cumple con los requisitos establecidos en el aparte tercero del artículo 81; y de otro, existen las llamadas exenciones por categorías, otorgadas *ex ante* por la Comisión a modo de reglamentos, en atención a criterios de eficiencia económica que recomiendan mantener vigente una excepción general del régimen de libre competencia para un sector de la economía en particular o para un grupo de prácticas determinadas.

La jurisprudencia comunitaria ha señalado algunos principios en relación con las exenciones por categoría. En este sentido se ha señalado que: “1. *La exención por categoría deja de ser aplicable en su integridad si no se cumplen todas las condiciones exigidas en el reglamento de que se trate. (...) 2. Si hay cláusulas contractuales no cubiertas por el reglamento de exención, son esas cláusulas y no el acuerdo en su conjunto las efectuadas por la prohibición del artículo 85.1. (...) 3. Los jueces nacionales no pueden extender en modo alguno el ámbito de aplicación de los reglamentos de exención pues ello afectaría la competencia legislativa de la Comisión*”<sup>16</sup>

Siguiendo los parámetros antes examinados, la Comisión ha otorgado exenciones por categoría para los acuerdos de franquicia (Reglamento 4087/88), la distribución selectiva para automóviles (Reglamento 123/85), acuerdos bilaterales de distribución exclusiva (Reglamento 1983/83), y las conferencias marítimas de fletes (Reglamento 4056/86), entre otros.

#### **4. El régimen de Excepción en el Ordenamiento Interno en Colombia.**

##### **4.1. Desarrollo normativo**

En Colombia, la autoridad encargada de velar por la promoción de la libre competencia, así como por su protección, es la Superintendencia de Industria y Comercio en virtud de lo previsto particularmente en la Ley 256 de 1996 en lo que atañe a la competencia desleal, y la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992 en lo que tiene que ver con las prácticas restrictivas de la libre competencia.

En nuestro ordenamiento interno, al igual que en el Tratado de Roma de la Comunidad Europea, se abrió un espacio legislativo para el otorgamiento de una excepción sectorial al régimen general de represión y sanción de las prácticas restrictivas de la competencia. De esta forma, el artículo primero de la Ley 155 de 1959 dispuso lo siguiente:

*“Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y*

---

<sup>16</sup> Caso Stergios Delimitis vs. Henninger Brau AG, citado por BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham. Op. cit., P. 174.

*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 de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.”**(Subrayas y negrita fuera de texto).

Con la inclusión de este parágrafo, el legislador dejó abierta una gran puerta al “Gobierno” para que éste pudiera llegar a exceptuar del margen general de aplicación de las normas sobre prácticas restrictivas los acuerdos que, no obstante limitar la libre competencia económica, se llevaran a cabo con el objeto de defender la estabilidad de un sector básico de la economía nacional.

A pesar que en sus inicios la ley 155 de 1959 no tuvo gran aplicación, constituyó un marco general que abrió paso al avance de la legislación nacional hacia la implementación de políticas necesarias para el desarrollo de la economía de mercado<sup>18</sup>. Posteriormente el artículo 1º del Decreto Reglamentario 1302 de 1964 determinó el alcance de la expresión “sectores básicos de la producción de bienes y servicios” en los siguientes términos:

*Decreto 1302 de 1964. “Artículo 1.- Para los efectos del parágrafo del artículo 1º de la ley 155 de 1959, considérense sectores básicos de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general y el bienestar social, todas aquellas actividades económicas que tengan o llegaren a tener en el futuro importancia fundamental para estructural racionalmente la economía del país y abastecerlo de bienes o servicios indispensables al bienestar general, tales como:*

- 1. El proceso de producción y distribución de bienes destinados a satisfacer las necesidades de la alimentación, el vestido, la sanidad y la vivienda de la población colombiana;*
- 2. La producción y la distribución de combustibles y la prestación de los servicios bancarios, educativos, de transporte, energía eléctrica, acueducto, telecomunicaciones y seguros.”*

Para autorizada doctrina esta disposición fue demasiado general e introdujo toda una suerte de sectores dentro de los cuales se podría conceder una excepción, pues entendió que dentro de la categoría de sectores básicos para la economía general, se comprendía

---

<sup>17</sup> Es pertinente resaltar que dicha disposición no incluyó en su texto la categoría de “actos” ni el abuso de posición dominante.

<sup>18</sup> A este respecto cabe resaltar que “*las políticas de competencia tienen un rol importante para determinar los beneficios a obtener del funcionamiento de una economía de mercado, particularmente en países donde este modelo ha sido introducido recientemente*”. EYZAGUIRRE, Hugo. *Políticas de Competencia en Países Menos Desarrollados*, Boletín Latinoamericano de Competencia No. 5, parte 2, Noviembre de 1998, p. 50.



un número considerable de sectores que, al no ser descritos de manera más específica, vinculan a casi cualquier tipo de actividad económica<sup>19</sup>.

Adicionalmente, la Superintendencia de Industria y Comercio desarrolló las anteriores normas<sup>20</sup> y complementó el contenido del artículo 1º de la Ley 155 de 1959 en la Circular 010 de 2001 (Circular Única) en la que la Superintendencia estableció una sola estructura normativa para todas sus reglamentaciones e instrucciones. El Título VII de dicha circular que reguló lo concerniente a la “Promoción de la Competencia”, señaló los requisitos indispensables para hacer uso de las excepciones en bloque previstas en el ordenamiento Colombiano, regulación que a mi juicio desbordó el ámbito de la competencia normativa de la Superintendencia en la materia, y que de otro lado, desconoció el verdadero alcance y utilidad que la figura ha recibido internacionalmente.

#### 4.2. Experiencia Nacional<sup>21</sup>

El único precedente que existe en relación con el tema de las excepciones de bloque en el derecho colombiano, se encuentra en una investigación preliminar realizada con ocasión de una queja contra el “*Convenio Marco para la Absorción y el suministro de la producción de Aceite de Palma Africana*”. En desarrollo de dicha investigación, la Superintendencia de Industria y Comercio mediante auto de 2 de junio de 1995 señaló como principio orientador de su decisión, la llamada Constitución Económica Colombiana, la cual “*consagra un régimen de economía mixta, en el que se combinan o integran la libertad económica y la dirección de la economía por parte del Estado*”. Adicionalmente, se estableció en la providencia bajo estudio, que “*mejorar la calidad de vida de los habitantes, favorecer la redistribución de la riqueza y el fomento de los beneficios de desarrollo serían los pilares que servirían de objetivos de la intervención del Estado en materia económica*”. Así mismo, la mencionada decisión realizó un cuidadoso examen de las normas que regulan las prácticas restrictivas de la competencia en Colombia, señaló con especial importancia que “*entre las normas legales sobre intervención económica tiene un lugar especial la contenida en el parágrafo del artículo 1º de la Ley 155 de 1959, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, en virtud de la cual el Gobierno Nacional podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la*

<sup>19</sup> En este sentido señala el Doctor Alfonso Miranda Londoño que “*por último, se ha señalado un defecto estructural de la legislación, que tiene que ver con el desarrollo del parágrafo del artículo primero de la Ley 155 de 1959, por medio del artículo 1º del Decreto 1302 de 1964. (...) Como se puede observar, el artículo primero del Decreto 1302 de 1964 incorporó dentro de las excepciones a la prohibición general del artículo 1º de la Ley 155 de 1959, todas las actividades económicas de alguna importancia, con lo cual se hacía virtualmente inoperante la ley de competencia*”. MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. *El Régimen General de la Libre Competencia*, en *Compilación de Documentos Sobre Derecho de la Competencia CEDEC*, Seminarios número 10, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1999, p. 23 y 24.

<sup>20</sup> El artículo segundo del Decreto 3307 de 1963 estableció: “*Adscribese a la Dirección Ejecutiva de la Superintendencia de Regulación Económica (hoy Superintendencia de Industria y Comercio) las funciones que la ley 155 de 1959 le señala al Gobierno Nacional y al Ministerio de Fomento.*”

<sup>21</sup> De la lectura de los antecedentes legislativos de la Ley 155 de 1959 que reposan en la Superintendencia de Industria y Comercio no logra extraerse en qué momento se discutió el punto específico del parágrafo referido en el Congreso. Al parecer dicha información se perdió toda vez que “*En los anales de 1959 no se encuentran publicadas las actas subsiguientes al 16 de abril. En el libro original de actas de la Comisión Tercera de la Cámara, aparecen versiones magnetofónicas de las sesiones del 22 y 23 de abril, en las que, confusa y desarticuladamente, se recogen las intervenciones y los debates de los artículos y de las modificaciones propuestas, sin ninguna precisión en los términos, desarrollos y conclusiones...*”

*estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general". Y resaltó que "esta norma se encuentra vigente, por que es totalmente compatible con lo dispuesto en los artículos 333, inciso final, y 334 de la Constitución Nacional".*

En relación con las excepciones de bloque, la mencionada providencia (auto de 2 de junio de 1995) indicó que el Convenio Marco para la Absorción y el Suministro de la Producción de Aceite de Palma Africana, quedaba cobijado o amparado por el parágrafo del artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Particularmente, la Superintendencia de Industria y Comercio consideró que el Acuerdo estaba autorizado por la intervención del Gobierno nacional en el mismo, específicamente de los ministros de Agricultura y Desarrollo Rural, Desarrollo Económico, Comercio Exterior y Hacienda y Crédito Público quienes *"promovieron la celebración del convenio de que trata la queja, (..) y suscribieron el mismo en la calidad de garantes de los compromisos adquiridos por las partes"* y por los fines que el mismo cumplía para el desarrollo y la promoción del mercado.

Así las cosas, con fundamento en todo lo anterior, la Superintendencia decidió no abrir la investigación y archivar el expediente, dando autorización al Convenio antes referido.

Posteriormente con fundamento en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo se presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Consejo de Estado frente al auto de junio 2 de 1995, expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio, por medio del cual dispuso no abrir investigación administrativa, en donde dicha corporación concluyó que el mencionado auto se encontraba de acuerdo con la legalidad al considerar que la obligación de la Superintendencia en el caso en cuestión, consistía en *"atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquéllas que sean significativas"* y que de la lectura del auto en cuestión se desprende que se *"atendió la reclamación presentada; y que si bien no consideró "significativa" la queja, al estimar que los hechos denunciados no tipifican las conductas prohibidas por los arts. 46, 47 y 50 del decreto 2153 de 1992, lo hizo razonadamente, dentro de una interpretación lógico-sistemática de la constitución y la ley, y además con apoyo jurisprudencial"*. Adicionalmente el Consejo de Estado precisó que *"no toda queja o reclamación tiene que culminar en una investigación y en la imposición de una sanción. Se requiere que la conducta acusada sea siginificativa y de importancia, que amerite adelantar la investigación"* para concluir que en este caso particular la Superintendencia luego de realizar la indagación previa de las conductas llegó a la conclusión de que las mismas no se ajustaban a los tipos contravencionales señalados en el Decreto 2153 de 1992, y que con base en todo lo anterior *"la administración sólo está obligada a tramitar la averiguación preliminar, en tanto que la apertura de la correspondiente investigación, queda sujeta a lo que presume es el sano juicio que se forme sobre los elementos de hechos recogidos en la averiguación preliminar"*.<sup>22</sup>

##### **5. El Desconocimiento del verdadero alcance de la figura por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en Colombia.**

---

<sup>22</sup>Consejo de Estado Sección Primera, Consejero ponente: Juan Alberto Polo Figueroa. Santa Fe de Bogotá, veinte de febrero de mil novecientos noventa y siete. Ref.: Expediente No. 3488 Actor: Fernando Londoño Hoyos

Como se enunció en acápite anterior, a mi juicio, la Superintendencia de Industria y Comercio al regular la figura en la forma en que lo hizo, le ha dado un alcance que no corresponde a su verdadera dimensión, situación que en la práctica ha imposibilitado su correcta implementación en Colombia.

Como primera medida es necesario retomar lo previsto en la Circular 010 de 2001 (Circular Única) en su título séptimo que se ocupó de regular lo pertinente y para el efecto dispuso lo siguiente:

*“Los criterios que se tendrán en cuenta para el estudio de la petición tendiente a obtener la autorización de acuerdos o convenios que limiten la libre competencia de que trata el parágrafo del artículo 1º de la ley 155 de 1959, serán los siguientes:*

### **1.1 Sector básico de la producción de bienes y servicios**

*El interesado deberá demostrar que se trata de un sector básico de la producción de bienes y servicios de interés para la economía nacional. Para el efecto se estiman relevantes:*

- *Ubicación del sector de acuerdo a la clasificación internacional CIIU a 4 dígitos;*
- *Porcentaje del PIB asociado con el sector durante los últimos dos (2) años;*
- *Número de empleos generados por el sector y la explicación de su representatividad en el mercado laboral nacional o regional, según corresponda; e*
- *Interdependencia con otros sectores económicos.*

### **1.2 Descripción del acuerdo, convenio, práctica, procedimiento o sistema**

*La petición deberá contener una descripción del acuerdo, convenio, práctica, procedimiento o sistema. Para el efecto, se deberá indicar:*

- *Empresas que participan;*
- *Objeto del acuerdo y condiciones que serán aplicadas;*
- *Duración;*
- *Normas específicas cuya inaplicación temporal se pretende; y*
- *Justificación del acuerdo, pormenorizando su efecto en defensa de la estabilidad del sector.*

### **1.3 Precisión sobre normas de competencia**

*Se debe indicar cómo se afecta el objetivo de las normas de competencia. Al respecto deberá precisarse:*

- *Eficiencia de la cadena productiva del sector objeto del acuerdo;*

- *Libre escogencia y acceso a los mercados de los bienes y servicios ofrecidos por las diversas empresas que integran el sector, por parte de los consumidores;*
- *Que las empresas puedan participar libremente en los mercados de la cadena productiva del sector objeto del acuerdo;*
- *Existencia de variedad de precios y calidad de bienes y servicios; y*
- *Alternativamente, la cuantificación de los beneficios para el país que justifiquen la afectación de alguno de los objetivos antes enumerados.*

#### **1.4 Mecanismos de vigilancia**

*Deberá señalarse el mecanismo que permita que la Superintendencia vigile el comportamiento de las variables económicas del sector, con detalle de la información que deben suministrar los participantes en el acuerdo.*

*En caso de que la Superintendencia de Industria y Comercio considere que las condiciones del mercado que llevaron a la celebración del acuerdo han sido superadas y el sector se encuentra estable, podrá dar por terminado el acuerdo aun antes del plazo previsto.*

#### **1.5 Casos en los que no podrá solicitarse autorización para acuerdos o convenios que limiten la libre competencia**

*En ningún caso podrá solicitarse autorización para acuerdos o convenios en proceso o ejecución, ni podrá versar respecto de conductas que sean objeto de investigación, que hayan sido sancionadas o respecto de las cuales haya existido orden de terminación o compromiso de modificación.*

#### **1.6 Inobservancia de la autorización de la Superintendencia de Industria y Comercio**

*La inobservancia de los términos de la autorización que la Superintendencia de Industria y Comercio imparta, implicará una contravención de las normas de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas”.*

a. La excepción sólo procedería a petición de parte.

Como primera medida, resulta pertinente resaltar que la Circular transcrita restringe la posible utilización del mecanismo al evento en que medie una solicitud por parte de los particulares. A tal conclusión se puede llegar si se tiene en cuenta que siempre hace alusión a una petición. Al respecto, se puede pensar que si lo que buscó la Superintendencia fue establecer unos parámetros generales que delinearán la aplicación de la figura, desconoció en primera instancia que como autoridad de la competencia que es en Colombia, debió tener en cuenta los parámetros que permitirían llegar a conceder de oficio, una excepción de bloque o “*por categorías*” en determinados supuestos.

Sobre el particular, es preciso señalar que tal cómo atrás se dejó esbozado, a diferencia de lo que al menos en principio sucede en nuestro país, en el régimen comunitario

europeo una concesión de esta naturaleza puede llegar a tener cabida bien por vía de solicitud elevada a la Comisión, o bien de oficio. Esta última posibilidad es verdaderamente importante, máxime si se tiene en cuenta que es la entidad encargada de velar por la promoción y protección de la libre competencia en un mercado determinado, la que de primera mano puede llegar a establecer la presencia de una situación que, además de reunir los requisitos previstos en la normatividad pertinente, se refiere a un sector económico que tiene una participación importante en el desarrollo de la economía general y cuya eficiencia no se consigue bajo las reglas generales de la libre competencia. Además, téngase en cuenta al examinar el punto lo dicho en acápite anterior al estudiar la figura en el Derecho Europeo, en el sentido de señalar que a diferencia de lo que sucede con las exenciones individuales, las exenciones por categorías son por lo general otorgadas por la Comisión de forma *ex ante* y por vía de reglamento. Esta situación no obedece a un capricho, puesto que la finalidad perseguida con este tipo de concesiones se orienta a conseguir el progreso del mercado común y la defensa de las condiciones necesarias para garantizar la eficiencia de un sector de gran relevancia para el desarrollo de la economía en general<sup>23</sup>.

Como ha quedado visto, partiendo del reconocimiento del estado actual de la cuestión en nuestro ordenamiento, a la luz de la circular examinada no se contempla la posibilidad de otorgar una verdadera excepción por categorías *de oficio* por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, lo que implicaría concluir que sólo cuando los particulares consideraran procedente elevar una solicitud en este sentido, se abriría un margen para la aplicación de la figura.

b. Ejercicio de facultades por fuera de la órbita de competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio.

La circular 010 de la Superintendencia de Industria y Comercio antes transcrita, contempla de igual forma la necesidad de incluir o acreditar en la solicitud una serie de condiciones que en últimas se traducen en requisitos adicionales que deben ser presentados por el particular a la autoridad, no obstante que los mismos no fueron contemplados por la Ley misma ni por su Decreto reglamentario, y que adicionalmente desde el punto de vista práctico, constituyen requisitos demasiado engorrosos o difíciles de recaudar, lo que conlleva forzosamente a hacer nugatoria la procedencia, y por tanto, utilidad de la figura.

Al respecto resulta pertinente resaltar que la circular contempla la exigencia de acreditar en la solicitud, entre otros requisitos, cómo afecta el acuerdo la cadena productiva del sector, lo mismo que a la libre escogencia y acceso a los mercados de los bienes y servicios ofrecidos por las diversas empresas que integran el sector y por parte de los consumidores; demostrar que las empresas puedan participar libremente en los mercados

---

<sup>23</sup> *“Muchas de las exenciones concedidas por la Comisión en el pasado, hoy han sido superadas por las exenciones por categoría ya referidas. Por tal razón las exenciones individuales, en la actualidad sólo son relevantes aquellos acuerdos, que por una razón o por otra, estén fuera del ámbito de las exenciones por categoría (...) La política de la Comisión, que no siempre queda claramente expresada, promueve aquellos acuerdos que son, en su conjunto, pro-competitivos”.* BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham. Op. Cit., P. 183.

de la cadena productiva del sector objeto del acuerdo; igualmente acreditar la existencia de variedad de precios y calidad de bienes y servicios; y alternativamente, la cuantificación de los beneficios para el país que justifiquen la afectación de alguno de los objetivos antes enumerados. Por si ello fuera poco, la referida circular obliga adicionalmente al particular a señalarle a la Superintendencia el mecanismo a utilizar para vigilar el comportamiento de las variables macroeconómicas del sector de que se trate.

Pretender que el particular acredite toda esta serie de condiciones de índole económico desconoce que la posibilidad de conocer tales variables radica de manera principal en la autoridad que vigila y, por tanto, conoce el mercado, por lo cual es ella la que debe realizar un estudio que le permita inferir si resulta procedente la concesión de la excepción sin mayores limitantes que las impuestas por la Ley misma y siempre en consideración a los criterios de eficiencia económica y defensa del bien común.

Adicionalmente, a mi juicio, la Superintendencia reglamentando en la manera en que lo hizo el tema de las excepciones por categorías, además generar los efectos prácticos adversos ya comentados, incurrió en un claro desborde de sus competencias normativas.

Sobre el particular es pertinente revisar para el cabal entendimiento del punto i) quien tiene en nuestro ordenamiento la facultad reglamentaria de las leyes y las características de tal atribución, ii) si tal facultad puede ser delegable bajo ciertos parámetros a la luz de lo señalado por la jurisprudencia constitucional, iii) la naturaleza y características de la circular que estableció los requisitos referidos, iv) el ámbito de discrecionalidad de la Administración frente al punto y, por último, v) si existe algún tipo de reserva específica que impida la delegación en esta materia.

En primer lugar debe tenerse en cuenta que es al Presidente de la República en virtud de lo dispuesto en el artículo 189 de la Constitución de 1991 al que le corresponde “*Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes*”. Sobre el ejercicio de esta potestad, la doctrina ha señalado que “*la potestad reglamentaria es siempre una facultad limitada: su propósito es el desarrollo de las leyes y por lo tanto el acto de poder legislativo constituye su límite último, y su razón de ser, en otras palabras, sin ley no existe potestad reglamentaria*”<sup>24</sup>.

De igual forma, respecto de sus particularidades, la Corte Constitucional en la sentencia C- 028 de 1997 señaló que “*la potestad reglamentaria se caracteriza por ser una atribución constitucional inalienable, **intransferible**, inagotable, pues no tiene plazo y puede ejercerse en cualquier tiempo y, es irrenunciable, pues es un atributo indispensable para que la administración cumpla su función de ejecución de la Ley*” (negritas fuera de texto)

Teniendo en cuenta lo anterior, puede afirmarse, al menos en principio, que dicha potestad es del exclusivo resorte del presidente<sup>25</sup>. Sin embargo, a pesar de la claridad del

<sup>24</sup> JULIO ESTRADA, Alexei. *Las Ramas Ejecutiva y Judicial del Poder Público en la Constitución Colombiana de 1991*, Universidad Externado de Colombia, 2003, P. 75.

<sup>25</sup> Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia precisó en la sentencia C – 066 de 1969 que “*la potestad reglamentaria para el efectivo cumplimiento de la Ley corresponde al Presidente de la República, quien*

tenor literal de lo antes expresado sobre el punto por la Corte Constitucional, es claro que el gran despliegue legislativo existente en Colombia ha llevado, en la práctica, a una conclusión diferente.

De esta forma, la misma Corporación en la sentencia C – 397 de 1995, en la que se revisó el tema de la regulación de algunos aspectos del mercado público de valores, señaló que *“La actividad del Estado en esas materias no se agota en la definición de políticas, en la expedición de leyes marco, ni en la de los decretos reglamentarios que vayan adaptando la normatividad a las nuevas circunstancias, sino que necesita desarrollarse en concreto, bien mediante normas generales que, en virtud de una **competencia residual**, expidan entes administrativos como las superintendencias en lo no establecido por la normatividad jerárquicamente superior, ya por las actividades de control, inspección y vigilancia a cargo de tales organismos especializados (...) Bien puede la Ley establecer que el gobierno actuará por conducto de los aludidos entes, **los cuales pueden tener a su cargo funciones reguladoras, siempre que se sometan a los órdenes normativos de más alto rango**, y ser titulares de atribuciones concretas de intervención, control y sanción sobre quienes caen bajo su vigilancia en cualquiera de las actividades enunciadas. No podría sostenerse una tesis que prohijara la absoluta imposibilidad de que las funciones gubernamentales en tan importantes y complejos asuntos fueran ejercidas por órganos desconcentrados, si bien bajo la dirección y la orientación del propio gobierno y dentro de los lineamientos trazados por la ley (...)”*. (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Tal como ha quedado visto se trata de una potestad cuya transferencia resulta, al menos, restrictiva<sup>26</sup>. Sin embargo, para la jurisprudencia es claro que tal desplazamiento de atribuciones reglamentarias en ningún caso puede exceder el ámbito señalado por la misma Ley. Sobre el particular la Corte Constitucional también indicó que *“La facultad reglamentaria no es absoluta (...) está sujeta a ciertos límites, que no son otros que la Constitución y la ley misma, **ya que no puede en este último evento ampliar, restringir o modificar su contenido**. (...) cualquier exceso en el uso de la potestad reglamentaria por parte del Ejecutivo **se traduce en inconstitucionalidad por extralimitación del ámbito material del reglamento**”*. (Subrayas y negrillas fuera de texto).

De otra parte, sobre la naturaleza jurídica de las circulares que profieren las Superintendencias en Colombia es preciso señalar que tales proveídos tienen la naturaleza propia de un acto administrativo de carácter general y constituyen como tal una manifestación de voluntad de la administración que busca dar operatividad a la Ley, actos que son susceptibles de ser sometidos al control ejercido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

---

*habrá de ejercerla mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes que resulten necesario para ello, lo que indica que no puede tal atribución que a él le asigna la Constitución desplazarse a uno de los ministerios ni a ninguno otro de los organismos del Estado, pues esa potestad se le atribuye al Presidente como suprema autoridad administrativa quien, desde luego, al ejercitarla habrá de expedir los decretos necesarios con la firma del ministro del ramo respectivo”*.

<sup>26</sup>En la Sentencia C – 170 de 2001 la Corte Constitucional señaló que podría haber casos de traslado de la potestad reglamentaria residual a entes administrativos, pero tal situación fue condicionada, entre otros, a que no mediara reserva de ley, por cuanto en tal caso el legislador no puede transferir tal atribución. Pfr.

Todo lo anterior conduce a pensar que la Superintendencia de Industria y Comercio podría hacer uso de una facultad reglamentaria en ejercicio de la función administrativa sólo dentro del margen que le fija la ley y en su caso, el reglamento, límites dentro de los cuales se contrae el ámbito de discrecionalidad de la Administración frente al punto. No podría entonces la Superintendencia desconocer el ámbito material trazado por la ley, y por esta vía, el límite propio que impone el uso de la facultad, haciendo uso de ella por fuera de la Ley misma y de los reglamentos establecidos por autoridades jerárquicamente superiores.

No obstante lo anterior, si bien de manera general ya se han examinado los lineamientos propios que enmarcan el uso de la facultad reglamentaria por parte de entes administrativos, tales como las Superintendencias, es pertinente resaltar que tal traslado de la potestad no puede ocurrir cuando existe una reserva de Ley, como a nuestro juicio ocurre en el caso de la libre competencia. Sobre el particular cabe examinar lo previsto en los incisos primero, cuarto y quinto del artículo 333 de la Constitución de 1991 que prevén, respectivamente, “*La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, **nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.** (...) El Estado, **por mandato de la ley,** impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.” (...) **La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación**”. (Negritas y subrayas fuera de texto)*

De la lectura del artículo anterior se desprende claramente que el constituyente de 1991 buscó dejar el tema de la regulación de la libre competencia exclusivamente a la Ley. Si bien para estos efectos este concepto puede entenderse como la Ley en sentido lato o amplio, lo que resulta claro es que dentro de tal concepto no podrían enmarcarse las circulares proferidas por la Administración en ejercicio de la función administrativa.

Todo lo anteriormente anotado conduce forzosamente a concluir que no fue acertada la reglamentación hecha sobre la materia por parte de la Circular 010 de 2001 (Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio) en su título séptimo, básicamente por dos razones: de un lado, a mi juicio no podía dicha entidad en ejercicio de la potestad reglamentaria delegada del Presidente, regular el tema de la concesión de excepciones de bloque o individuales por vía de circular, por cuanto es un tema que hace parte de la regulación propia del derecho de la competencia, y por tanto, tiene reserva de Ley en los términos antes examinados; y de otro lado, si en gracia de discusión se admitiera que dicha entidad lo puede reglamentar por esa vía, es claro que no podría, so pretexto de dar operatividad a la Ley, exigir requisitos no contemplados inicialmente en la Ley o su reglamento, tal como aconteció en el caso que es objeto del presente estudio.

Adicionalmente cabe resaltar nuevamente que ese tipo de requisitos exigidos para la concesión de la excepción aportar la totalidad de la información exigida para el efecto por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, particularmente todo lo referido a variables de orden económico, información a la que puede llegar a tener acceso con mucha más facilidad la autoridad encargada de vigilar el mercado.



Sobre el punto, es preciso resaltar que en el régimen comunitario europeo es la autoridad de la materia, esto es, el Consejo o la Comisión según el caso, la encargada de hacer todo el análisis de las variables económicas necesarias que le permitirán establecer si de conformidad con la solicitud de los particulares se puede llegar a conceder una excepción.<sup>27</sup>

## **6. Conclusiones y Recomendaciones**

Sea lo primero señalar que Colombia debe adoptar un marco normativo sobre este tipo de exenciones al régimen de libre competencia, que permita la correcta y real utilización de la figura, y que no deje de lado las exenciones por categorías o *en bloque* y mucho menos la posibilidad de otorgar una concesión de esta naturaleza *de oficio*, en aras siempre de favorecer la eficiencia del mercado y por esta vía, el de la economía en general y el consumidor mismo, pues este tipo de herramientas, cuando son correctamente utilizadas, contribuyen a gestar el progreso y el desarrollo armónico de las naciones. Sobre el punto que ahora se examina, uno de los grupos de apoyo al TLC y ALCA resaltó que **“Si bien es cierto que la Ley 155 de 1959 prevé la posibilidad de autorizar la celebración de ciertos acuerdos específicos que podrían, como regla general, resultar lesivos de la competencia, el país esta muy lejos de contar con un sistema ágil y efectivo para establecer excepciones a la aplicación de las normas sobre competencia. Pensamos que es necesario buscar mecanismos ágiles en esta materia, con el fin de dar al Estado instrumentos más efectivos para la formulación y aplicación de sus políticas en materia de competencia”<sup>28</sup>**.

De conformidad con lo previsto en la Constitución Política de 1991, en Colombia se permite la intervención del Estado para efectos de *“racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”*. Es decir, la intervención del Estado en la economía se justifica en la medida en que propenda por la defensa del bien común y del interés general de la colectividad. Sin duda alguna, el progreso de la economía del país en general es un asunto que interesa a todos y en cuya defensa se deben comprometer todos los actores que intervienen en el mercado, y por supuesto, la autoridad que lo vigila, la que en el caso particular de Colombia es la Superintendencia de Industria y Comercio.

---

<sup>27</sup> En este sentido se ha señalado que *“(…) las autoridades competentes deberán realizar un test o balance de las ventajas y desventajas que genera la medida limitativa en el mercado, atendiendo a las circunstancias socioeconómicas de cada momento concreto. El balance se medirá atendiendo tanto al interés económico general del mercado como al interés público de la libre competencia. Es decir, se valorará si la restricción es necesaria y presenta ventajas para el progreso económico y social del mercado y, además, para alcanzar una competencia más eficiente”* BOET SERRA, Elena, Op. Cit., P. 312

<sup>28</sup> Proyecto de Investigación y Apoyo del Equipo Negociador de Colombia en el ALCA y la OMC, Resumen Ejecutivo, Universidad de los Andes, Centro de Investigaciones Sociojurídicas CIJUS, Bogotá, Junio de 2003, P. 10. Documento consultado de marzo de 2004 en el web site <http://www.mincomercio.gov.co/VBeContent/Documentos/negociaciones/alca/universidades/PoliticaDecompentencia.pdf>.

En este sentido, en desarrollo de estos fines constitucionales, el Estado, bien por iniciativa propia, o bien privada, tienen en las excepciones al régimen de libre competencia una herramienta de intervención muy importante que sirve como puente para gestar el desarrollo de importantes sectores de la economía que no logran ser eficientes cuando se encuentran sometidos al régimen general de libre competencia y que por tanto, requieren la creación de un régimen especializado en atención a sus particulares características.

Siendo así las cosas, resulta de gran importancia que los sectores económicos conozcan y puedan llegar a tener acceso a la posibilidad que establece el parágrafo del artículo primero de la Ley 155 de 1959, obviamente sólo cuando ello resulte procedente en atención de criterios de eficiencia y relevancia del sector, con el cual puede obtenerse autorización para ciertos acuerdos en principio restrictivos en beneficio de la economía en general. Por ejemplo, la regulación de exportaciones de determinados productos evitaría la sobreoferta de bienes y la consecuente reducción exagerada de precios; la fijación de precios permitiría aumentar la competitividad hacia el exterior; la repartición de mercados puede bajo determinadas condiciones contribuir a una mayor productividad.

Con todo lo anterior no se propone desconocer de ninguna manera las políticas de defensa de la competencia, sino, en aras de mayor eficiencia del mercado y beneficios para el consumidor, generar un régimen apropiado que permita exceptuar ciertos acuerdos que no obstante *–prima facie* – puedan ser tildados de anticompetitivos, contribuyan a proteger el interés general y el logro de las finalidades que la Constitución ha establecido para la intervención del Estado.