

**APLICACIÓN Y ALCANCE DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL
SECTOR DE TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA COLOMBIANO**

JOSÉ ALEXANDER GUTIÉRREZ DOMÍNGUEZ

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA**

2014

**APLICACIÓN Y ALCANCE DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL
SECTOR DE TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA COLOMBIANO**

JOSÉ ALEXANDER GUTIÉRREZ DOMÍNGUEZ

Monografía para optar por el título de abogado

DIRECTOR

CESAR AUGUSTO QUIJANO QUIROGA

ABOGADO

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA**

2014

A la memoria de Laura Sofía Flórez Domínguez, quien con su inocencia escribió en mi vida un capítulo de 9 años de juegos y risas. Ahora, con su recuerdo acompaña estas letras y fortalece mi espíritu.

AGRADECIMIENTOS

Primeramente a Dios por llenar mi vida de bendiciones, una de ellas: el don de la fe.

A mis padres, por su amoroso e incondicional sacrificio, apoyo y ejemplo.

A mi hermana, un pilar fundamental en mi vida.

A todos mis familiares, amigos y maestros.

Especial agradecimiento al Doctor Cesar Augusto Quijano Quiroga por orientar este proyecto.

CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCIÓN	13
1. LAS NORMAS DE PROTECCIÓN A LA COMPETENCIA COMO NORMAS DE CONTENIDO ECONÓMICO	18
1.1 RELACIÓN DERECHO – ECONOMÍA	19
1.1.1 El derecho como institución y como ciencia	20
1.1.2 La economía como sistema y como ciencia	22
1.1.3 Presupuestos de correlación	24
1.1.4 El Derecho Económico	27
1.1.5 Análisis Económico del Derecho	29
1.2 LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y LA LIBRE COMPETENCIA:	32
1.2.1 Concepto de constitución económica:	32
1.2.2 Libertad de empresa.....	37
1.2.3 Libre competencia económica.....	39
1.3 EL DERECHO DE LA COMPETENCIA COMO INSTRUMENTO DE INTERVENCIÓN EN LA ECONOMÍA	42
1.3.1 La protección de la competencia dentro las funciones del Estado en materia económica	42
1.3.2 Forma en las que el Estado puede regular la libre competencia:	47
1.3.3 Racionalidad económica de la intervención estatal:.....	48
2. LAS NORMAS DE PROTECCIÓN A LA LIBRE COMPETENCIA EN EL TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA COLOMBIANO.....	51
2.1 CARACTERIZACIÓN GENERAL DEL SECTOR OBJETO DE ESTUDIO .	53

2.1.1	Definición de transporte.....	53
2.1.2	Aspectos generales del sector	58
2.1.3	Situación actual de la competencia en el sector.....	67
2.2	APLICACIÓN GENERAL DE LAS NORMAS DE PROTECCIÓN A LA LIBRE COMPETENCIA EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA	77
2.2.1	Sistemas de aplicación "Regla de la razón" y "Regla per-se"	77
2.2.2	Ámbitos de aplicación de las normas de protección a la libre competencia en relación con el transporte terrestre de carga colombiano....	79
2.2.3	El problema de la significatividad en el transporte terrestre de carga: ..	87
2.3	ALCANCE DE LAS NORMAS SOBRE PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS EN EL TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA	89
2.3.1	Actos contrarios a la libre competencia:	89
2.3.2	Acuerdos restrictivos de la competencia	97
2.3.3	Abuso de la posición dominante:.....	115
2.3.4	Prohibición general de comportamientos contrarios a la libre competencia.....	124
2.4	APLICACIÓN DEL REGIMEN DE EXCEPCIONES AL SECTOR DEL TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA	127
2.4.1	Excepciones de bloque estipuladas por la Ley 155 de 1959.....	128
2.4.2	Excepciones consagradas en el Artículo 49 del Decreto 2153 de 1992	131
2.5	ALCANCE DE LAS NORMAS SOBRE INTEGRACIONES EMPRESARIALES EN EL TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA	135
2.5.1	Concepto de Integración Empresarial	135
2.5.2	Formas de integración empresarial en el transporte terrestre de carga	140
2.5.3	Control previo de integraciones.....	148
2.6	LA ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA.	155
2.6.1	Concepto de abogacía de la competencia	155

2.6.2 Alcances de la abogacía de la competencia	158
3. LAS NORMAS DE PROTECCIÓN A LA LEAL COMPETENCIA EN EL TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA COLOMBIANO.....	166
3.1 NOCIONES PRELIMINARES	168
3.1.1 Concepto de “Deslealtad”	168
3.1.2 Diferencia entre el régimen de competencia desleal y el régimen anti-monopolios.....	170
3.1.3 Pertinencia de las condiciones económicas del sector estudiado	176
3.2 APLICACIÓN GENERAL DE LAS NORMAS DE PROTECCION A LA LEAL COMPETENCIA EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA	178
3.2.1 Influencia de los sistemas de aplicación "Regla de la razón" y "Regla per-se"	178
3.2.2 Ámbitos de aplicación de las normas de protección a la leal competencia en relación con el transporte terrestre de carga colombiano...	179
3.2.3 Referencias normativas del sector:	185
3.3 ALCANCE DE LAS NORMAS SOBRE ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL EN EL TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA.....	187
3.3.1 Actos encaminados a la desorganización de una empresa transportadora:	188
3.3.2 Actos que deterioran la relación del competidor con los generadores de carga:	197
3.3.3 Violación de normas del sector como fuente de actos desleales	208
3.3.4 Cláusula general de competencia desleal	216
4. CONCLUSIONES.....	219
BIBLIOGRAFIA.....	226

ILUSTRACIONES

	Pág.
Figura 1. Funciones del Estado en su actividad de intervención.....	43
Figura 2. Toneladas de Carga Movilizada por vía terrestre. Años 2001–2011.....	60
Figura 3. Estructura organizacional del sector de transporte terrestre de carga...	62
Figura 4. Distribución de empresas de transporte. Año 2007.....	68
Figura 5. Distribución de empresas de transporte terrestre de carga. Año 2011..	69
Figura 6. Tipología de vehículos de carga que conforman la oferta colombiana...	71
Figura 7. Tipos de cargas transportadas por tierra en Colombia.....	72
Figura 8. Acuerdos implícitos en el Artículo 1 de la Ley 155 de 1959.....	126
Figura 9. Organigrama firma de transporte – “Petroleum Cargo S.A.”.....	190

RESUMEN

TITULO:

APLICACIÓN Y ALCANCE DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL SECTOR DE TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA COLOMBIANO*

AUTOR

JOSÉ ALEXANDER GUTIÉRREZ DOMÍNGUEZ**

PALABRAS CLAVE

DERECHO ECONÓMICO, INTERVENCIÓN ESTATAL, TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA, NORMATIVA SECTORIAL, PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS, INTEGRACIONES EMPRESARIALES, COMPETENCIA DESLEAL.

DESCRIPCIÓN

El derecho de la competencia es una rama del saber jurídico que progresivamente ha influenciado la labor de nuestro órgano legislativo, orientándolo hacia la creación de normas de contenido económico que protejan el libre acceso al mercado, la leal concurrencia de los contendores y la libre escogencia de los consumidores, facilitando la intervención del Estado en algunos sectores productivos donde la existencia de fallas en el equilibrio de la oferta y demanda, la comisión de comportamientos anticompetitivos o la realización de prácticas deshonestas, generan distorsiones indeseadas al correcto funcionamiento que de ellos se espera en un sano clima competitivo.

Atendiendo esta coyuntura, el objetivo del presente trabajo de grado se centra en estudiar el impacto del derecho de la competencia en el transporte terrestre de carga colombiano como sector fundamental para la dinámica económica nacional, pues facilita la movilización de mercancías, el abastecimiento de insumos, la conexión de mercados regionales y el comercio interior; al tiempo que agrupa un gran número de partícipes (empresas porteadoras) cuya pugna efectiva por la preferencia de los consumidores del servicio (generadores de carga), garantiza una mayor eficiencia en la operación, mejores precios, calidad e innovación.

Por lo tanto, acudiendo a las condiciones particulares de la actividad transportadora y a la normativa sectorial que la reglamenta, esta investigación analiza la aplicación y el alcance que pueden tener las disposiciones vigentes sobre prácticas comerciales restrictivas de la competencia, integraciones empresariales y competencia desleal, observando la naturaleza de las prescripciones legales que las consagran, así como su desarrollo doctrinario o jurisprudencial.

* Proyecto de grado.

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencias Políticas. Director: DR. CESAR AUGUSTO QUIJANO QUIROGA.

ABSTRACT

TITLE:

APPLICATION AND SCOPE OF COMPETITION LAW IN THE COLOMBIAN LAND LOADING TRANSPORTATION SECTOR*

AUTHOR

JOSÉ ALEXANDER GUTIÉRREZ DOMÍNGUEZ**

KEY WORDS

ECONOMIC LAW, STATE INTERVENTIONISM, LAND LOADING TRANSPORTATION, SECTORAL REGULATION, RESTRICTIVE TRADE PRACTICES, ECONOMIC INTEGRATIONS, UNFAIR COMPETITION.

DESCRIPTION

The competition law is a branch of legal knowledge that has gradually influenced the work of our legislative organ, guiding it towards creating economic norms to protect free market access, containers' fair competition and consumers' free choice, facilitating the state interventionism in some productive sectors where the existence of failures in the balance of supply and demand, the commission of anti-competitive behaviours or the performance of dishonest practices, generate unwanted distortions to the correct operation that is expected of them on a healthy competitive environment.

Considering this situation, the aim of the present degree work focuses on studying the impact of competition law on the Colombian land loading transportation as a fundamental sector for national economic dynamics, cause it facilitates the movement of commodities, the provision of inputs, the connecting of regional markets and the internal trade; whilst it groups a large number of participants (carriers companies) whose effective battle for consumer preference (load generators), ensures greater operating efficiency, better prices, quality and innovation.

Therefore, turning to the particular conditions of the transport activity and its sectorial regulation, this research analyses the application and scope that current rules about restrictive trade practices, economic integrations and unfair competition could have, noting the nature of their legal requirements, along with their doctrinal or jurisprudential development.

* Degree project.

** Faculty of Sciences, School of Law and Political Science. Director: DR. CESAR AUGUSTO QUIJANO QUIROGA.

INTRODUCCIÓN

El constante crecimiento y fortalecimiento del sector de transporte terrestre de carga colombiano ha demostrado que el papel económico que desempeña es vital para la prosperidad de los demás segmentos de producción de bienes y servicios donde la movilización de mercancías no solamente constituye una operación fundamental para su cadena de valor empresarial, sino que también conlleva a la necesidad de acudir a porteadores organizados que satisfagan los requerimientos de sus clientes finales, incentivando un clima competitivo que apela al ingenio de los transportadores para brindar mejores condiciones, garantías y mecanismos en la prestación de su servicio, acordes con las exigencias de los generadores de carga. No obstante, esta contienda puede decidirse por fallas del mercado o conductas malintencionadas que afecten los beneficios derivados de la sana pugna entre las firmas transportistas por alcanzar la preferencia de sus consumidores, aumentando la calidad de su proceso productivo para reducir sus costos y ofrecer precios más atractivos que sus rivales; siendo imprescindible, para la preservación de dichas eficiencias, la intervención del Estado mediante pautas que rijan la actividad sectorial en particular y la libre competencia en general.

En ese sentido, el surgimiento del derecho de la competencia como aquella rama del saber jurídico que, en romance con las pretensiones económicas de la sociedad, ordena y protege la libre y leal entrada de las empresas al mercado y la libre escogencia del consumidor, ha tenido un amplio desarrollo normativo en nuestro país, gracias a la naciente labor legislativa que ha procurado impactar los distintos campos de la economía nacional, donde la existencia de prácticas

comerciales que falsean la competencia motivó por varias décadas el estancamiento tecnológico, la creación de barreras de acceso al mercado, la despreocupación por los intereses del consumidor, la escasa variedad de productos, servicios y bienes sustitutos, y la existencia de conductas con fines concurrenciales faltas de lealtad o buena fe.

Esta problemática no ha sido ajena al transporte de carga por carretera, cuya dinámica organizacional armoniza con las finalidades perseguidas por la regulación en mención, toda vez que a escala microeconómica reúne un número plural de oferentes dispuestos a atender la demanda de los generadores de carga en cuanto a rutas y tipos de carga a transportar; al tiempo que, tratándose de un sector de gran importancia macroeconómica, la efectiva competencia que en él se suscita produce ventajas esenciales en el desplazamiento de bienes y mercancías dentro y fuera del país.

Por consiguiente, resulta sumamente acertado emprender una ajuiciada reflexión en torno al alcance y la aplicación que algunas normas como la Ley 256 de 1996, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, han tenido en el transporte terrestre de carga, aduciéndose que los asuntos relativos a esta actividad económica tienen gran relevancia social, pues al determinarse cuáles prácticas restrictivas, integraciones empresariales y actos desleales falsean la competencia en este sector, podrán establecerse rigurosas condiciones a la prestación del servicio, permitiendo que se pueda ofrecer una variada gama de alternativas que atraigan innovación a menores costos, favoreciendo el desenvolvimiento de otros mercados conexos o usuarios del transporte y promoviendo la labor que desarrollan los porteadores al corregir las eventuales distorsiones que pueden

ocasionar las conductas antes señaladas, o prevenir posibles concentraciones de poder e información que desequilibren el libre juego de la oferta y la demanda. Sin embargo, debemos advertir que hasta la presente fecha, esta exigente labor no ha sido encarada en profundidad por la Autoridad de Nacional de Competencia pese a la existencia someras investigaciones administrativas y esporádicos debates jurisdiccionales que ha tenido en su conocimiento, ni por los doctrinantes del Derecho de la Competencia que han destinado extensos estudios a otros sectores económicos sin adentrarse en el segmento aquí propuesto.

En consideración a lo anterior, la disertación que emprenderemos a lo largo de los siguientes capítulos se revestirá de una metodología peculiar que, si bien ha sido abastecida por la observancia de los adelantos reseñados, ciertamente nos exhortará a agotar una serie de pasos autónomos y diferenciados que prevemos indispensables para guiar nuestra investigación por un rumbo ordenado y concluyente, especialmente enfocado en la valoración del impacto jurídico y económico de los preceptos que regulan la competencia en Colombia sobre el sector de transporte terrestre de carga.

Inicialmente, será ineludible adoptar como punto de partida la relación existente entre la economía y el derecho que describiremos en el primer capítulo con el objetivo de contextualizar la verdadera naturaleza de “las normas de protección a la competencia como normas de contenido económico” que, atendiendo los lineamientos constitucionales en materia de libertad de empresa, sirven de instrumentos de intervención del Estado para corregir fallas del mercado a través de dos frentes que conforman el Derecho de la Competencia: el régimen antimonopolio y el régimen de competencia desleal. Por lo tanto, dedicaremos a

cada uno de ellos una sección de nuestro trabajo dónde se ilustrará el aludido “impacto” de sus disposiciones en términos de aplicación y alcance, comparando los criterios o ámbitos de aplicación de las leyes que los consagran con las particularidades del transporte de carga por carretera colombiano (estudio de aplicación); y detallando la recepción e incidencia que tiene la interpretación que les ha conferido la doctrina y la jurisprudencia nacional en la competencia económica de aquel sector, enmarcadas en las condiciones de mercado y la reglamentación especial de la actividad porteadora (estudio de alcance).

Así, bajo el título “las normas de protección a la libre competencia en el transporte terrestre de carga colombiano”, el segundo capítulo de este escrito asumirá el análisis del régimen antimonopolio, realizando un examen previo de la situación actual de competencia en el sector para luego retomar el método trazado, confrontando los ámbitos generales de aplicación de la Ley 1340 de 2009 y exponiendo la repercusión de los preceptos que se adhieren a nuestro ordenamiento jurídico, regulando temas de prácticas restrictivas de competencia, excepciones y exenciones, integraciones empresariales y abogacía de la competencia.

Del mismo modo, el tercer capítulo, denominado “las normas de protección a la leal competencia en el transporte terrestre de carga colombiano”, se ocupará del régimen de competencia desleal, haciendo un paralelo para diferenciarlo en cuanto al bien jurídico que tutela, el interés que en él subyace y el tipo de responsabilidad que de su infracción surge. Además, este acápite rescatará la caracterización hecha del sector para corresponder a los criterios de aplicación de la Ley 256 de 1996 e identificar las conductas constitutivas de competencia

desleal que de forma deshonesta y contraria a la buena fe lesionan la debida concurrencia de las firmas transportistas.

Con todo, se aspira a que los resultados obtenidos del ejercicio académico planteado contribuyan a descifrar el extenso campo de afinidad que tiene el Derecho de la Competencia colombiano con el transporte de carga por carreta, facilitando el reconocimiento de comportamientos propios de esta actividad económica que agreden el mercado y se ajustan a las prohibiciones establecidas por el legislador para amparar la libre y leal competencia, en un lenguaje asequible tanto para el operador jurídico en su labor interpretativa como para el agente del mercado perjudicado por su comisión.

1. LAS NORMAS DE PROTECCIÓN A LA COMPETENCIA COMO NORMAS DE CONTENIDO ECONÓMICO

Antes de adentrarnos en un análisis normativo de las disposiciones legales que existen en nuestro país sobre la protección a la competencia¹, conviene identificar el carácter particular de dichas normas a través de su innegable contenido económico, pues la defensa de la libre y leal entrada al mercado en procura del mayor margen de eficiencia y provecho al consumidor se efectúa exclusivamente bajo la regulación de “supuestos de hecho” enmarcados en el desarrollo de actividades de mercado que impacta la asignación óptima de recursos.

Así las cosas, es imperativo acudir al binomio derecho – economía para contextualizar el escenario donde se gesta el derecho de la competencia y comprender el alcance que sus preceptos legales tienen gracias a su contenido económico, bien sea desde la perspectiva del derecho económico o bajo el constructo elaborado por el análisis económico del derecho.

En todo caso, el alcance antes descrito encuentra, a partir de la Constitución Política de 1991, un merecido sustento al incorporarse dentro de los principios que rigen la vida económica nacional, especialmente la libre iniciativa y la libertad de empresa, como un derecho de todos que implica responsabilidades. Por lo tanto, el atributo que impregna la libre competencia como derecho fundamental es un asunto de forzoso estudio que nos conduce al concepto de “constitución económica”, con el cual se nutre el contenido de las normas analizadas de un objetivo concreto que nos ayudará a avanzar más allá de la relación abstracta entre los saberes jurídicos y económicos para percibir el derecho de la

¹ En adelante, entiéndase que por “normas de protección a la competencia” específicamente nos referimos a aquellas que regulan la realización de prácticas comerciales restrictivas e integraciones empresariales (Ley 155 de 1959, Decreto 2153 de 1992 y Ley 1340 de 2009), junto con la prohibición de actos constitutivos de competencia desleal (Ley 256 de 1996).

competencia dentro de los lineamientos generales que nuestra carta política ha concedido a la empresa y el mercado nacional.

De igual forma, el contenido económico de las leyes que salvaguardan el mercado, facilita un segundo enfoque de estudio que frecuentemente escapa al legista por ser más político que jurídico, ya que parte de considerar aquellas normas como herramientas de intervención del Estado en la economía, demostrando con ello su verdadera particularidad. Esta acepción, resulta de gran utilidad para nuestro trabajo, cuyo objeto hace alusión a la aplicación del derecho de la competencia en el transporte terrestre de carga, pues permite reconocer la función que tienen sus previsiones en la corrección de eventuales fallas de mercado que puedan acontecer en dicho sector. No obstante, asumir este planteamiento exige una profunda revisión de las condiciones de competencia que lo determinan, sin las cuales sería vacuo acudir a la óptica del derecho como instrumento de la economía.

Con todo, habiéndose enunciado los elementos que otorgan a las normas de protección a la competencia un carácter peculiar en razón a su contenido económico, se insiste en la necesidad de abordarlos uno a uno como punto de partida de la presente investigación.

1.1 RELACIÓN DERECHO – ECONOMÍA

El profesor MÁRQUEZ ESCOBAR² ilustra los posibles presupuestos de conjunción entre “derecho y economía” por medio de la *teoría de los conjuntos*³,

² MÁRQUEZ ESCOBAR, Pablo. Introducción a la relación entre el derecho y la economía: Estudios de Análisis Económico del Derecho. En: Colección de ensayos del Centro de Estudios de Derecho y Economía. Bogotá: Javegraf, 2004, p. 35 y ss

³ Herramienta matemática que permite definir conceptos (conjuntos) en razón a los elementos que los conforman y establecer relaciones a partir de la pertenencia de los mismos elementos en diferentes conjuntos.

planteando tres formas asociativas que dependen de la relación que exista entre sus elementos. De esta manera, asimilando el derecho y la economía a dos conjuntos plenamente definidos en cuanto a su extensión, es dable pensar que pueden tener una relación de contención, si la totalidad de los elementos de uno de ellos se encuentran inmersos en el otro conjunto; de intersección, si comparten algunos elementos comunes; o de “conjuntos ajenos”, si no tienen ningún elemento que los enlace, pese a que pertenezcan a un mismo universo de conjuntos. Sin embargo, concluye que esta propuesta teórica no puede blandirse sin aterrizar en la precisión conceptual que ha de delinear los alcances de cada conjunto.

En ese sentido, debe hacerse una aproximación a lo que se entiende por derecho frente a la economía y viceversa, teniendo en cuenta tanto las aserciones más generales como las más concretas que se hayan elaborado en torno a sus significados.

1.1.1 El derecho como institución y como ciencia

La definición más unánime que se ha dado a la palabra derecho, en su sentido objetivo, se refiere a su labor como institución reguladora de la conducta, el derecho como conjunto de normas que hace posible la coexistencia social⁴. Vale la pena observar cómo, a lo largo de la historia, este significado se ha mantenido invariable, al menos en su esencia, pese a haber sido revaluado por los distintos criterios y posiciones filosóficas que han edificado al derecho.

A la luz del enfoque individualista, el tratadista Ahrens ha ideado el derecho como: *“El conjunto de condiciones dependientes de la voluntad y que son necesarias para poder realizarse todos los bienes individuales y comunes que integran el*

⁴ VESCOVI, Enrique. Introducción al derecho. 22 ed. Montevideo: B de F., 2011, p. 5.

*destino del hombre y de la sociedad*⁵. Aserto que se encuentra alineado con lo expuesto por el filósofo Giner de los Ríos, para quien el derecho no es más que “*El sistema de los actos o prestaciones en que ha de contribuir cada ser racional en cuanto de él depende, a que su destino y el destino de todos se efectúe en el mundo*”⁶.

Por otra parte, el enfoque sociológico del derecho no se aparta de la definición en comento; dentro de sus teóricos, Duguit contempla al derecho como: “*La regla de conducta impuesta a los individuos que viven en sociedad, regla cuyo respeto se considera, por una sociedad y en un momento dado, como la garantía del interés común, cuya violación produce contra el autor de dicha violación una reacción colectiva*”⁷; al tiempo que La Fur, lo concibe como: “*Una regla de vida social, que la autoridad competente impone en vista de la utilidad general o del bien común del grupo, y en principio provista de sanciones para asegurar su efectividad*”⁸.

Así mismo, la noción de derecho como institución puede también anteponerse a las diferencias suscitadas entre las posturas iusnaturalistas y iuspositivistas alrededor de la idea inmanente de lo que deben ser las normas rectoras de la conducta humana basada en el principio de justicia. Por lo que, tanto el derecho natural que supone la existencia de un conjunto de normas justas e inmutables, reguladoras de la conducta humana; como el derecho positivo, que se refiere a un cuerpo normativo eficaz⁹, son criterios que se acoplan a nuestro concepto¹⁰.

⁵ OSSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Guatemala: Datascan. Disponible en: <<http://derecho.upla.edu.pe/pdf/diccionariosorio.pdf>> [Consultado, 06 de Diciembre de 2013].

⁶ *Ibíd.*

⁷ *Ibíd.*

⁸ *Ibíd.*

⁹ ROCHA, Cesáreo. Manual de introducción al derecho. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario, 2006, p. 52

¹⁰ Lo expuesto se debe a que las corrientes del iuspositivismo y el iusnaturalismo no profundizan tanto en su concepción del derecho, como si lo hacen en relación a los principios de justicia y validez que impregnan las normas jurídicas; distinciones que, pese a tener un gran valor filosófico, rebosan las verdaderas intenciones de este escrito.

No obstante lo anterior, es pertinente resaltar el gran aporte del iuspositivismo, manifestado en la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, en la construcción de un nuevo significado para el derecho que trasciende su concepción como “institución normativa” y lo posiciona en el plano de una verdadera “ciencia”, un saber jurídico autónomo, enmarcado estrictamente en el estudio de las normas y de las consecuencias que acarrearán su trasgresión¹¹. Esta definición no puede ser obviada en nuestra investigación ya que reviste aquel término de las características propias de un saber científico: un objeto o realidad estudiada (normas vigentes); un método exclusivo (lógico - deductivo o de análisis lógico - sistemático); y un sustento o contexto (teoría del derecho).¹²

Por lo tanto, para el presente ejercicio académico, debemos considerar que el derecho también puede ser entendido como un conocimiento fundamentado y metódicamente organizado que tiene un objeto de estudio limitado a la interpretación, integración y sistematización de un ordenamiento jurídico determinado¹³.

1.1.2 La economía como sistema y como ciencia

Existe una ambigüedad en el uso de la palabra “economía” que tiene su génesis en la determinación o indeterminación del Artículo gramatical (femenino - singular) que le anteceda, pues no es lo mismo referirse a “la economía” que a “una economía”. Este dimorfismo conceptual es aclarado por los profesores KRUGMAN

¹¹ VESCOVI, Enrique. Op. Cit., p. 6

¹² MUÑOZ ROCHA, Carlos. La Ciencia del Derecho. En: Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. 1990 – 1991, no. 20, p 638 - 639. ISSN 1405-0935. Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/pública/librev/rev/jurid/cont/20/pr/pr31.pdf>> [Consultado, 06 de Diciembre de 2013].

¹³ TORRE, Abelardo. Introducción al derecho. 14 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003, p 55.

Y WELLS¹⁴ quienes precisan: “una economía es un sistema que coordina las actividades productivas de una sociedad”, mientras “la economía es el estudio de las economías tanto de los individuos como de la sociedad en conjunto”.

De esta forma, podemos abordar una primera acepción de la palabra economía, pensada como el sistema que conforman una serie de elementos interrelacionados: actividades económicas (producción, distribución y consumo), factores de producción (tierra, trabajo y capital), elementos para consumo (bienes o servicios), y unidades de producción – consumo. Aunque esta estimación progresivamente se ha disuelto en la interpretación que de los mentados elementos han realizado los diversas formas de sistemas económicos (economías de mercado, planificadas y mixtas).

Por el contrario, el vocablo “economía” posee un alcance más vasto y elaborado si se toma, en su segundo sentido, como una ciencia social cuyo objeto de estudio es el ser humano y su interacción con la sociedad, analizado desde el problema de la escasez¹⁵. Bajo esta noción pueden interpretarse las ideas de los economistas clásicos, entre los que se destacan Adam Smith, que define la economía como una investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones; y J. Stuart Mill, quien la considera una ciencia encargada del estudio de la riqueza y leyes de su producción y distribución, ante la escasez¹⁶.

¹⁴ KRUGMAN, Paul y WELLS, Robin. Introducción a la Economía: Microeconomía. Traducido por Jesús Ruiz Andújar. Barcelona: Revertè, 2007, p 2.

¹⁵ En la misma dirección, SAMUELSON y NORDHAUS afirman: “Economía es el estudio de cómo las sociedades utilizan recursos escasos para producir bienes valiosos y distribuirlos entre diferentes personas. Tras esta definición se esconden dos ideas clave de la economía: los bienes son escasos y la sociedad debe utilizar sus recursos con eficiencia. De hecho, la economía es una disciplina importante debido a la escasez y al deseo de ser eficientes. (...) Ante los deseos ilimitados, es importante que una economía haga el mejor uso de sus recursos limitados. (SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William. Economía. Traducido por María Guadalupe Cevallos Almada, Virgilio Hernández y otros. 18 ed. Bogotá D.C.: McGraw-Hill, 2006, p.4)

¹⁶ Estas acotaciones se soportan en las principales obras de los citados autores, respectivamente: la Investigación sobre la naturaleza y causas de La riqueza de las naciones (1776); y Principios de Economía Política (1848).

Igualmente, caben dentro de nuestro concepto, las amplias definiciones contemporáneas que se han nutrido de la escuela austríaca de economía para apreciar este saber bajo el enfoque de la decisión o elección humana en situaciones de necesidad y escasez, dentro de las cuales puede mencionarse la propuesta del economista británico Lionel Charles Robbins, quien entiende la economía como la ciencia que estudia la conducta humana a partir de una relación entre fines y medios limitados que tienen usos alternativos¹⁷.

Es del caso manifestar que, para el análisis comparativo que a continuación se formula, ambas concepciones de la palabra economía serán empleadas en la medida en que sus diversos significados representan variables importantes que se han de valorar frente a su relación con el derecho.

1.1.3 Presupuestos de correlación

Siguiendo la metodología de la teoría de los conjuntos, una vez comprendida la extensión de los elementos a relacionar (derecho – ciencia, derecho – institución, economía – ciencia, economía – sistema), podemos evaluar las formas asociativas de contención e intersección que se presentan entre ellos y dan muestra de algún tipo de conjunción.

En primer lugar, examinaremos la contención que existe entre la ciencia jurídica y la ciencia económica, descrita por el profesor peruano ANIBAL SIERRALTA RÍOS¹⁸, en términos de relaciones de integración y de causalidad.

¹⁷ Idea que se encuentra plasmada en su Ensayo sobre la Naturaleza y la Significación de la Ciencia Económica (1932), donde ilustra la esencia de la Escuela Austríaca como corriente del pensamiento económico que se contraponen a la tesis marxista y a los economistas clásicos, postulando un nuevo enfoque metodológico para analizar la acción humana aplicando axiomas lógicos y psicológicos.

¹⁸ SIERRALTA RÍOS, Aníbal. Introducción a la Juseconomía. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, p.10 y ss.

El autor afirma que, para analizar el vínculo entre éstos dos saberes, puede acudir a una tesis denominada “relaciones de integración”, la cual asevera que la vida social es la mezcla de una parte substancial (economía) y de una parte formal (derecho); posición que identifica con el pensamiento del jurista Rudolf Stammler, para quien toda estructura económica implica la necesidad de normas que regulen la vida social, haciendo posible su existencia.

De otra parte, SIERRALTA RIOS plantea la formulación de “relaciones de causalidad”, con base en la doctrina marxista que observa al hecho económico como evento inicial del cual derivan los demás y por tanto, plantea que la economía es la causa de todo y el derecho es uno de sus efectos. Aunque aprecia que esta posición ha sido reinterpretada por Friedrich Engels, quien supera la afiliación del derecho como simple reflejo del sistema económico y lo entiende como un dominio nuevo que, pese a su dependencia general respecto de la producción y el comercio, puede actuar sobre la base económica, modificándola en cierta forma.

Análogamente, el citado autor ubica dentro de la relación causalista, aquellas teorías liberales que, en contraposición a la marxista, asemejan la economía política con una rama de la jurisprudencia que se encuentra en íntima unión con el derecho. Tesis cimentada en las ideas del economista Richard Theodore Ely que exaltan la presencia constante de aspectos legales en las elecciones económicas, debido a que éstas no solamente conducen a actos jurídicos sino que también originan conflictos de intereses llamados a resolverse por medio del derecho.

Ahora bien, para analizar las posibilidades de intersección entre los conjuntos ya definidos, conviene retomar el trabajo del investigador MÁRQUEZ ESCOBAR¹⁹,

¹⁹ MÁRQUEZ ESCOBAR, Pablo . Op. Cit., p. 34 y ss.

quien distingue tres variables de correlación²⁰ en las que sobresalen distintos puntos de confluencia.

Inicialmente, confronta la noción científica de la economía con el concepto de derecho – institución, estableciendo una relación entre las leyes que rigen la acción humana en la toma de decisiones y el conjunto de normas que conforman el derecho, donde el análisis económico del derecho constituye un lugar de encuentro que proyecta el empleo de categorías económicas en la creación de las distintas teorías que gravitan en torno al derecho como institución.

Acto seguido, compara la economía como sistema (aunque el autor le denomina “institución”) con el derecho como conglomerado normativo y menciona brevemente que el cruce de éstos conjuntos facilita las distintas correlaciones entre el mercado, como espacio temporal donde se articulan los elementos propios de un sistema económico, y las normas que lo rigen.

Por último, encara la relación entre el derecho como ciencia y la economía como sistema, especificándola como el estudio de la acción del hombre que se desarrolla en un mercado, el cual solamente puede ser efectuado por el derecho económico, saber encargado de aquellas normas que regulan la actividad económica.

En conclusión, la relación Derecho - Economía, nos permite ahondar en los conceptos de “derecho económico” y “análisis económico del derecho”, que rescatamos de las formas asociativas antes descritas, dada su utilidad para el estudio del impacto de las normas de competencia en el transporte terrestre de carga; pues el primero de ellos instituye su naturaleza y alcance como normas de contenido económico; mientras que el segundo las dota de una racionalidad o intención económica provechosa para determinar su aplicación en un sector

²⁰ Debe comentarse que en su trabajo también contempla la relación de la ciencia jurídica y la ciencia económica como una relación de contenencia abordada por el análisis económico de la teoría jurídica que incorpora el derecho en la economía, sosteniendo que el desarrollo normativo es una expresión de la acción humana.

específico. En ese sentido, podemos corroborar que el derecho de la competencia es *“un derecho de síntesis en que el derecho económico aporta normas de orden público económico válidas y que deben aplicarse territorial o extraterritorialmente, mientras el análisis económico del derecho aporta parámetros de medición de eficiencia de las normas que regulan conductas empresariales específicas (competitivas o anticompetitivas) en función de objetivos de beneficio empresarial, de consumidores e interés público general”*²¹. Por lo que resulta necesario discurrir en algunas líneas sobre las peculiaridades de éstos dos puntos de encuentro entre el derecho y la economía para entender su aporte al diseño e interpretación de las normas de competencia.

1.1.4 El Derecho Económico

El derecho económico puede ser entendido como el conjunto de normas que organizan la economía, asignándole una serie de garantías y obligaciones a las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que participan en ella produciendo, distribuyendo, comercializando e incluso consumiendo bienes y servicios; y confiriéndole al Estado el poder de dirección necesario para armonizar los intereses privados de éstos agentes con el interés general que existe en el desarrollo nacional y la protección de algunos sectores débiles de la sociedad.

En ese escenario, se conforma de normas de contenido económico que nacen a la vida jurídica dependiendo del modelo o sistema económico en donde se gesten, debido a que no solamente se encuentran determinadas por los principios materiales y formales que en materia económica consagra una constitución, sino también por las necesidades reales e institucionales de la vida económica nacional que exigen orientar la autorregulación e intersubjetividad de los agentes del

²¹ WITKER, Jorge. Derecho de la competencia en América: Canadá, Chile, Estados Unidos y México. Santiago de Chile: Editorial Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 47.

mercado al momento de determinar qué, cómo y para quién producir. Acogiendo éstos parámetros, el investigador JORGE WITKER²², destaca como características propias del derecho económico, las siguientes:

Es un derecho instrumental que sirve a la elaboración y ejecución de políticas económicas, correspondientes a las metas de progreso que el Estado considere democráticamente convenientes. En consecuencia, es de carácter finalista ya que persigue objetivos macro-jurídicos que apuntan al equilibrio económico y a una mejor asignación de recursos, preservando los intereses económicos de sectores débiles ante los fines de lucro perseguidos por los agentes distribuidores y comerciantes. En esta misma línea, el derecho económico es de corte humanista toda vez que se funda en principios de dignidad, igualdad y solidaridad para alcanzar el progreso individual y colectivo en condiciones sociales y políticas potencialmente equitativas para cualquier participante del proceso económico.

Sumado a lo anterior, es un derecho dinámico que busca transformar la sociedad, ajustándose a los cambios y variantes del sistema económico. Ello se debe a que si bien su fuente generadora es la constitución nacional, su desarrollo formal y práctico pertenece en mayor razón a las facultades reglamentarias del ejecutivo que a la regulación normativa; lo que permite al Estado acentuar más su intervención participativa o sustitutiva, en relación con los objetivos trazados.

Por último, el derecho económico se caracteriza por su complejidad y especialidad. Es complejo en la medida en que no se distingue fácilmente de otros contenidos normativos como el derecho mercantil o el administrativo; no puede encuadrarse satisfactoriamente en la clasificación derecho público – derecho privado, dado que son normas preservadoras del orden público que al mismo tiempo establecen garantías y obligaciones de carácter empresarial y societario; ni tampoco podría distinguirse como una rama del derecho encargada de la óptima asignación de recursos, si se piensa en el derecho como un todo económico que

²² WITKER, Jorge. Derecho Económico. México: Harla S.A, 1985, p. 38 – 39.

persigue aquel fin. Esta complejidad repercute en las normas de protección de la competencia, despertando un debate en torno a su naturaleza que, en el presente trabajo para efectos metodológicos, podemos zanjar si advertimos que su objeto de regulación es la actividad económica; objeto que no está presente en otras normas, cuya racionalidad económica sólo puede ser vista a través del análisis económico del derecho, sin que ello implique catalogarlas como disposiciones de contenido económico. Siguiendo este criterio, se comprende su especialidad en un sentido no jurídico sino económico, revelando su utilidad como instrumento de intervención del Estado, que facilita su labor como rector de la economía y responde a las políticas que éste esboce para el crecimiento de los mercados nacionales.²³

1.1.5 Análisis Económico del Derecho

La aplicación de conceptos económicos en el estudio de las leyes e instituciones jurídicas ha sido un asunto de histórico interés para la investigación de economistas, abogados e incluso gobernantes. Sin embargo, la consolidación de una corriente dedicada al análisis económico del derecho, propiamente dicho, se debe situar en las décadas de los cincuenta y sesenta, bajo la creación del *Journal of Law and Economics*²⁴, que sirvió de espacio académico para el surgimiento de publicaciones que, en principio, observaron el comportamiento de las empresas reguladas y la política económica de la legislación (dedicándose especialmente a la legislación *antitrust*); pero luego, ampliaron los límites de su trabajo, aplicando

²³ Para una mayor profundidad sobre este tema, véase: PALACIOS LLERAS, Andrés. El Derecho de la competencia: ¿Derecho privado, Derecho público, regulación o Derecho económico?. En: Revista digital de derecho administrativo. Primer semestre de 2013. No 9, pp. 85-100. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=Deradm&page=article&op=view&path%5B%5D=3496&path%5B%5D=3384>> [Consultado, 09 de Enero de 2014].

²⁴ Revista académica de Derecho y Economía de la Universidad de Chicago, fundada por Aaron Director en 1958.

herramientas económicas a otras áreas y figuras jurídicas que no necesariamente norman los mercados²⁵, como cuestiones de contratos y tipos penales.

Así, se consagra el análisis económico del derecho en dos vías: por una parte, el examen de la formación, estructura y efectos de las disposiciones legales o contenidos del derecho a través del instrumental metodológico de la ciencia económica, junto con las herramientas econométricas; y de otro lado, el estudio de la relación entre los fenómenos económicos y el sistema jurídico²⁶, siendo el principal fin de éste, explicar el impacto de las leyes para determinar si con ellas se alcanzan objetivos deseables que dan muestra de su eficiencia social y llevan al mercado a una situación de máximo bienestar que, en términos económicos, puede identificarse con el “Óptimo de Pareto”²⁷

Para cumplir los fines señalados, el análisis económico del derecho responde a una metodología que se destaca por contemplar las normas como restricciones y recompensas que interactúan con los individuos y su idea de maximizar sus intereses económicos, afectando su comportamiento para evitar los costos de las leyes y obtener beneficios. Esta prospección de los efectos de las normas en la sociedad considera tanto los efectos totales como los marginales; atiende la

²⁵ Como gran aporte para esta tarea es de recibo resaltar el trabajo de Ronald Coase que incursionó en otras líneas del derecho al postular en su obra “El problema del Costo Social” un rechazo al intervencionismo estatal presente en los fallos judiciales, cuando la asignación más eficiente de recursos puede provenir de la transacción de las partes. Así, el denominado “Teorema de Coase” sostiene: “*En la medida en que los costos de transacción sean bajos o inexistentes, y que los derechos de propiedad establecidos en los fallos judiciales no permitan una solución económica suficiente, se producirá necesariamente una reasignación de estos derechos hacia aquellos que los valoran más, aunque los tribunales fallen en contra de éstos*” (COASE, Ronald. “The problema of social cost”. En: Journal of Law and Economics, Vol. 3 (Oct., 1960); pp. 1-44. Traducción propia. Disponible en: <<http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>> [Consultado, 02 de Septiembre de 2013])

²⁶ ARJONA, Ana y RUBIO, Mauricio. El Análisis Económico del derecho. En: Revista Jurídica Precedente, Anuario Jurídico Facultad de derecho y ciencias sociales, Universidad ICESI. 2002, p 117-150. ISSN 1657-6535. Disponible en: <<https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2002/5AnaArjonaMauricioRubio.pdf>> [Consultado, 15 de Enero de 2014].

²⁷ Noción planteada por el economista Vilfredo Pareto, para quien dada una determinada distribución de la renta y la riqueza, el funcionamiento competitivo del mercado produce una situación de máximo bienestar, donde no es posible reorganizar la asignación de recursos para incrementar el bienestar de una o más personas, sin perjudicar a las restantes.

respuesta individual frente a la norma, como la colectiva en razón a los incentivos que generen las disposiciones jurídicas; y se apoya en la revisión de casos y en el derecho comparado como instrumentos para entender la repercusión social que puede alcanzar un precepto normativo bajo otras condiciones²⁸.

Es adecuado mencionar que el análisis económico del derecho se caracteriza por su estilo de generalización y rigorismo, empleando patrones de comportamiento vinculados a los diferentes tipos de incentivos que moldean la conducta humana para extender con mayor detalle el análisis de la ley, reconociendo nuevos elementos en los conceptos jurídicos que serían imposibles de prever sin el criterio económico. En consecuencia, el uso de técnicas econométricas es un elemento peculiar e invaluable para definir la eficiencia de una institución o una intervención, aplicando conocimientos de microeconomía, matemáticas, estadística, estudio de sistemas y operaciones.²⁹

Finalmente, se reitera la importancia de esta corriente para confrontar el impacto de las normas de competencia en un sector económico ya que permite extraer complejas reflexiones sobre la adopción de políticas de regulación y la eficiencia que éstas representen, bien sea para conservar un óptimo de Pareto, o mitigar los objetivos económicos particulares de maximización de riqueza y ceñirlos al socialmente deseado. Al tiempo que esta breve introducción a lo que resulta ser el análisis económico del derecho nos permite justificar el uso de términos, métodos, herramientas y postulados de la ciencia económica, en el estudio del impacto normativo que en el presente texto se emprende, especialmente en lo que atañe a la instrumentalización del derecho de la competencia como forma de intervención estatal.

²⁸ ROEMER, Andrés. Introducción al análisis económico del derecho. México: Fondo de cultura económica, 1994, p. 16 – 19.

²⁹ *Ibidem* p. 23.

1.2 LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y LA LIBRE COMPETENCIA:

1.2.1 Concepto de constitución económica:

Ubicar las normas de protección a la competencia como disposiciones de contenido económico, hace ineludible abarcar en nuestro estudio el concepto de “constitución económica” toda vez que sirve de marco jurídico superior y fundamental para el desarrollo de preceptos legales que regulen aspectos propios de la estructura y el funcionamiento de la actividad económica nacional, dentro de los que se encuentra la libre competencia y la libre empresa.

La constitución económica surge como un subsistema constitucional que consagra las normas fundamentales que rigen la ordenación de la actividad económica, estableciendo los instrumentos que autorizan la intervención del Estado en la economía e imponiéndole límites a aquella intromisión por medio de la estipulación y protección de derechos económicos en cabeza de los particulares³⁰.

Cabe señalar que la expresión “subsistema” no busca aislar la constitución económica de los demás contenidos de nuestra carta política; por el contrario, debe tenerse de presente que la validez o invalidez de cualquier norma de contenido económico no radica en la simple observancia de su acápite económico, sino en su armonía con la integridad del texto constitucional que se erige como “norma de normas”. Ello, en razón a que se ha conferido un amplio margen de configuración legislativa para la regulación de relaciones económicas que no puede servir de pretexto para la vulneración de derechos fundamentales u otros mandatos superiores.

Como corolario de esta precisión, se entiende que el análisis de constitucionalidad propio de las leyes que desarrollan una libertad económica se funda en un criterio

³⁰ CORREA, Magdalena. Libertad de empresa en el Estado social de derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 82.

de inconstitucionalidad manifiesta, respecto del cual la Corte Constitucional ha pontificado:

*“El juez constitucional debe actuar de manera prudente al analizar la legitimidad constitucional de una determinada regulación de las libertades económicas, por cuanto la Constitución consagra la dirección de la economía por el Estado. El juez constitucional deberá entonces respetar en general las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política. La Corte considera que en esta materia se impone el llamado criterio de la inconstitucionalidad manifiesta, por lo cual, sólo si de manera directa la norma vulnera derechos fundamentales, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, deberá el juez declarar la inconstitucionalidad de la norma.”*³¹

Además, es prudente advertir que el termino “constitución económica” genera un amplio debate sobre la neutralidad económica de nuestra carta política, que ha sido contemplada por algunos autores³², entre los que se encuentran UPRIMNY y RODRIGUEZ, como una constitución abierta, normativa y valorativa de constitucionalismo social que no sólo reconoce derechos sociales, sino que también admite políticas económicas muy diversas para su verdadero ejercicio³³. Aunque en la realidad, la alta influencia de la economía de mercado pone en

³¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-265/1994. 02 de junio de 1994. Magistrado Ponente: DR. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

³² En la misma línea de pensamiento, el ex magistrado Ciro Angarita Barón, afirma: “*es cierto que la Carta crea un marco general de regulación económica, pero mal podría un texto -que pregona como fundamental el principio de la democracia-, constitucionalizar un modelo económico restringido, rígido, inamovible, que tuviera como efecto legitimar exclusivamente una ideología o partido y vetar todas aquellas que fueren contrarias*”. (ANGARITA, Ciro. La libertad económica en la jurisprudencia de la corte constitucional: aproximación fugaz. En: VELILLA, Marco. Constitución Económica Colombiana. Bogotá: El navegante editores, 1997, p. 165-182)

³³ UPRIMMY, Rodrigo y RODRIGUEZ, Cesar. Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho. Bogotá: Dejusticia, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2005. Disponible en: <http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=derechos_sociale&publicacion=178> [Consultado, 14 de Enero de 2014]

entredicho la mentada imparcialidad de nuestra constitución frente a la adopción de un modelo de Estado, a tal punto que la Corte Constitucional recientemente ha declarado:

“El modelo de Estado adoptado por la Constitución de 1991 no tiene un contenido neutro en lo que respecta al ámbito económico. En contrario, prevé normas superiores expresas fundadas en dos pilares que explican la relación entre el poder estatal y el mercado: (i) la protección de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, garantías que carecen de carácter absoluto, puesto que su ejercicio debe acompañarse con la función social de la empresa, el interés social, la necesidad de contar con un mercado competitivo, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (Art. 333); y (ii) la adscripción de competencias a las autoridades del Estado, basadas en su condición de director general de la economía (Art. 334 C.P.), y establecidas para garantizar el goce efectivo de las mencionadas libertades, el cumplimiento de los límites que le son propios, junto con las demás finalidades de la intervención que ha previsto el Constituyente, como son el uso adecuado de los recursos naturales y del suelo; la producción, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados; la racionalización de 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; el logro del pleno empleo de los recursos humanos; el aseguramiento a todas las personas y, en especial a las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos; y, por último, la promoción de la productividad, la competitividad y el desarrollo económico.”³⁴

En consecuencia, es evidente que el Estado colombiano no ha sido ideado para corresponder los modelos económicos de planificación centralizada, donde el

³⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228/2010. 24 de marzo de 2010. Magistrado Ponente: DR. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Estado ordena y dirige la producción de bienes y servicios, ni al modelo del liberalismo económico clásico que libra al mercado su propia regulación evitando cualquier tipo de intervención proteccionista. En contraste, nuestra constitución, al introducir el Estado Social de Derecho, crea las bases necesarias para la existencia de un modelo propio de economía social de mercado que, si bien exalta la empresa e iniciativa privada como motores de la economía, no descuida por ello otros fines valiosos para el interés general que exigen la imposición de ciertos límites razonables y proporcionales a las libertades económicas.

A este respecto, debe mencionarse que el modelo de economía social de mercado, actúa en dos vías:

En principio, defiende las libertades económicas, entendidas como facultades que tienen todas las personas para realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio, siguiendo lo preceptuado por el Artículo 333 de nuestra norma suprema:

“ARTÍCULO 333: 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. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. 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.”

Al tiempo que busca conciliar dichas libertades con el interés general en el buen funcionamiento de los mercados y el desarrollo, interviniendo en la economía bajo el amparo del Artículo 334 constitucional:

“ARTÍCULO 334: La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, 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. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones (...).”

En síntesis, la óptima comprensión del modelo económico que orienta nuestra constitución, nos exhorta a hacer una breve mención de sus pilares (libre empresa y libre competencia económica), acorde con las distintas consideraciones que ha realizado la Corte Constitucional en relación con sus alcances y límites.

1.2.2 Libertad de empresa

El tratamiento constitucional de la libertad de empresa, nos lleva a definirla como la garantía que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo en la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a los esquemas de organización del mundo económico contemporáneo en procura de obtener un beneficio o ganancia.³⁵

Esta garantía no se considera un derecho fundamental ya que nuestra Corte Constitucional estima que las libertades de carácter económico no son absolutas sino que deben responder a la dirección que el Estado les provea en desarrollo de la función social de la empresa.³⁶ Por consiguiente, el órgano legislativo puede normar el ejercicio de la libertad de empresa, determinando su alcance y fijando límites que se consideran constitucionalmente válidos si superan la aplicación de un test débil de proporcionalidad, en el que basta con valorar si la restricción posee una finalidad que no se encuentre prohibida por el ordenamiento constitucional; si es potencialmente adecuada para cumplir el fin propuesto; si hay proporcionalidad en esa relación (que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada); y si se vulnera el núcleo esencial de la libertad económica con la cortapisa legal³⁷.

En ese sentido, al momento de concebir normas restrictivas de esta libertad económica, el legislador ha de tener en cuenta el tipo de actividad que desarrollan las empresas a las que va dirigida la regulación, su estructura organizativa, el

³⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-524/1995. 16 de noviembre de 1995. Magistrado Ponente: DR. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

³⁶ No obstante, en sentencia SU-157 de 1999, nuestra Alta Corte juzgo que “*es viable predicar la ius fundamentalidad de estos derechos cuando se encuentren en conexidad con un derecho fundamental, esto es, cuando su ejercicio sea el instrumento para hacer efectivo un derecho fundamental.*” (COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-157/1999. 10 de marzo de 1999. Magistrado Ponente: DR. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO).

³⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-624/1998. 04 de noviembre de 1998. Magistrado Ponente: DR. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

mercado al que pertenecen, el bien o servicio que producen, distribuyen o comercializan y la importancia de su resultado económico, entre otros³⁸. Acto seguido, le corresponde proyectar la finalidad de la medida y la idoneidad del medio elegido para efectuarla, en términos de proporcionalidad y razonabilidad. Por último, debe tener de presente los contenidos de la libre empresa, frente a los cuales la Corte Constitucional ha puntualizado:

*“La definición de cuál es el “núcleo esencial” de las libertades económicas no es una tarea sencilla; en materia de libertad de empresa, entre otros contenidos, se pueden mencionar los siguientes: (i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; (iv) el derecho a la libre iniciativa privada; (v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable”.*³⁹

En suma, la libertad de empresa es una garantía que se reconoce a los agentes del mercado, no como derecho individual aislado sino en función del interés público que existe en el buen funcionamiento de la economía, por ello es pasible de restricciones siempre que con ellas no se violen sus contenidos básicos.

Dentro de las limitaciones que se han establecido en cumplimiento de esta prerrogativa, sobresalen: aquellas que buscan salvaguardar el orden público, la seguridad, salubridad e higiene públicas; las que ponen en cabeza del Estado la inspección, control y vigilancia de ciertos asuntos empresariales; las normas sobre

³⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-992/2006. 29 de noviembre de 2006. Magistrado Ponente: DR. ALVARO TAFUR GALVIS.

³⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-263/2011. 06 de abril de 2011. Magistrado Ponente: DR. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

el uso correcto de la información en la comercialización de los productos; las regulaciones que pretenden estabilizar sectores económicos; y las que, para garantizar la buena prestación de un servicio público, exigen ciertas autorizaciones o la supeditan al cumplimiento de algunos requisitos.⁴⁰

1.2.3 Libre competencia económica

La libre competencia económica, por su parte, ha sido formulada como una facultad constitucional que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, bajo un marco de igualdad de condiciones y en ausencia de barreras de acceso o prácticas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita⁴¹.

En cierto modo, no se trata simplemente de una libertad individual concedida a los competidores en defensa de sus intereses privados, también se funda en la protección del bienestar general que se genera a través de una sana competencia. De ahí que la función del Estado, en relación con esta libertad económica, sea la de corrector de desigualdades sociales que deriven de su ejercicio arbitrario, mediando entre el lucro individual que percibe el empresario gracias a la competencia no falseada y los fines sociales que con ella se obtienen. En otras palabras, la protección a la libre competencia debe promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores y le permita al Estado evitar distorsiones en el sistema económico

⁴⁰ VELILLA, Marco. Reflexiones sobre la constitución económica colombiana. En: VELILLA, Marco. Constitución Económica Colombiana. Bogotá D.C.: El navegante editores, 1997, p. 85 – 122.

⁴¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-992/2006. Op. Cit.

competitivo, amparando tanto el interés privado de los contendientes, como el colectivo de los demandantes y el interés público del Estado⁴².

Con fundamento en lo anterior, la Corte Constitucional ha asociado como contenidos del núcleo esencial de la libre competencia económica:

*“(i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros”.*⁴³

Así, aunado al respeto por éstos contenidos, la intervención estatal en materia de libre competencia ha sido sujeta por la jurisprudencia nacional a los principios de reserva legal, solidaridad, razonabilidad y proporcionalidad⁴⁴. Por lo que el actuar del poder ejecutivo, en cumplimiento de sus potestades de inspección, vigilancia y control, solamente puede efectuarse como concreción administrativa de los instrumentos previamente definidos por el legislador; a quien, en virtud del Artículo 333, compete exclusivamente precisar los elementos básicos de las limitaciones de las libertades económicas y la forma cómo las demás autoridades públicas pueden participar en su regulación⁴⁵.

⁴² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-815/2001. 02 de agosto de 2001. Magistrado Ponente: DR. RODRIGO ESCOBAR GIL.

⁴³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-263/2011. 06 de abril de 2011. Magistrado Ponente: DR. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB.

⁴⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-392/2007. 23 de mayo de 2007. Magistrado Ponente: DR. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

⁴⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-197/2012. 14 de marzo de 2012. Magistrado Ponente: DR. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB.

Por esta razón, los límites que existen en materia de competencia son producto de normas de contenido económico que tienen por objeto defender el libre y leal acceso al mercado junto con la libre escogencia del consumidor y que constituyen el “Derecho de la Competencia”; dentro de las cuales, es pertinente para nuestro estudio diferenciar entre aquellas que conforman el régimen de competencia desleal, dirigidas a condicionar el comportamiento de las empresas para preservar la transparencia, buena fe y lealtad comercial; y aquellas que hacen parte del régimen anti-monopolios, que tienen como propósito prohibir algunas conductas que se consideran anticompetitivas (prácticas comerciales restrictivas), imponer ciertos límites a las concertaciones empresariales (control de integraciones), y asegurar que los proyectos de los organismos regulatorios no afecten injustificadamente la competencia (abogacía de la competencia).

Igualmente, por mandato legal, se radicó en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio la función de autoridad única nacional en materia de competencia, facultándola para realizar investigaciones administrativas y sancionar las infracciones que se cometan en contra de las disposiciones del régimen anti-monopolios⁴⁶; así como para resolver conflictos de competencia desleal en uso de atribuciones jurisdiccionales.

⁴⁶ Ley 1340 de 2009. Artículo 6: “*La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.*”

Parágrafo. Para el cumplimiento de este objetivo las entidades gubernamentales encargadas de la regulación y del control y vigilancia sobre todos los sectores y actividades económicas prestarán el apoyo técnico que les sea requerido por la Superintendencia de Industria y Comercio.” (COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1340. (24, julio, 2009). Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2009).

1.3 EL DERECHO DE LA COMPETENCIA COMO INSTRUMENTO DE INTERVENCIÓN EN LA ECONOMÍA

Aunque en párrafos anteriores hemos descrito cómo el Estado debe intervenir en la economía por medio de normas o políticas de contenido económico y qué límites debe observar en desarrollo de esta labor, todavía no hemos profundizado en las razones por las cuales debe efectuarse aquella intervención en materia de protección a la competencia, ni en los beneficios que la misma reporta. Por lo que el presente título explicará los defectos económicos que ameritan la existencia del derecho a la competencia y el provecho que a través de él se obtiene para generar eficiencias de mercado. De antemano advertimos que finalmente este ejercicio nos invita a tomar una perspectiva más económica que jurídica.

1.3.1 La protección de la competencia dentro las funciones del Estado en materia económica

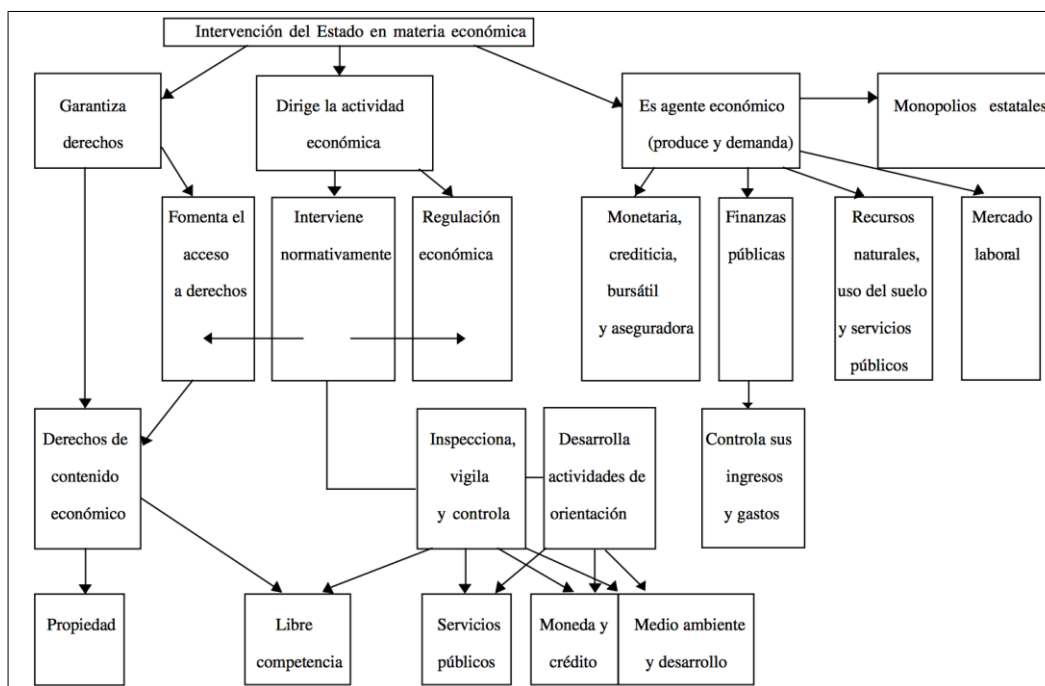
Entender el papel del Estado frente a la actividad económica es de vital envergadura para contextualizar las intenciones que se persiguen al crear normas que protejan la competencia o prohíban conductas que puedan perjudicarla, dotando a la administración del *enforcement* necesario para exigir su cumplimiento. Para éstos efectos, acudiremos las ideas expuestas por los profesores MIRANDA LONDOÑO y MARQUEZ ESCOBAR⁴⁷ sobre los roles del Estado al intervenir en materia económica.

Los autores definen la intervención pública como la participación, intersección o mediación del Estado en las transacciones, directas o indirectas, que los agentes

⁴⁷ MIRANDA, Alfonso y MARQUEZ, Carlos. Intervención pública, regulación administrativa y economía: Elementos para la definición de los objetivos de la regulación. En: Revista Universitas Ciencias Jurídicas. Universidad Pontificia Javeriana. 2004, p 71-117. ISSN 0041-9060. Disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/3Mirandault.pdf> [Consultado, 15 de Enero de 2014].

de un mercado (espacial y temporalmente delimitado) realizan sobre bienes y servicios. Así mismo, distinguen tres “facetas” o funciones por medio de las cuales el Estado lleva a cabo dicha tarea, que ilustran mediante el siguiente esquema:

Figura 1. Funciones del Estado en su actividad de intervención.



Fuente: MIRANDA, Alfonso y MARQUEZ, Carlos. Intervención pública, regulación administrativa y economía: Elementos para la definición de los objetivos de la regulación. En: Revista Universitas Ciencias Jurídicas. Universidad Pontificia Javeriana. 2004, p 71-117. ISSN 0041-9060.

En primer lugar, hacen alusión a la función garantista del Estado, que se gesta en el liberalismo clásico, y restringe la injerencia estatal a la preservación de la seguridad individual y la propiedad. Sin embargo, manifiestan la evolución que ha tenido esta labor, extendiéndose a otros derechos de contenido económico que han surgido en el escenario político como: la libertad de asociación, los derechos

de la información y la protección a la libre competencia. Dentro de esta perspectiva, podemos comentar que el derecho de la competencia cumple una función de garantía, por medio de la cual el Estado interviene en la economía para promover el libre acceso al mercado y la variedad de bienes y servicios.

El segundo papel con el que los profesores MARQUEZ y MIRANDA identifican al Estado, es el de “agente económico”, el cual interpreta al obrar como oferente o demandante de bienes y servicios. Esta función, se contempla a través de la intervención que se realiza en los mercados financiero, bursátil y asegurador, bajo el mandato constitucional contenido en el Artículo 335:

“ARTÍCULO 335: Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del Artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito”.

De igual forma, este cometido estatal, también se evidencia en su intervención como consumidor de mano de obra en los mercados laborales, y como oferente de bienes provenientes de la explotación de monopolios estatales, de algunos recursos naturales, servicios públicos o de bienes de su propiedad.

Respecto a la participación del Estado en la economía como agente de mercado, los autores no vinculan dicha función con la existencia de normas de protección a la competencia. No obstante, consideramos prudente apartarnos de esa posición bajo el entendido de que el Estado, desenvolviéndose o no en condiciones de competencia, tendrá que observar éstas disposiciones toda vez que se encuentra sujeto al ámbito de aplicación del régimen antimonopolio, que se dirige a *“todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese*

*desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica*⁴⁸; y del régimen de competencia desleal, que se destina “*tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado, sin que sea necesaria la presencia de una relación de competencia*”⁴⁹.

Como sustento de nuestra disidencia traemos a colación, a título de ejemplo, el caso particular de la contratación estatal, donde la administración concurre al mercado demandando bienes y servicios que contrata bajo distintas modalidades, dentro de las cuales se destaca la licitación pública ya que promueve la competencia entre los posibles proveedores para adquirir la mejor oferta. Para este escenario de intervención económica, existe una prescripción contenida en el numeral 9 del Artículo 47 del decreto 2153 de 1992 que prohíbe aquellos acuerdos “*que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas*”; en los cuales nada obsta para que (como ha ocurrido en innumerables situaciones) una entidad pública favorezca a un competidor, por medio de un pliego de condiciones o un término de referencia parcializado, debiendo ser sancionada por violar la citada norma que concibe aquella práctica como restrictiva de la competencia.⁵⁰

⁴⁸ “*Adiciónese el Artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 con un segundo inciso del siguiente tenor: Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico.*” (COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Artículo 2. Ley 1340. (24, julio, 2009). Op. Cit.).

⁴⁹ “*Esta Ley se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado. La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal.*” (COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Artículo 3. Ley 256 (15, enero, 1996). Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1996)

⁵⁰ En apoyo a nuestra consideración, véase: ARCHILA, Emilio y PABÓN, Camilo. Colusión en licitaciones y concursos: el caso paradigmático para las entidades públicas. En: Revista Contexto. Bogotá. Núm. 38 (2012); 9-32. ISSN 0123-6458. p. 17

Retomando la clasificación de funciones expuesta por MARQUEZ y MIRANDA, encontramos como tercer papel del Estado, el de “dirigente de la actividad económica” que, según los autores, deviene de la influencia del socialismo de finales del siglo XIX y principios del XX que introdujo la potestad de dirigir y regular la economía mediante su intervención normativa; es decir, a través de restricciones legales a la libertad económica que armonicen con los lineamientos constitucionales y que equilibren las actividades del mercado. Esta labor es desempeñada gracias a la creación de organismos de control, inspección o vigilancia, encargados de velar por el cumplimiento de las normas que limitan la actividad empresarial; y de autoridades administrativas que tienen a su cargo orientar u ordenar los procesos económicos.

En materia de derecho de la competencia, como se ha precisado con antelación, la autoridad estatal encargada de aplicar las normas que protegen el interés general en la libre competencia es la Superintendencia de Industria y Comercio, que por disposición legal ha sido dotada de la facultad para imponer multas a las personas jurídicas que atenten contra el régimen anti-monopolios o se nieguen a acatar las instrucciones, visitas o solicitudes de información que este organismo realice en medio de una investigación, y a las personas naturales que colaboren, faciliten, autoricen, ejecuten o simplemente toleren la realización de aquellas conductas. Así mismo, el legislador ha interferido en la regulación que hacen algunas autoridades estatales en las actividades de distintos sectores económicos, obligándoles a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio de los actos administrativos que puedan incidir en la libre competencia, para que ésta rinda un concepto previo, no vinculante, sobre su impacto y conveniencia⁵¹.

⁵¹ Las atribuciones descritas en este párrafo tienen por fundamento normativo los Artículos 7, 25 y 26 de la Ley 134 de 2009.

1.3.2 Forma en las que el Estado puede regular la libre competencia:

Independientemente del tipo de rol que el Estado asuma frente al derecho de la competencia (garante, regulador o agente de mercado que se ciñe a sus disposiciones), éste puede ejercer su actividad de intervención a través de distintas modalidades que la jurisprudencia ha sintetizado, en términos generales, en la Sentencia C-150 de 2003⁵² y que para el interés de nuestro estudio, aterrizamos particularmente a la intervención en materia de competencia, así:

Conforme a quiénes afecte la injerencia estatal, ésta puede clasificarse en: global, si recae sobre la economía en general, como la expedición de leyes que buscan el libre y leal acceso al mercado; sectorial, cuando regula una actividad económica o un mercado en especial, como la aplicación de excepciones de bloque con las que el Estado autoriza la realización acuerdos anticompetitivos que tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general; y particular, siempre que se dirija exclusivamente a un participante del mercado, como la exigencia de visitas o el requerimiento de información que la Superintendencia de Industria y Comercio puede hacer a una empresa en el desarrollo de una investigación.

En atención a la discrecionalidad de la regulación, la intervención del Estado puede ser: unilateral, cuando el Estado autoriza, prohíbe o reglamenta una actividad económica sin el consentimiento de sus destinatarios, verbigracia, la imposición de multas en virtud al resultado de una investigación por prácticas restrictivas; o convencional, cuando el Estado pacta con los agentes económicos las políticas o programas que propenden por el interés general, como el condicionamiento que hace de una integración empresarial al cumplimiento de unos remedios estructurales o de conducta para conceder su aprobación.

⁵² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150/2003. 25 de febrero de 2003. Magistrado Ponente: DR. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Por otra parte, la intromisión estatal es directa, cuando reglamenta la existencia o la actividad de los agentes económicos; o indirecta, si está orientada no a la actividad económica propiamente dicha sino al resultado de la misma. En todo caso, tratándose de normas sobre protección a la competencia, éstas rigen tanto a quien despliegue una actividad económica como a quienes puedan afectarla. Además, en virtud de la magnitud de la intervención, ésta puede efectuarse por vía directiva, estableciendo reglas para los agentes económicos privados; o por vía de gestión, cuando el Estado se hace cargo él mismo de actividades económicas, constituyendo empresas industriales y comerciales, sociedades de economía mixta o monopolios con los que conserva la prestación de servicios públicos y actividades rentísticas.

Finalmente, de acuerdo con el contenido de los actos de intervención estatal, ésta puede ser: de declaración, si el estado tan sólo exige a partícipes del mercado presentar información con cierta regularidad; de reglamentación, al condicionar la realización de una actividad económica al cumplimiento de unas exigencias; de autorización previa, cuando la ejecución de la actividad se supedita a un acto de la autoridad pública que la faculte; de interdicción, censurando comportamientos económicos que considera indeseables; y de monopolio, siempre que excluya del mercado determinadas actividades económicas, reservándose su desarrollo.

1.3.3 Racionalidad económica de la intervención estatal:

Habiéndose entendido plenamente qué funciones desempeña el Estado cuando interviene la actividad económica en materia de competencia y cómo las puede ejecutar, es tiempo de puntualizar ¿por qué efectúa dicha intervención?; es decir, ¿qué se persigue al regular la libre y leal competencia?.

Para resolver estos interrogantes optaremos por la “teoría de la intervención como consecuencia de las fallas del mercado” que encuentra como causa común de

cualquier tipo de injerencia del Estado en la economía, la existencia de distorsiones o ineficiencias en el funcionamiento del mercado.

De esta forma, la concepción clásica del mercado autorregulado por la “mano invisible”, cede a la necesidad de reformularse para permitir que el derecho juegue un papel fundamental en el restablecimiento del orden económico cuando el amplio poder de un agente, la presencia de externalidades o la existencia de información asimétrica, perturban la eficiencia del mercado, entendida como el funcionamiento óptimo del sistema para que no se desaprovechen oportunidades y puedan ponerse en práctica a bajo coste decisiones políticas que observen el respeto de las libertades individuales y la justicia que, en términos económicos, se ciñe al concepto de Optimo de Pareto, por el que se expresa la mejor asignación posible de bienes⁵³

En primer lugar, el poder de los agentes representa una pérdida de eficiencia cuando alguno o algunos de éstos tienen la capacidad de afectar el mercado, determinando el precio de los bienes o servicios y alterando su producción para derivar los costos marginales que mayor utilidad le reporten. Esta condición de precio – determinante, puede lograrse independientemente de que se encuentren del lado de la oferta (monopolios u oligopolios), o de la demanda (monopsonios y oligopsonios); exigiendo a los poderes públicos tomar medidas como: regular el funcionamiento de aquellos escenarios de competencia imperfecta a través de estándares de precio y calidad, aumentar la competencia mediante leyes antimonopolio, o convertir al monopolio privado en una empresa pública.⁵⁴

Por otra parte, se entiende por externalidad la “*falencia de incluir en el precio de mercado los efectos posteriores y secundarios con respecto a la acción de*

⁵³ HERRERO, Carmen. Racionalidad individual – irracionalidad social: El conflicto Justicia – Eficiencia. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001, p. 59. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837217548924839654435/cuaderno13/doxa13_04.pdf> [Consultado, 02 de septiembre de 2013].

⁵⁴ MOCHÓN, Francisco y BEKER, Víctor. Economía: Principios y Aplicaciones. 4 ed. México: McGraw-Hill, 2008, p. 141.

*producir o consumir*⁵⁵, los cuales pueden ser positivos o negativos para el proceso económico, debiendo ser atendidos por el derecho a partir de soluciones jurídicas y de control como la imposición de normas de responsabilidad que obliguen a asumir los daños ocasionados a la actividad económica de otros agentes; o por medio de la correcta asignación de derechos de propiedad, cuando la eliminación de la externalidad es más gravosa que el costo de transacción entre quienes ostentan los derechos en pugna, siendo el Teorema de Coase una base preponderante para la realización de esta última alternativa.

En cuanto a la información asimétrica, ésta surge como falla del mercado cuando un agente posee mayor conocimiento que otro sobre la calidad y características de los bienes intercambiados o sobre otras condiciones del mercado, por la imposibilidad que los demás tienen de acceder a esa información o por el alto costo que la misma representa, suscitando incertidumbre, riesgo moral e inconvenientes de selección adversa que desincentivan la demanda⁵⁶; correspondiéndole al derecho retornar el equilibrio mediante normas que exijan las garantías necesarias para respaldar las decisiones de quienes se encuentren en posición de desventaja.

En conclusión, a partir de la aprehensión de las nociones económicas antes expuestas, puede justificarse, bajo la teoría del análisis económico del derecho, la existencia de la regulación estatal, dirigida a contrarrestar las fallas del mercado desde su génesis o propender por la consecución del óptimo económico en la asignación de recursos para maximizar el bienestar público; fines que, para el estudio que abordamos, condicionan el alcance de las normas sobre la competencia al señalar un derrotero a seguir en la intervención que por medio de ellas se realiza en el transporte terrestre de carga, una vez conocidas las condiciones particulares de mercado que caracterizan aquel sector económico.

⁵⁵ MÁRQUEZ, Felipe. El derecho como instrumento de la economía. En: Colección Centro de Estudios en Derecho y Economía. Pontificia Universidad Javeriana, Departamento de derecho económico, Facultad de ciencias jurídicas. Vol. 958 Núm. 1 (Ene – Dic, 2004);129-153., p. 149

⁵⁶ MOCHÓN, Francisco y BEKER, Víctor. Op. Cit., p. 220

2. LAS NORMAS DE PROTECCIÓN A LA LIBRE COMPETENCIA EN EL TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA COLOMBIANO

La regulación sobre promoción de la libre competencia, que abordamos bajo el nombre de “régimen anti-monopolios”, comprende un conjunto de preceptos diseñados para preservar el mercado libre y la competencia abierta, facilitando la participación sin barreras ilegales de acceso, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. El contenido de éstas disposiciones normativas, como se ha definido en líneas anteriores, es sustancialmente económico toda vez que proyecta la forma de participación de los contendores en el mercado como un derecho y una responsabilidad, es decir, que si bien implica la potestad que tienen todos los agentes económicos de desarrollar la actividad de su preferencia sin más limitaciones que las establecidas por la ley, ellos deben asumir la obligación de respetar las reglas de protección a la libre competencia pues estas constituyen también un derecho de la colectividad que tiene por objeto y fin la pretensión de obtener, como resultado del proceso competitivo, la eficiencia productiva, inovativa y asignativa, representada en la pugna de los oferentes por reducir sus costos, permanecer en el mercado, incrementar la calidad y diversidad de sus productos y proveer a los consumidores con precios destinados a obtener su preferencia; siendo necesario que las normas en comento, se encarguen de corregir y sancionar las distorsiones producidas por quienes afecten las mentadas eficiencias ya sea por constituir conductas anticompetitivas como abusos de la posición dominante y prácticas colusorias, o porque representen estructuras monopólicas e integraciones jurídico-económicas que tiendan a generar una indebida restricción a la libre competencia.⁵⁷

⁵⁷ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 22624, 05 de septiembre de 2005. Por la cual se impone una sanción.

Estudiar el impacto de dicho régimen anti-monopolios en el transporte terrestre de carga colombiano exige, por su parte, hacer un breve análisis económico de aquel sector, definiendo en qué consiste el transporte de carga por carretera y cómo influye en la vida económica nacional; señalando quienes participan de su actividad económica y cuál es su situación actual de competencia; enunciando los servicios que se ofertan y demandan; y determinando los posibles mercados relevantes que surgen a partir de su distinción geográfica y de producto. Es de recibo advertir que para estos efectos, los datos más recientes que existen sobre el sector, tanto de entidades gubernamentales como de bases de datos privadas, corresponden a las anualidades de 2010 a 2012.

Bajo esos parámetros, en el capítulo a desarrollar valoraremos, en un primer lugar, la aplicación general de las normas de protección a la libre competencia en el transporte terrestre de carga, resaltando la afinidad entre las particularidades del sector y los ámbitos de aplicación contemplados en el Artículo 2 de la Ley 1340 de 2009.

En un segundo momento, acudiremos a las prohibiciones del Decreto 2153 de 1992 sobre actos, acuerdos o conductas de abuso de posición dominante que se consideran restrictivos de la libre competencia, conforme su definición legal e interpretación doctrinaria; delimitando el alcance que la Superintendencia de Industria y Comercio les ha concedido en las distintas investigaciones que ha realizado por cada una de aquellas prácticas comerciales restrictivas y asociando dichos alcances con algunos casos o comportamientos anticompetitivos que aquejan el sector bajo análisis.

Como tercer paso, confrontaremos el carácter de servicio público que tiene la actividad del transporte terrestre con la posibilidad de aplicar excepciones de bloque que permiten al gobierno autorizar algunos acuerdos anticompetitivos en defensa de la estabilidad de un sector básico de la economía nacional; así como la

viabilidad de excepciones para los casos de investigación y desarrollo, normas técnicas y facilidades comunes.

De igual forma, partiendo de las condiciones de mercado inicialmente descritas, relacionaremos las normas sobre control de integraciones empresariales con las eventuales concertaciones jurídico-económicas que puede afrontar el transporte terrestre de carga colombiano, describiendo los planos y vehículos por medio de los cuales pueden ocurrir, junto con las pautas establecidas por la ley y autoridad de competencia sobre exenciones, umbrales y procedimientos de información o autorización previa.

Finalmente, dedicaremos algunas letras al tema de abogacía de la competencia, que progresivamente ha adquirido mayor relevancia dentro del régimen anti-monopolio colombiano, examinando algunos casos puntuales donde las autoridades que efectúan cierta regulación sobre el transporte terrestre de carga deberían informar a la Superintendencia de Industria y Comercio para que emita un concepto acerca del perjuicio que puede sufrir la competencia en el sector por cuenta de dicha intervención estatal.

2.1 CARACTERIZACIÓN GENERAL DEL SECTOR OBJETO DE ESTUDIO

2.1.1 Definición de transporte

2.1.1.1 El transporte como contrato

La noción de transporte como contrato se extrae de nuestra legislación comercial, puntualmente del Artículo 981 del Código de Comercio, que señala:

“ARTÍCULO 981: El transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y entregar éstas al destinatario(...)”

Así, aunque algunos autores han procurado asociar el carácter de negocio jurídico del transporte a diferentes contratos como el arrendamiento, la locación de servicios, el mandato o el depósito; es evidente que para nuestro ordenamiento, éste se erige como un contrato autónomo, con características particulares y obligaciones específicas que le revisten de una naturaleza jurídica propia.

Dentro de las características del contrato de transporte, el profesor JOSE FERNANDO ESCOBAR⁵⁸ refiere que se trata de un contrato consensual, por lo que basta con el acuerdo de las partes para su perfeccionamiento; igualmente, es bilateral, en la medida en que ambas partes asumen obligaciones distintas: el transportador debe recibir, conducir y entregar el objeto transportado siguiendo el modo, horario e itinerario pactado, mientras el remitente se compromete a entregar la carga, embalar la mercancía, brindar información y documentos necesarios para su movilización y pagar los fletes. Por otra parte, es un contrato oneroso y conmutativo ya que cada parte se grava a favor de la otra esperando obtener beneficios económicos proporcionales con las contraprestaciones adquiridas. Finalmente, es un contrato nominado, regulado por el Código de Comercio; de obligaciones de resultados, por parte del transportador; de tracto sucesivo, si se entiende que mientras el transporte se lleve a término deben observarse obligaciones por parte del transportador; y de adhesión, siempre que la situación del mercado permita al proveedor de carga imponer sus propias condiciones bajo cláusulas inflexibles.

⁵⁸ ESCOBAR, José. Derecho de transporte terrestre. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 84-85.

Habiéndose definido el transporte como contrato, vale la pena mencionar su utilidad para el presente estudio toda vez que la visión contractual del transporte terrestre de carga puede ser aprovechada como defensa en una investigación por actos restrictivos de la competencia como indebida influencia o negativa a vender, confrontando el principio de autonomía de la voluntad privada con las prohibiciones legales que existen a este respecto, como veremos más adelante. De otro lado, la descripción de las partes y su posición contractual permite identificar a la autoridad de competencia quiénes pueden ser considerados como posibles participantes en acuerdos verticales o quién puede tener una posición dominante (no contractual sino de mercado) en virtud de su flujo de negocios y contratos suscritos. En materia de competencia desleal, algunos actos desleales pueden gestarse en cláusulas accesorias al contrato de transporte como se evidenciará en el capítulo que aborda este tema.

2.1.1.2 El transporte como servicio público esencial

La actividad económica del transporte ha sido sujeto de intervención estatal desde la expedición de la Ley 15 de 1959 “*por la cual se da el mandato al Estado para intervenir en la Industria del transporte*”, reglamentando el funcionamiento de las empresas que desarrollan dicha actividad, organizando y patrocinando su servicio o fijando tarifas y formas de pago. Sin embargo, sólo a partir de las consideraciones hechas por las Leyes 105 de 1993 y 336 de 1996, se puede distinguir claramente entre el transporte privado y el transporte público, entendiendo por el primero la posibilidad que tienen personas naturales o jurídicas de suplir sus necesidades de movilidad utilizando equipos propios dentro del ámbito de sus actividades exclusivas; mientras que el transporte público, deriva de la contratación que aquellas personas deben hacer cuando no cuentan con vehículos propios para su desplazamiento o el de sus mercancías, debiendo

acudir a empresas de transporte legalmente habilitadas para prestar este servicio de interés general⁵⁹.

Teniendo en cuenta la anterior distinción, la legislación nacional concede a la operación del transporte público la calidad de “servicio público esencial” debido a que las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la satisfacción una necesidad de interés general que se encuentra bajo la autoridad del Estado, quien ejerce el control y la vigilancia necesarios para su adecuado funcionamiento en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad. Así, se ha regulado la libertad de empresa en el transporte terrestre de carga, exigiendo a las distintas formas asociativas de transporte y de economía solidaria cumplir con una serie de requisitos habilitantes para acceder a la prestación del servicio, con los que debe acreditar condiciones de capacidad técnica, operativa, financiera, de seguridad y procedencia del capital aportado, reglamentadas por el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Transporte o sus organismos adscritos, con base en estudios de demanda potencial y capacidad transportadora.

Además, este carácter de “servicio público” conlleva a la prelación del interés general sobre el particular en cuanto a la garantía de la prestación del servicio y a la protección de los consumidores, por lo que excepcionalmente la Nación, las Entidades Territoriales, los Establecimientos Públicos y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de cualquier orden, pueden prestar el servicio público de transporte, cuando éste no sea ofrecido por particulares, o se presenten prácticas monopolísticas u oligopolísticas que afecten los intereses de los usuarios⁶⁰. Esta última consideración tiene gran relevancia para nuestra investigación toda vez que representa un mandato especial de intervención para proteger la libre

⁵⁹ Artículo 5. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 336 (20, diciembre, 1996). Por la cual se adopta el estatuto nacional de transporte. Bogotá D.C., 1996.

⁶⁰ Artículo 3. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 105 (30, diciembre, 1993). Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C., 1993.

competencia. Del mismo modo, las normas en comento crean una referencia singular a la promoción de la leal competencia al facultar la creación de sistemas de transporte de lujo, turísticos y especiales, siempre que no compitan deslealmente con el transporte básico que se presta bajo los parámetros del servicio público; permitiendo que las autoridades apliquen restricciones a la iniciativa privada para evitar tanto actos de competencia desleal como de abuso de la posición dominante, garantizando la eficiencia en el sistema y el principio de seguridad⁶¹.

2.1.1.3 El transporte como industria

El transporte, finalmente, puede ser entendido como aquella industria encargada de garantizar la movilización de personas o cosas con vehículos apropiados a cada una de las infraestructuras que dispone el país, en un régimen de libertad vigilada donde el Estado organiza el acceso de las empresas al mercado y reglamenta su funcionamiento.

Sobre esta aseveración, RODRIGUEZ MUÑOS Y MORENO BERNAL, opinan:

“Al ser definido el transporte como una industria se privilegia la actividad como conjunto de operaciones que combina y ejecuta el empresario del transporte de manera profesional e idónea, combinando estrategias de servicios y sistemas de servicios denominados también como paquete de servicios o sistema integral, que le permite la combinación de bienes, servicios y experiencias ofrecidos al usuario, y que le hace posible trasladar personas o cosas de un lugar a otro”.⁶²

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² RODRIGUEZ, Juan y MORENO, José. Aspectos generales del transporte terrestre y del régimen de tránsito aduanero. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 33 - 34.

En ese sentido, el fortalecimiento de la industria del transporte terrestre de carga, en términos de calidad y precio, representa un reto para las políticas de Estado que deben garantizar la existencia de condiciones favorables para el desarrollo de la actividad económica en comento, como la facilitación del transporte y el comercio, la eficiencia en función de los costos y de los servicios de transporte, la seguridad de la cadena de suministro y el manejo adecuado del tema ambiental⁶³.

Con todo, la aproximación al transporte terrestre de carga como industria nacional aportará a nuestro estudio el escenario de análisis donde valoraremos el impacto de las normas de competencia, luego de aprehender los rasgos principales que caracterizan dicho sector y lo constituyen, en materia de derecho de la competencia, un sector básico de la economía según el Artículo 1 de la Ley 1320 de 1964, por lo que el gobierno incluso podría autorizar la realización de acuerdos o convenios anticompetitivos para defender su estabilidad dado el interés que representa para la economía general⁶⁴.

2.1.2 Aspectos generales del sector

2.1.2.1 Participación del sector en la economía nacional

El transporte terrestre de carga es una actividad fundamental en el aparato productivo colombiano ya que es el sector que permite que un producto llegue al consumidor final, facilitando la circulación de bienes y dinamizando la economía. Esta actividad ha servido de insumo a la industria nacional desde la construcción de los primeros caminos coloniales, cuando la arriería se posicionó como una

⁶³ PEÑALOZA, Cesar. Diagnóstico del transporte 2011. Bogotá D.C.: Ministerio de Transporte, Oficina Asesora de Planeación, Grupo de Planificación Sectorial, 2011, p. 7

⁶⁴ Esta consideración de sector básico repercute específicamente en la aplicación de excepciones a acuerdos anticompetitivos, conforme lo señala el Parágrafo del Artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

sólida organización empresarial encargada de abastecer de víveres y maquinaria a aquellas zonas donde su producción era escasa y su demanda creciente, siendo necesario movilizarlos en recuas de una región a otra; hasta la aparición de los primeros camiones que, en las décadas iniciales del siglo XX, desplazaron progresivamente al transporte férreo y fluvial, instando al gobierno a vigorizar la infraestructura vial y a preocuparse por ejercer una regulación sectorial, cuyos modelos de intervención analizaremos más adelante.⁶⁵

Actualmente, el crecimiento de la tasa del producto interno bruto del sector del transporte terrestre de carga expresa su relevancia dentro de la economía nacional. Según información del DANE, para el año 2011, el sector representó el 3,11% del PIB nacional y el 42,33% del PIB del Transporte en general (que incluye otras modalidades como transporte marino, aéreo, férreo y fluvial); registrando un crecimiento de 5,5% frente al año anterior y una recuperación laudable de la productividad en relación con el año 2009.

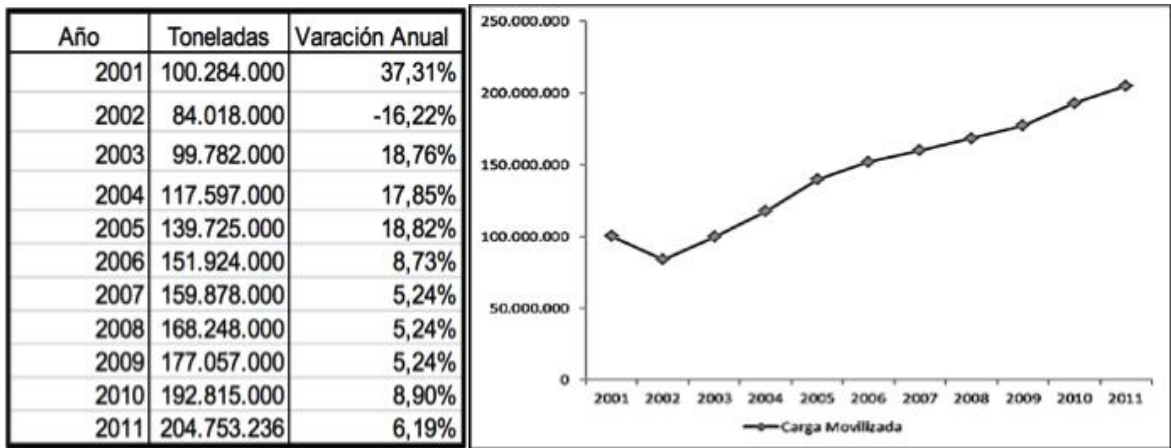
Por otra parte, la importancia de esta industria también se ve reflejada en la gran cantidad de toneladas de carga que anualmente se trasladan por vía terrestre en Colombia, la cual encarna el mayor porcentaje del total de bienes transportados al interior del país, favoreciendo el desarrollo de la economía nacional, motivando el crecimiento de la infraestructura vial y facilitando el comercio.

Para apreciar este aporte en términos cuantificables, el estudio sectorial 2012 de la base de datos económicos BPR BENCHMARK⁶⁶ presenta los siguientes resultados:

⁶⁵ Sobre la historia del transporte terrestre de carga, véase: SALAZAR, Jaime. Ensayos sobre el desarrollo del transporte de carga en Colombia. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2013.

⁶⁶ BPR BENCHMARK es un producto elaborado por la compañía ISI EMERGING MARKETS como herramienta útil a los ejecutivos nacionales optimizar la toma de decisiones de negocios. El “reporte sectorial de transporte terrestre de carga – 2012”, que citamos en el presente trabajo de investigación, ha sido consultado en la base de datos de la biblioteca de la Universidad Pontificia Bolivariana de Bucaramanga.

Figura 2. Toneladas de Carga Movilizada por vía terrestre. Años 2001 – 2011



Fuente: ISI EMERGING MARKETS. BPR BENCHMARK [base de datos en línea]. Reporte Sectorial 2012 – Sector Transporte Terrestre de Carga. Consultado en la Biblioteca de la Universidad Pontificia Bolivariana de Bucaramanga.

Es de recibo comentar que las variantes en el aumento de la producción de servicios de transporte terrestre y, por ende, en la cantidad de carga desplazada por carretera se deben a la presencia de externalidades que afectan positivamente al sector, como el acrecentamiento de las exportaciones en los últimos años y el mejoramiento de las vías que conectan las principales ciudades. Sin que con ello se descarte la posibilidad de decrecimientos en la prestación del servicio, que suele verse afectado por externalidades negativas como olas invernales, derrumbes, paros camineros, alza de precios en el combustible, entre otros.

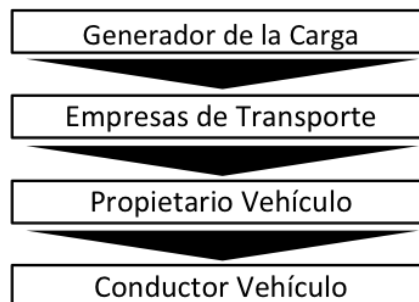
Por último, debe destacarse la estrecha relación que el transporte terrestre de carga mantiene con otros ramos de la producción nacional, la cual puede ser vista en tres frentes: en primer lugar, con los sectores que demandan sus servicios para comercializar o distribuir sus bienes, donde el transporte de carga conecta mercados regionales, haciendo parte de la cadena de valor de la gran mayoría de industrias colombianas; en segunda posición, con los sectores que ofrecen

servicios conexos a la actividad del transporte, como logística, embalaje, depósito, seguros, servicios aduaneros e infraestructura, que acompañan el traslado de mercancías; y finalmente con los sectores que proveen los insumos necesarios para el funcionamiento del transporte, como los mercados laboral, automotriz, de combustibles, mantenimiento, repuestos, entre otros.

2.1.2.2 Estructura organizacional del sector

El Consejo Nacional de Política Económica y Social, por medio del Documento CONPES 3489 aprobado por el Gobierno Colombiano el 01 de Octubre de 2007, creó la “Política Nacional de Transporte Público Automotor de Carga”, estableciendo la estructura organizacional y empresarial de aquella actividad, ilustrada bajo este esquema:

Figura 3. Estructura organizacional del sector de transporte terrestre de carga



Fuente: COLOMBIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Documento CONPES 3489 (2007, 01 de octubre). Política Nacional de Transporte Público Automotor de Carga. Bogotá D.C., Colombia: DNP.

Así mismo, el documento analizado define como actores que intervienen en el transporte terrestre de carga, los siguientes:

- a) **El Generador de Carga:** Se refiere al remitente de la carga o usuario del servicio. Es la persona natural o jurídica que celebra el contrato de transporte con la empresa porteadora, entregándole la mercancía al transportador para que la traslade de un lugar a otro actuando por cuenta propia o ajena. Si actúa por cuenta propia no es necesario que sea el dueño de las mercancías o generador natural de la carga, basta que tenga una disponibilidad material sobre las mismas; y si obra por cuenta ajena, puede ser un mandatario o incluso un comisionista de transporte.

- b) **La Empresa de Transporte:** Es la persona natural o jurídica que legalmente tiene el permiso concedido por el Ministerio de Transporte para prestar el servicio público de transporte de carga, constituyéndose como una unidad de explotación económica permanente, con capacidad de combinar recursos humanos, técnicos, financieros y de información para ofrecer un servicio de calidad y eficiencia que, desde el punto de vista contractual, implica la responsabilidad legal de llevar o conducir las mercancías, bien sea en vehículos propios o de terceros vinculados. Además, desde el punto de vista empresarial, precisa de conocimientos en logística, seguridad y aseguramiento de las cargas, comunicaciones, comercio internacional, almacenamiento y salvaguarda de bienes, técnicas de embalaje y empaque, manejo de contenedores, entre otros.

- c) **El Propietario del Vehículo:** Es el propietario del medio de transporte (transportador de hecho), que presta sus servicios a las empresas de transporte mediante un contrato de vinculación permanente o temporal del equipo. De esta forma, aunque no hace parte del contrato de transporte, si lo

es de la operación necesaria para su ejecución pues se encarga de realizar el traslado físico de las mercancías.

- d) El Conductor del Vehículo:** Es el operador del medio de transporte, quien ostenta una relación laboral directa con el propietario del vehículo, cuando no se trata del mismo propietario.

- e) Entidades Gubernamentales:** Son instituciones públicas asociadas con la operación del transporte terrestre de carga por carretera conforme a su regulación o intervención. Es de recibo comentar que entre ellas se destacan: el Ministerio de Transporte, como entidad que asume la planificación y formulación de políticas en el sector; la Superintendencia de Puertos y Transporte, que desempeña labores de vigilancia, control y seguimiento a la actividad económica del transporte; y entidades que ofrecen servicios conexos como la DIAN, el INVIMA, el ICA y la Policía Antinarcóticos, encargadas de desarrollar procesos de inspección y control de mercancías

- f) Otros actores:** Dentro del sector se identifican otros actores intervinientes que, pese a no hacer parte de su estructura organizacional, inciden en las condiciones de sus mercados; dentro de los cuales se encuentran eventualmente: el destinatario de la carga (cuando se trata de una persona diferente del remitente o generador de carga), las sociedades de intermediación aduanera, los puertos marítimos y fluviales, los centros de consolidación de carga, zonas francas y almacenes de depósito, entre otros.

2.1.2.3 Relaciones económicas entre los participantes del sector

Siguiendo el esquema organizacional y las estrategias de regulación propuestas por el CONPES 3489 de 2007, el Gobierno Nacional, mediante la expedición del

Decreto 2092 del 14 de Junio de 2011 modificado por el Decreto 2228 de 11 de Octubre de 2013, planteó las distintas relaciones económicas que orientan a los agentes del mercado, específicamente a los generadores de carga con las empresas de transporte y a éstas con los propietarios de vehículos, permitiendo que sean pactadas por las partes en consideración a las condiciones del mercado y a los costos de operación señalados por el Ministerio de Transporte con base en la información aportada por los mismos partícipes del sector.

Sobre la primera relación (generador de carga - empresa de transporte), debemos recordar que se ciñe a la naturaleza y obligaciones propias del contrato de transporte que hemos definido previamente, dentro del cual, el componente económico se refiere al pago de un flete que puede ser libremente acordado por los contratantes y que debe ser cancelado por el generador de carga de forma completa y oportuna según se determine en el contrato o, a falta de estipulación, dentro de los cinco días hábiles siguientes al recibo de la cosa transportada⁶⁷. Además, le corresponde a aquella parte garantizar óptimas condiciones de logística en el cargue y descargue de la mercancía, pactándose un incremento del flete cuando éstos no se realicen dentro de los tiempos convenidos, o una reducción siempre que este hecho sea imputable a la empresa de transporte⁶⁸.

De otra parte, la relación entre la empresa de transporte y el propietario del vehículo, corresponde a un negocio de vinculación⁶⁹ por medio del cual el dueño o tenedor de un vehículo lo incorpora a la prestación del servicio público de

⁶⁷ Inciso 1, Artículo 9. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2092 (14, junio, 2011). Por el cual se fija la política tarifaria y los criterios que regulan las relaciones económicas entre los actores del servicio público de transporte terrestre automotor de carga y se establecen otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2011.

⁶⁸ Incisos 1 y 2, Artículo 11. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2092 (14, junio, 2011). Modificado por: Artículo 5. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2228 (11, octubre, 2013). Por el cual se modifican los Artículos 1°, 3°, 4°, 5°, 11 y 12 del Decreto 2092 de 2011 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2013.

⁶⁹ Ello, en cumplimiento del Artículo 983 del Código de Comercio Colombiano que establece: “(...) Las empresas de servicio público someterán sus reglamentos a la aprobación oficial y, si no prestan el servicio en vehículos de su propiedad, celebrarán con los dueños de estos el respectivo contrato de vinculación, conforme a las normas reglamentarias del transporte.” (El subrayado es nuestro).

transporte a través de una empresa habilitada, expresando en el contrato su duración, causales de terminación y preavisos requeridos para ello, la existencia de prórrogas automáticas, los ítems que conformarán los pagos y cobros a que se comprometen las partes y su periodicidad⁷⁰. A este respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha señalado que dentro de las formas de vinculación que admite el ordenamiento legal y reglamentario del transporte, caben todos aquellos contratos previstos en las legislaciones civil, comercial, financiera, de transporte etc., entre los cuales se destacan: el contrato de vinculación con administración; el contrato de vinculación sin administración; el contrato de arrendamiento simple; el contrato de *leasing* o arrendamiento financiero; el contrato de arrendamiento operativo o *renting*; y los contratos atípicos que prevean la tenencia, posesión o disposición de uso del vehículo en cabeza de la empresa transportadora⁷¹.

En cualquier caso, independientemente de la modalidad de vinculación, el componente económico que distingue la relación en comento es el “Valor a Pagar” que estipulan las partes, consignándolo en un documento denominado “manifiesto electrónico de carga”⁷², como suma que ha de cancelar la empresa de transporte, junto con el monto generado por las horas de espera adicionales, al propietario, poseedor o tenedor del vehículo vinculado, en un término máximo de cinco días hábiles siguientes al recibo de la cosa transportada, sin que sea oponible el plazo

⁷⁰ Artículo 22. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 173 (05, febrero, 2001). Por el cual se reglamenta el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor de Carga. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2001.

⁷¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Fallo de Mayo 18 de 2006. Exp. 1740. Consejero Ponente: DR. GUSTAVO APONTE SANTOS.

⁷² Documento que, conforme al Artículo 1 del Decreto 2092 de 2011 modificado por el Artículo 1 del Decreto 2228 de 2013, “prestará mérito ejecutivo, en los términos de los Códigos de Comercio y de Procedimiento Civil o las leyes y Decretos que los modifiquen o sustituyan”. Así mismo, junto con la determinación del valor a pagar, dicho documento debe contener la información señalada en el Artículo 8 del Decreto 2092 de 2011.

previsto con el generador de carga para el pago del flete⁷³ o los acuerdos que con éste tenga sobre retrasos en el cargue y descargue.

Tomando como fundamento las anteriores precisiones, podemos prever que las relaciones existentes entre los participantes del sector tienen una gran repercusión en sus condiciones de competencia pues se encuentran medianamente reguladas por una política de “libertad vigilada” que permite a los diferentes agentes (generador, empresa y propietario) negociar libremente los precios del transporte de carga por carretera, bajo un monitoreo constante por parte del Ministerio de Transporte sobre los costos de la actividad que permite a esta cartera estimar unos “Costos Eficientes de Operación”, por debajo de los cuales no se puede negociar la prestación del servicio⁷⁴. Este nuevo régimen de intervención ofrece un escenario más apto a la libre competencia que el anterior régimen de “tabla de fletes” (actualmente eliminado) en el que se asignaban valores mínimos entre cada origen y destino que la empresa de transporte de carga debía reconocer al propietario del vehículo, produciendo ineficiencias en el cumplimiento y control de dichos valores que crearon grandes brechas entre los costos operativos, los valores efectivamente pactados para la movilización y los valores establecidos por la tabla de fletes.

Antes de dar continuación al siguiente tema, debemos expresar que el título desarrollado no extraña la relación propietario de vehículo – conductor, debido a que si bien hace parte de la estructura organizacional del sector, su naturaleza es

⁷³ Inciso 2, Artículo 9. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2092 (14, junio, 2011). Op. Cit.

⁷⁴ Incluso, ante un incumplimiento de la prohibición de pactar el costo del transporte terrestre de carga por debajo de los Costos Eficientes de Operación, se permite a la autoridad de competencia investigar la posibilidad de que dicho actuar constituya una práctica restrictiva de la competencia, en términos del Artículo 5 del Decreto 2092 de 2011, Modificado por el Artículo 4 del Decreto 2228 de 2013, que dispone: “*Cuando el Valor a Pagar o el flete, se encuentre por debajo de los Costos Eficientes de Operación estimados por el Ministerio de Transporte, con base en la información reportada y registrada en el SICE-TAC, las Superintendencias de Puertos y Transporte y de Industria y Comercio, adelantarán dentro del marco de sus competencias, las investigaciones a que haya lugar de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 336 de 1996 y 1340 de 2009.*” (El subrayado es nuestro)

eminentemente laboral y por ende no aporta a las cuestiones de competencia que el texto persigue exaltar.

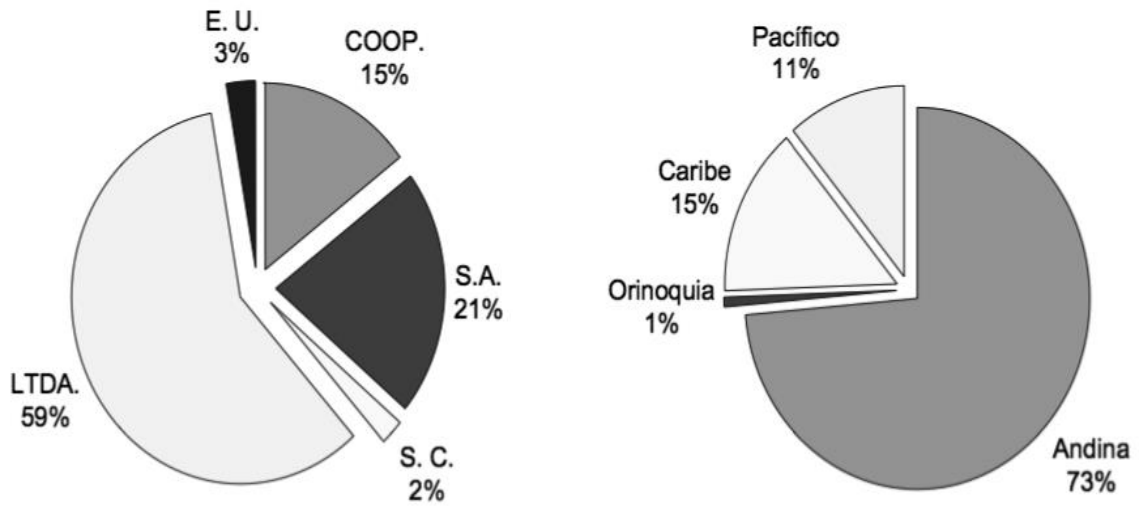
2.1.3 Situación actual de la competencia en el sector

Al referirnos a la situación de competencia en el sector de transporte de carga por carretera debemos aclarar que, para efectos de la presente investigación, nos limitaremos al mercado del transporte y no al de vinculación de vehículos; es decir, que sólo analizaremos el estado de competencia en aquel mercado donde las empresas de transporte son oferentes y los generadores de carga son demandantes, excluyendo en este punto la relación que existe entre empresas de transporte y propietarios.

2.1.3.1 Oferta de los servicios de transporte terrestre de carga a nivel nacional

La oferta del servicio público de transporte de carga en Colombia y la disponibilidad de vehículos suelen corresponder al comportamiento de los demás sectores económicos del país, elevándose cuando éstos atraviesan ciclos de bonanza y contrayéndose en periodos de recesión. Ello se debe principalmente a la regulación que pesa sobre el sector e impide la total influencia del precio en la balanza oferta y demanda pues los costos mínimos de la actividad son conocidos y existe la prohibición expresa de contratar por debajo de ellos; lo que hace imposible desincentivar la oferta vía reducción de precios, protegiendo a la gran mayoría de oferentes que son pequeños propietarios de vehículos que constituyen empresas operadoras en formas asociativas simples. En ese sentido, sobre la oferta de dicho mercado, el COMPES 3489 de 2007 reporta la existencia de 1.582 empresas habilitadas para prestar este servicio, cuya naturaleza jurídica y distribución nacional se proyectan en las siguientes graficas:

Figura 4. Distribución de empresas de transporte. Año 2007



Fuente: COLOMBIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Documento CONPES 3489 (2007, 01 de octubre). Política Nacional de Transporte Público Automotor de Carga. Bogotá D.C., Colombia: DNP.

Sin embargo, podemos sustraer una cifra más actual, del número de competidores en el transporte terrestre de carga y de su localización nacional, del estudio sectorial 2012 desarrollado por la base de datos económicos BPR BENCHMARK; donde se consigna que, al año 2011, el sector del transporte terrestre de carga contaba con 2002 empresas habilitadas para ofrecer el servicio, distribuidas por todo el país de la siguiente forma:

Figura 5. Distribución nacional de Empresas de transporte terrestre de carga. Año 2011.

TERRITORIAL O DEPARTAMENTO	N° DE EMPRESAS	PARTICIPACION
Antioquia	279	13,9
Arauca	14	0,7
Atlántico	155	7,7
Bogotá	682	34,1
Bolívar	65	3,2
Boyacá	61	3,0
Caldas	19	0,9
Caquetá	5	0,2
Casanare	41	2,0
Cauca	9	0,4
Cesar	8	0,4
Córdoba	5	0,2
Cundinamarca	63	3,1
Depto. Archipiélago	3	0,1
Guajira	16	0,8
Huila	54	2,7
Magdalena	50	2,5
Meta	18	0,9
Nariño	39	1,9
Norte de Santander	45	2,2
Putumayo	13	0,6
Quindío	16	0,8
Risaralda	24	1,2
Santander	86	4,3
Sucre	9	0,4
Tolima	28	1,4
Valle del Cauca	195	9,7
TOTAL	2002	100,0

Fuente: ISI EMERGING MARKETS. BPR BENCHMARK [base de datos en línea]. Reporte Sectorial 2012 – Sector Transporte Terrestre de Carga. Consultado en la Biblioteca de la Universidad Pontificia Bolivariana de Bucaramanga.

Por otra parte, para comprender la magnitud de oferta en el sector, puede tomarse como indicador la gran cantidad de vehículos que conforman su parque automotor, sobre el cual el CONPES 3759 de 2013 “*lineamientos de política para la modernización del transporte automotor de carga y declaratoria de importancia estratégica del programa de reposición y renovación del parque automotor de carga*” refiere que, al año 2013, se encuentran activos 319.578 vehículos de los cuales 233.661 están habilitados para prestar el servicio público del transporte de

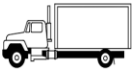








carga (173.636 camiones y 60.025 tracto camiones); perteneciendo el 69.88% del parque automotor actual a personas naturales que suelen ostentar la propiedad de los vehículos de mayor edad, y el 30.12% restante a personas jurídicas que progresivamente aportan la adquisición de nuevos vehículos para nutrir la oferta en el sector.

Así mismo, el documento en mención resalta la importancia de renovar aquel parque, toda vez que el 37.3% de los vehículos superan los 20 años de servicio, generando externalidades negativas como altos costos operativos, mayores emisiones de contaminantes atmosféricos, aumento de la probabilidad de congestión en los principales corredores de carga y crecimiento de los índices de accidentalidad vial⁷⁵.

Sobre las clases de vehículos que conforman el parque automotor del transporte terrestre de carga colombiano, la Resolución 4100 de 2004 expedida por el Ministerio de Transporte, adopta la tipología establecida en la Norma Técnica Colombiana NTC 4788 que categoriza a los vehículos rígidos (camionetas y camiones) y tracto camiones, conforme a su número de ejes y el de su respectivo remolque, estableciendo para cada uno el máximo de sus dimensiones y de su peso bruto vehicular. Aunque la clasificación en comento presenta 24 tipos de vehículos, la actual oferta nacional se compone únicamente de los siguientes:

⁷⁵ Para confrontar esta necesidad, con la expedición del Decreto 1347 de 2005, se ha controlado la oferta limitando el ingreso de vehículos a la reposición de aquellos que siendo obsoletos se someten a su desintegración total y a la cancelación de su licencia de tránsito, regla coloquialmente conocida con el nombre de “chatarización”.

Figura 6. Tipología de vehículos de carga que conforman la oferta colombiana.

Designación	Configuración	Descripción
C2		Camión de dos ejes Camión Sencillo
C3		Camión de tres ejes Dobletroque
C4		Camión de cuatro ejes
C2S1		Tractocamión de dos ejes con semirremolque de un eje
C2S2		Tractocamión de dos ejes con semirremolque de dos ejes
Designación	Configuración	Descripción
C2S3		Tractocamión de dos ejes con semirremolque de tres ejes
C3S1		Tractocamión de tres ejes con semirremolque de un eje
C3S2		Tractocamión de tres ejes con semirremolque de dos ejes
C3S3		Tractocamión de tres ejes con semirremolque de tres ejes

Fuente: COLOMBIA. MINISTERIO DE TRANSPORTE. Resolución 4100 (2004, 28 de diciembre). Por la cual se adoptan los límites de pesos y dimensiones en los vehículos de transporte terrestre automotor de carga por carretera, para su operación normal en la red vial a nivel nacional. Bogotá D.C., 2004

2.1.3.2 Demanda de los servicios del sector

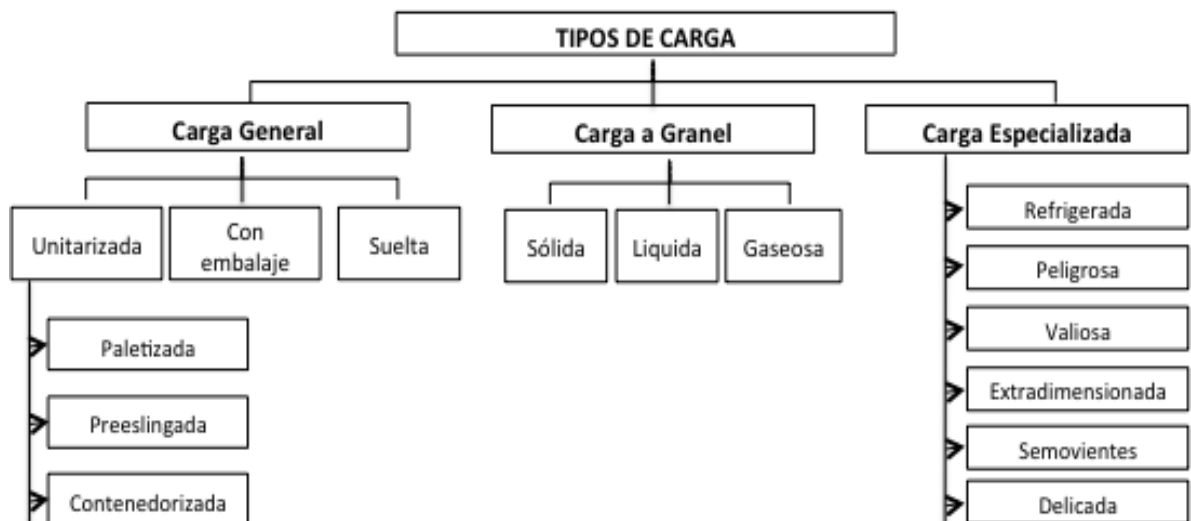
La demanda en el sector del transporte terrestre de carga se identifica con la necesidad de los generadores de carga de movilizar una mercancía de un lugar a otro, debiendo escoger una empresa porteadora (oferente) con quien pactan el flete, forma de pago y condiciones en que debe hacerse dicho traslado. Este proceso de selección que hace el demandante del servicio, atiende a la operación de transporte requerida y al tipo de carga que debe transportar.

La operación del transporte puede ser de cuatro tipos: de paqueteo, siempre que la carga se componga de varios envíos de paquetes hechos por diferentes remitentes que deben ser recolectados y consolidados por el transportador; de contenedor cargado, cuando la carga es depositada y conducida en un contenedor hasta su lugar de destino y descargue; de contenedor vacío, conduciendo

solamente el contenedor al lugar de cargue; y de carga general, tratándose de cualquier tipo de operación diferente a las antes descritas.⁷⁶

Por su parte, el manejo adecuado que debe darse a los productos transportados nos obliga a clasificar la carga para asignar los mejores medios a emplear en desarrollo de la operación de transporte. Esta clasificación la podemos representar en el siguiente diagrama:

Figura 7. Tipos de cargas transportadas por tierra en Colombia.



Fuente: Elaboración propia, tomando como base información sustraída de: MEJIA, Rocío. Manual especializado para transporte de carga. Ciudad de Mexico: CENFES A.C. Disponible en: < <http://www.cenfesac.org.mx/manuales/carga.pdf> > [Consultado, 26 de Enero de 2014]

⁷⁶ COLOMBIA. MINISTERIO DE TRANSPORTE. Registro Nacional de Despacho de Carga. Manual de Usuario. Bogotá, 2012, p. 30. Disponible en: <<http://rndc.mintransporte.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=Glp a0WNWbEo%3D&tabid=80&language=es-MX>> [Consultado, 26 de Enero de 2014].

El primer tipo de carga, denominado “carga general” corresponde a los bienes que se transportan en pequeñas cantidades independientes, cuantificadas en unidades que pueden ir embaladas (carga con embalaje) si para su seguridad requieren la protección de un recipiente o sueltas (carga suelta) si no lo precisan. Además, la carga general puede agruparse en un solo conjunto (carga unitarizada) asegurándose con paletas (paletizada), con un embalaje estandarizado para su estibo (preeslingada) o dispuesta al interior de una gran caja metálica (contenedorizada).

La segunda clase de carga, conocida como “carga a granel” se refiere a los productos que se movilizan en grandes cantidades cuyo único recipiente es el vehículo que los transporta, en el cual se depositan o vierten usando palas, baldes, ductos o cangilón. Según su estado, dicha carga puede ser sólida, como granos, carbón o abonos; líquida, como petróleo, gasolina o aceites; y gaseosa, como propano, butano, entre otros.

Finalmente, en el tercer tipo de carga, “carga especializada”, reúne todos aquellos objetos cuyas condiciones especiales como peso, peligrosidad, valor, grado de conservación, etc., exigen un mayor cuidado en su manipulación y transporte. Entre ellos mencionamos: la carga refrigerada, como carnes, frutas y algunos vegetales; la carga peligrosa como ácidos, sustancias corrosivas o inflamables; la carga valiosa como el transporte de metales preciosos, acciones o dinero; la carga extradimensionada, que excede las medidas de una carrocería convencional como vehículos, maquinarias y otras estructuras; carga de semovientes, animales vivos que se movilizan de pie en la carrocería; y carga delicada, como vidrio u obras de arte.

Resta comentar que el sector carece de estadísticas totalizantes sobre la cantidad de demanda, recordando que ésta proviene de todos los demás ramos productivos de la economía nacional, por lo que es imposible determinar un número exacto de

generadores de carga. En este sentido, MENDIETA y PERDOMO⁷⁷ afirman que el transporte es un bien económico que se diferencia de los demás al servir como insumo intermedio para otras actividades y al no ser almacenable, encontrándose sujeto a una amplia distribución espacial. Éstas particularidades del transporte, bajo el criterio de los autores, revisten la demanda de sus servicios de un carácter derivado y dependiente de factores heterogéneos, en virtud del cual, la localización de las empresas transportistas se asocia a las fuentes de recursos productivos o de los mercados finales, y su actividad se condiciona por cambios tecnológicos, culturales y de regulación. Todo ello justifica que los flujos de demanda en el transporte sean variables y, por tanto, que la predicción de esta fuerza económica de mercado recurra a factores distintos del precio y el ingreso, como son las propiedades físicas de los vehículos, los tiempos de llegada y despacho, la fiabilidad, calidad, seguridad y frecuencia del servicio, entre otros.

2.1.3.3 Determinación de mercados relevantes

El profesor VELANDIA CASTRO⁷⁸ define al mercado relevante como el segmento de la economía donde se exige la realización y observancia de las finalidades de la competencia; es decir, es una herramienta de análisis sobre las fronteras de competición en una porción del mercado que permite identificar los bienes y servicios entre los que se da competencia efectiva y el ámbito geográfico donde ello sucede, a través de dos componentes: el mercado – territorio y el mercado – producto.

⁷⁷ MENDIETA, Juan y PERDOMO, Andrés. Fundamentos de economía del transporte: teoría, metodología y análisis de política. Bogotá: Universidad de Los Andes, Facultad de Economía, CEDE, Ediciones Uniandes. 2008. p.6-8.

⁷⁸ VELANDIA, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo. 2 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 94.

El autor señala que el mercado territorio es la zona en la cual las empresas, afectadas por un comportamiento restrictivo de la libre competencia, desarrollan sus actividades de manera efectiva (lugar donde se vende un producto) y se extiende hasta el lugar a donde el consumidor estaría dispuesto a desplazarse para conseguir el bien en una eventual alza de precios (lugar diferente donde aún es rentable la venta del producto)⁷⁹.

Para determinar dicho ámbito geográfico en el transporte terrestre de carga, podemos aplicar analógicamente lo dispuesto por la Superintendencia de Industria y Comercio para el caso del transporte aéreo⁸⁰, donde se entiende que cada trayecto que une el lugar de origen con el de destino constituye un mercado – territorio independiente, pues cuando un generador de carga necesita enviar sus productos a un sitio específico, no puede sustituirlo con uno diferente si las condiciones de la oferta a ese destino no le satisfacen. No obstante, debemos aclarar que para el transporte terrestre de carga, los trayectos pueden enlazarse en varias rutas, por lo que será necesario indagar en cada caso particular cuántas vías comunican el origen con el destino y cuántas empresas prestan sus servicios en ellas o están dispuestas a ofrecerlo, enviando sus vehículos para satisfacer un aumento o desplazamiento de la demanda.

En relación con el mercado – producto, podemos comprenderlo como el conjunto de bienes o servicios propios de una actividad empresarial que satisfacen la necesidad requerida por el consumidor y que incluye tanto a los bienes de la misma clase con propiedades iguales (principales), como los bienes diferentes que se consideran intercambiables en razón a sus características, precio, uso y preferencia del consumidor (sustitutos).⁸¹

⁷⁹ *Ibíd*em, p. 96

⁸⁰ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 04285, 11 de febrero de 2002. Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta.

⁸¹ VELANDIA, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo. Op. Cit, p. 97 – 98.

Para el sector que trabajamos, resulta provechoso enmarcar el mercado – producto en las distintas necesidades de los generadores de carga sobre los objetos a movilizar, que las empresas transportistas satisfacen mediante servicios diferenciados en cuanto a la capacidad de los tipos de vehículos previamente descritos y las clases de carrocerías que, por mandato del Artículo 6 de la Resolución 4100 de 2004, pueden ser: furgones, tanques, volquetes, platonos, hormigoneros, portacontenedores, estivas, tolvas, camabajas, plataformas, estacas, planchones o estructuras especializadas. Verbigracia, la necesidad de desplazar una carga extradimensionada como maquinaria pesada, sólo podría satisfacerse mediante un tracto camión de tres ejes con semi-remolque de dos o tres ejes (C3S2 y C3S3) cuya carrocería ha de ser del tipo “camabaja”.

Pese a lo anterior, para algunos servicios de transporte existen verdaderos sustitutos perfectos que reflejan cierta elasticidad de la demanda en el sector y compiten con las empresas de transporte terrestre de carga, como es el caso de los oleoductos que transportan hidrocarburos en los mismos trayectos que cubren algunos oferentes de transporte terrestre de carga a granel líquida en tanques o cajas cisternas. Sin embargo, la sustituibilidad en nuestro sector no puede confrontarse con los servicios de transporte fluvial o aéreo porque los costos que asumiría el consumidor de estos modos de movilizar mercancías son totalmente diferentes a los precios del transporte terrestre.

Con todo, reiteramos que la determinación del mercado relevante en nuestro sector nos permitirá observar el detrimento a la competencia, bien sea entendido como interés jurídico tutelado que se vulnera por actos o acuerdos restrictivos de la competencia; como espacio donde se considera que una empresa tiene posición de dominio; o como lugar donde tendrá incidencia una unión, en el caso de las concentraciones empresariales.

2.2 APLICACIÓN GENERAL DE LAS NORMAS DE PROTECCIÓN A LA LIBRE COMPETENCIA EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA

2.2.1 Sistemas de aplicación "Regla de la razón" y "Regla per-se"

Los precedentes anti-trust de la Corte Suprema de Justicia estadounidense han valorado la aplicación de las normas de competencia bajo dos sistemas de análisis conocidos como "regla de la razón" y "regla per-se"; los cuales han sido acogidos por la doctrina nacional para emprender la defensa de conductas anticompetitivas o juzgar bajo un carácter restrictivo su tipicidad e ilegalidad. Obviando el debate que ha surgido sobre la interpretación de los dos sistemas, para el presente trabajo nos apoyaremos en las consideraciones que el profesor ALFONSO MIRANDA LONDOÑO ha elaborado en torno a este tema; las cuales, a nuestro parecer, armonizan tanto con el clima competitivo del sector estudiado como con la intención del legislador de promover la libre competencia, no por hacer prevalecer mandatos normativos sino por salvaguardar el interés general que ella representa.

Sobre la regla de la razón, MIRANDA LONDOÑO⁸² afirma que puede entenderse como un sistema útil para el análisis de aquellas prácticas cuyo efecto anticompetitivo sólo es apreciable al observar las características y peculiaridades del mercado en que se desarrollan, teniendo en cuenta tres aspectos esenciales para la jurisprudencia norteamericana: el efecto del comportamiento acusado, que en muchas ocasiones puede beneficiar a los consumidores al impulsar una mayor producción, innovación o bajos precios; su naturaleza, pues algunas prácticas son netamente anticompetitivas o se censuran por el simple propósito o la intención de

⁸² MIRANDA, Alfonso. Origen y evolución del Derecho de la Competencia en Colombia: la Ley 155 de 1959 y su legado. En: Revista Derecho Competencia. Bogotá. Vol. 6, Núm. 6 (Ene – Dic, 2011); 65-148, p. 84 – 86.

generar un efecto indeseado bajo un control ex-ante en el que la regulación normativa no requiere de la producción un daño real a la competitividad; y el poder de mercado o posición dominante que se determina al examinar la estructura y la concentración de dicho mercado para presumir que ciertas conductas de agentes que carecen de tal posición, no representan la intención de afectar al mercado. No obstante, la aplicación de esta regla en nuestro ordenamiento, solamente puede tener cabida en aquellos comportamientos que, al no encontrarse tipificados como actos, acuerdos anticompetitivos y conductas de abuso de la posición dominante, se investigan bajo las prohibiciones generales del Artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y del Artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, las cuales tendremos oportunidad de profundizar más adelante.

En oposición a lo anterior, la regla per se es presentada por el autor como un sistema de análisis estricto que sintetiza aquellos casos en los que es indudable que el comportamiento carece de virtud compensatoria para la competencia, por lo que se presume de forma conclusiva como no razonable e ilegal, sin que sea necesario demostrar el detrimento que produce. Así, de acuerdo con la jurisprudencia norteamericana, este sistema se utiliza para analizar todas aquellas prácticas cuya naturaleza y efecto resultan tan evidentemente anticompetitivos que no se necesita profundizar en el mercado en que participa el agente infractor para establecer que son perjudiciales, razón por la cual se considera que son ilegales "per se", operando una presunción de derecho y una responsabilidad objetiva, derivadas de la enunciación taxativa de los comportamientos que bajo este sistema de aplicación se sancionan⁸³.

Como consecuencia de la distinción entre "regla de la razón" y "regla per-se", podemos indicar para nuestro estudio que en una investigación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio por conductas restrictivas de la libre competencia en el transporte terrestre de carga, la empresa acusada por un acto, acuerdo o abuso de posición dominante, tipificado en los Artículos 47, 48 o 50 del

⁸³ *Ibíd*em, p. 90 – 91.

Decreto 2153 de 1992, sólo podría evadir la sanción administrativa por la violación de éstos enunciados, probando exclusivamente que no incurrió en la práctica que se le imputa, pues la aplicación de dichas disposiciones se ciñe a lo expuesto por la doctrina per-se; mientras que si se investiga por faltar a la prohibiciones generales del Artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y del Artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, su defensa podría tener un mayor radio de acción, siendo factible argüir que los efectos producidos no son anticompetitivos o que con ellos se beneficia al consumidor, toda vez que la regla de la razón aplicable a este tipo de prohibiciones permite descartar la antijuridicidad de su actuar demostrando su razonabilidad.

2.2.2 Ámbitos de aplicación de las normas de protección a la libre competencia en relación con el transporte terrestre de carga colombiano.

El Artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, *“por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”*, redefine el ámbito de aplicación de las disposiciones que salvaguardan el libre acceso al mercado, señalando:

“ARTÍCULO 2: Adiciónese el Artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 con un segundo inciso del siguiente tenor:

Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos

total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico.”

Fragmentando los enunciados normativos que componen el citado Artículo, interpretaremos la aplicación que puede tener el régimen de protección a la libre competencia en el sector del transporte terrestre de carga colombiano analizado desde los aspectos objetivo, subjetivo, territorial, temporal y por sectores, que de su texto se infieren. Debemos anotar que el ejercicio propuesto posee un carácter sistemático ya que concatenará los mentados ámbitos de aplicación con los demás preceptos jurídicos que conforman la Ley 1340 de 2009, afiliándolos a su vez con la regulación institucional que existe en el sector estudiado.

2.2.2.1 Ámbito objetivo de aplicación

Se refiere al objeto sobre el cual recaen las disposiciones que defienden la libre competencia; es decir, a los actos, acuerdos, abusos de posición dominante y temas de integración, según se menciona en el Artículo 2 de la Ley 1340 de 2009. No obstante, el análisis sistemático que inicialmente planteamos, nos lleva a considerar que también hace parte del objeto de éstas normas, la competencia desleal de carácter administrativo, entendida como aquellos actos de competencia contrarios a las sanas costumbres mercantiles, la buena fe y los usos comerciales honestos, que no solamente afectan los intereses particulares de un competidor, sino que también vulneran la transparencia del mercado, lesionando el interés general y las finalidades de la libre competencia.⁸⁴ A esta conclusión podemos arribar si observamos lo preceptuado por el Artículo 6 de la Ley 1340 de 2009:

⁸⁴ Este concepto de “competencia desleal de carácter administrativo” se ha desarrollado a partir de las precisiones efectuadas por la Corte Constitucional en Sentencia C-649 de 2001, sobre las atribuciones administrativas y jurisdiccionales que la Superintendencia de Industria y Comercio posee en esa materia.

“ARTÍCULO 6: La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.” (El subrayado es nuestro).

Así mismo, en apoyo a nuestra tesis, la sentencia C – 537 de 2010⁸⁵ pontifica:

“la libre competencia consiste en “la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes”, y en garantizar la “ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita”. Teniendo en cuenta lo anterior la Corte considera que el ámbito de aplicación de la Ley 1340 no solamente se extiende a las prácticas comerciales restrictivas (acuerdos, actos y abusos de posición de dominio), y a la vigilancia del régimen de integraciones empresariales lesivas de la libre competencia, sino también a aquellas prácticas de competencia desleal en donde la SIC ejerce vigilancia administrativa. En este sentido se acogería una definición de la competencia entendida como la “libre y leal competencia” que consiste en regular todas aquellas prácticas que pueden ser lesivas a la libre competencia, entre ellas la competencia desleal.”

Desde este punto de vista, podemos afirmar que el ámbito objetivo de aplicación de las normas de protección a la libre competencia en el sector del transporte terrestre de carga colombiano, se refiere: (1) a las prácticas restrictivas de la competencia (actos, acuerdos y abuso de posición dominante) que se desarrollen en el sector; (2) a las integraciones jurídico – económicas que las empresas de transporte realicen entre ellas o con miembros de otros escalones de la actividad que desempeñan; y (3) a la competencia desleal administrativa que tenga la magnitud suficiente para afectar la sana competencia en la prestación del servicio

⁸⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-537/2010. 30 de junio de 2010. Magistrado Ponente: DR. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

público de transporte terrestre de carga y perjudicar el interés general que representa la eficiencia de dicho mercado.

2.2.2.2 Ámbito subjetivo de aplicación

El ámbito subjetivo indica quiénes son destinatarios de una norma, lo que en materia de libre competencia se traduce en quiénes pueden ser sujetos de investigaciones y sanciones por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, bien por omitir las instrucciones que esta entidad imparta, obstruir el cumplimiento de sus funciones, no informar una operación empresarial o cometer una práctica restrictiva de la competencia. Para identificar qué actores del sector bajo análisis pueden encontrarse en tal situación, es necesario manifestar que el régimen de aplicación de la Ley 1340 de 2009 recae sobre tres tipos de destinatarios:

En primer lugar, sobre aquellos que desarrollan una actividad económica, ya sea que estén participando o puedan participar del mercado, independientemente de su naturaleza o forma. Este criterio, coincide con el papel que dentro del sector desempeñan los generadores de carga y las empresas de transporte habilitadas o en proceso de habilitación (pues se contempla también la potencialidad de concurrir al mercado), que conforman los extremos de demanda y oferta, respectivamente, en el transporte terrestre de carga colombiano. Adicionalmente, la expresión “independientemente de su naturaleza o forma” subsume cualquier tipo de composición legal que pueda tener un proveedor al hacer uso del servicio público de este mercado para movilizar sus mercancías, sin necesidad de ser estrictamente catalogado como generador de carga; al tiempo que cobija todas las posibles formas asociativas en las que legalmente se puede constituir una empresa transportista, como sociedad comercial, de economía solidaria, empresa unipersonal e incluso, desde una teorización propia, aquellas formas precarias o

irregulares que por descuido de la autoridad sectorial prestan el servicio o tienen aspiraciones de hacerlo.

Un segundo grupo de destinatarios lo conforman quienes tengan capacidad para perturbar el mercado, sin necesidad de ser partícipes del mismo, como ocurre con los propietarios de vehículos y conductores, quienes en la realidad del sector pueden poner en jaque el transporte de carga nacional para modificar sus condiciones, tal como se ha evidenciado en los llamados “paros camioneros”. También es de recibo incluir en este conjunto a las asociaciones y gremios del sector⁸⁶, toda vez que en ellos se pueden gestar acuerdos anticompetitivos o facilitar distorsiones del mercado por las directrices generales que brindan y la información que comparten.

Finalmente, también se consideran sujetos pasibles de la aplicación normativa, aunque en forma indirecta, aquellas personas que por acción u omisión, indispensable o favorable, contribuyen a la realización de la conducta como colaboradores; entre ellos, se incluye principalmente a los miembros de juntas directivas o gerentes de las empresas que participan en el sector y que, bajo la previsión del Artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, colaboren, faciliten, autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas de protección de la competencia.

2.2.2.3 Ámbito territorial de aplicación

Con este ámbito se pretende acotar el espacio donde se censura por la ley colombiana la realización de los comportamientos contrarios a la libre competencia, que ha sido plenamente establecido por el Artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 al determinar la aplicación de aquella normativa en relación con las

⁸⁶ Dentro de los cuales se destacan a nivel nacional: ASECARGA, COLFECAR, ACC y ATC, entre otros.

conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales.

Sin embargo, la anterior expresión presenta algunas lobregueces que el doctor ARCHILA PEÑALOSA⁸⁷, aclara en dos vías: por una parte, afirma que la norma no distingue qué tipos de efectos debe tener el actuar anticompetitivo en el mercado nacional, por lo que habrá de aplicarse tanto a efectos principales como a efectos secundarios o incidentales (aquellos no perseguidos o intrascendentes para quienes los producen); y en otro sentido, precisa que la noción de “mercado nacional” no se limita a territorio colombiano pues existen mercados nacionales que abarcan territorios foráneos e incluso algunos tienen una extensión que no es necesariamente física y pueden no corresponder a las fronteras políticas y geográficas como los que se desarrollan en el ciberespacio.

Así, para el sector de nuestro interés, el ámbito territorial de aplicación permite que en mercados relevantes transfronterizos, donde la ruta por la que se moviliza la carga tenga como origen o destino un país vecino, se puedan investigar prácticas que atenten contra la libre competencia. Igualmente, abre la posibilidad de sancionar actores que, desde fuera de la geografía nacional, planean o ejecutan actos que falsean las condiciones de competitividad del mercado de transporte terrestre de carga colombiano, aun cuando no pretendan directamente éstos efectos; como sería el caso de aquellos generadores de carga que actuando en conjunto bajo políticas de empresas multinacionales, desincentivan la distribución de todas sus líneas de producción para especializar su oferta, en detrimento de la demanda que equilibra la actividad de transporte de carga nacional.

⁸⁷ ARCHILA, Emilio. Novedades de la Ley 1340 de 2009 para el Régimen de Protección de la Competencia. En: Revista Contexto. Bogotá. Núm. 32 (Tercer cuatrimestre 2010); 7-45. ISSN 0123-6458. p, 19.

2.2.2.4 Ámbito de aplicación temporal y por sectores:

Antes de la expedición de la Ley 1340 de 2009, la regulación de la competencia tenía una gran cantidad de normatividad aplicable y de funcionarios competentes para hacerla efectiva de acuerdo al sector económico que recibiera el impacto de su vulneración. Esta circunstancia se evidenciaba en el transporte terrestre con la expedición de las leyes 105 de 1993 y 336 de 1996, cuya incidencia en las condiciones de competencia ya hemos mencionado al caracterizar este sector; y con las función de promoción de la competencia, asignada por el Decreto 2053 de 2003 a la Oficina de Regulación Económica del Ministerio de Transporte⁸⁸.

Éstos mandatos, y los que atañen a otros sectores económicos, crearon continuas confusiones sobre qué autoridad y qué normas debían regir la competencia, hasta la publicación de la Ley 1340 de 2009 cuya entrada en vigor no solamente derogaba las disposiciones que le fueran contrarias, sino que también estipulaba un régimen de transición definido por su Artículo 33 de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 33: Las autoridades de vigilancia y control a las que excepcionalmente la ley haya atribuido facultades específicas en materia de prácticas restrictivas de la competencia y/o control previo de integraciones empresariales, continuarán ejerciendo tales facultades durante los seis (6) meses siguientes a la vigencia de esta ley, de conformidad con los incisos siguientes.

Las investigaciones que al finalizar el término establecido en el inciso anterior se encuentren en curso en materia de prácticas restrictivas de la competencia continuarán siendo tramitadas por dichas autoridades. Las demás quejas e investigaciones preliminares en materia de prácticas restrictivas de la competencia deberán ser trasladadas a la Superintendencia de Industria y Comercio.

⁸⁸ Inciso 1, Artículo 7. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2053 de 2003 (23, julio, 2003). Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Transporte, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2003.

Las informaciones sobre proyectos de integración empresarial presentadas ante otras autoridades antes de finalizar el mismo término, serán tramitadas por la autoridad ante la que se radicó la solicitud. Con todo, antes de proferir la decisión, la autoridad respectiva oirá el concepto del Superintendente de Industria y Comercio.”

De esta manera, se definió un ámbito de aplicación temporal, dentro del cual podemos señalar que, hoy en día, las funciones sectoriales que hacían parte del objeto de la norma estudiada se encuentran en cabeza de una autoridad única de competencia, finiquitando la controversia antes descrita con la aclaración que la Superintendencia de Industria y Comercio es el único funcionario competente; mientras la normatividad aplicable si puede incluir, además del régimen general de competencia, aquellas disposiciones especiales que priman en cada sector por criterio de especialidad y no de jerarquía o temporalidad, aunque éstas deben ser aplicadas por la autoridad nacional de competencia y no por las autoridades sectoriales. En ese sentido, la abogacía de la competencia resulta una herramienta de gran utilidad para que la Superintendencia de Industria y Comercio pueda afianzar conocimientos y particularidades de cada sector, motivo por el cual será abordada como un tema independiente al cierre del presente capítulo.

Por último, es prudente mencionar que existen excepciones a esta competencia general de la Superintendencia de Industria y Comercio, pese a que poca relación tienen con el sector que nos ocupa, pues abarcan: el control de integraciones empresariales aeronáuticas, que corresponde a la AEREOCIVIL; el concepto previo y vinculante que puede emitir el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para autorizar acuerdos que busquen estabilizar el sector agrícola; el análisis de integraciones entre entidades financieras, ejercido por la Superintendencia Financiera; y el tópico de las incompatibilidades e inhabilidades, que incumbe a las distintas autoridades sectoriales, frente al cual nada se ha dicho en materia de transporte terrestre de carga.

2.2.3 El problema de la significatividad en el transporte terrestre de carga:

Demostrada la posibilidad teórica de aplicar las normas de protección a la libre competencia en el transporte terrestre de carga colombiano, a través de su relación con los distintos ámbitos que establece el Artículo 2 de la Ley 1340 de 2009; nos concierne ahora confrontar la materialización de dicha aplicación, evidenciada en el trámite que la Superintendencia de Industria y Comercio le brinda a las prácticas que aquejan este sector bajo la consideración de que sean “significativas”, según refiere el Artículo 3 de la mentada ley.

“ARTÍCULO 3: Modifícase el número 1 del Artículo 2° del Decreto 2153 de 1992 que en adelante será del siguiente tenor:

Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

Parágrafo. La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los propósitos de que trata el presente Artículo al momento de resolver sobre la significatividad de la práctica e iniciar o no una investigación, sin que por este solo hecho se afecte el juicio de ilicitud de la conducta.” (El subrayado es nuestro).

Del análisis jurídico de este precepto se colige que la significatividad de una conducta, en lo que atañe al régimen antimonopolio, radica en su capacidad de perturbar el libre acceso al mercado, la libre escogencia del consumidor (como beneficio que éste obtiene de la competencia entre oferentes) y la eficiencia económica, a partir de su repercusión en un mercado relevante; pues como hemos enunciado previamente, el interés jurídico tutelado por éstas normas se

encuadra en pequeños segmentos económicos donde las fronteras de competencia efectiva se delimitan por el espacio geográfico y el producto ofertado. Así, para el caso particular del transporte terrestre de carga, la significatividad que se requiere para iniciar una investigación por conductas contrarias a la libre competencia puede verse opacada por la sencillez del mercado relevante donde éstas acaecen, representado en una ruta que realizan cierto tipo de vehículos encargados de satisfacer la demanda de transporte de alguna clase de carga, en presencia o ausencia de servicios sustitutos directos. Por lo tanto, es dable que, hasta el momento, la a Delegatura de Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio haya proferido un escaso número de resoluciones de apertura de investigación a empresas transportistas, considerando que las prácticas restrictivas de la competencia que se susciten en un trayecto no podrían alcanzar la entidad suficiente para desestabilizar la dinámica económica del sector o la eficiencia del mercado nacional.

Contrario a dicho razonamiento, opinamos que la significatividad exigida por la autoridad de competencia para investigar las conductas que afectan al sector puede verse consumada si se interpreta que el mercado relevante, antes descrito, tiene una gran influencia sobre dos puntos especiales del trayecto donde se ubica: el segmento de salida y el segmento de llegada. En relación con los cuales, los comportamientos monopolísticos del transporte terrestre de carga alteran el valor del bien producido por otras industrias al momento de ser lanzado al mercado (segmento de salida), o las condiciones en las que éste se oferta al consumidor final (segmento de llegada); perjudicando con ello la eficiencia económica. Para explicar nuestro punto de vista, ejemplificaremos esta situación de la siguiente forma:

Supongamos, que un generador de carga X debe desplazar su producto desde su planta de producción ubicada en la localidad A hasta la ciudad B, donde decide ofertarlo; para lo cual acude a los servicios de una empresa de

transporte que le representa un insumo intermedio en su cadena de valor y por ende impacta el precio final de su producto, de manera tal que si contrata con un monopolista en los trayectos entre los puntos A y B, o con una empresa que acordó con sus competidores la fijación de fletes muy por encima de los costos eficientes de operación, existirán graves consecuencias para la eficiencia económica, que se verán representadas en la imposibilidad de X en acceder al mercado B (vulneración de libre entrada al mercado), o en la colocación de un producto que, por el valor agregado del transporte, no resultará competitivo (limitación de la libre escogencia del consumidor).

En conclusión, reiteramos que la significatividad de las conductas que a continuación serán estudiadas, radica más en el impacto que tiene el transporte para la movilidad de la producción nacional que en su repercusión dentro de las circunstancias de competencia propias del sector, siendo ello un motivo y no un impedimento para considerar pertinente su investigación y sanción.

2.3 ALCANCE DE LAS NORMAS SOBRE PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS EN EL TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA

2.3.1 Actos contrarios a la libre competencia

El régimen antimonopolio colombiano es uno de los pocos en el mundo que incluye, dentro de su catálogo de prácticas restrictivas, una serie de prohibiciones taxativas denominadas “Actos”, expresados por el Decreto 2153 de 1992⁸⁹ como

⁸⁹ Numeral 2, Artículo 45. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2153 (30, diciembre, 1992). Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1992.

“todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica”. Esta noción ha sido aplicada por la Superintendencia de Industria y Comercio en aquellas actuaciones unilaterales adelantadas por un agente del mercado y dirigidas a otros partícipes del mismo en perjuicio de la libre competencia, cuya ejecución por parte de un sujeto no calificado separa a este tipo de prácticas de las conductas de abuso de posición dominante, donde se exige del agente una condición especial (conocida como posición de dominio); y cuyo carácter de unilateral las diferencia de los acuerdos restrictivos de la competencia que suponen la participación de dos o más actores del mercado.⁹⁰

Teniendo en cuenta éstas particularidades, el Artículo 48 del Decreto 2153/92, tipifica tres clases de actos prohibidos por nuestro ordenamiento en razón a sus efectos, prescribiendo:

“ARTÍCULO 48: Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el Artículo 44 del presente decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos:

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

Por lo tanto, para satisfacer el cometido de nuestra investigación, resulta conveniente analizar cada uno de éstos comportamientos en relación con el alcance que la autoridad de la competencia les ha concedido y el impacto que

⁹⁰ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 4839, 15 de febrero de 2013. Por la cual se ordena el cierre de una investigación.

pueden tener en el sector estudiado, debiéndose precisar que el partícipe del transporte terrestre de carga que incurra en cualquiera de las mentadas prescripciones legales debe tener un poder de mercado suficientemente representativo en este segmento económico para alterar, modificar o poner en riesgo la estructura competitiva, generando los efectos reprochados.

2.3.1.1 Infracción de las normas sobre publicidad

Antes de desarrollar lo relativo a la infracción de las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor como acto contrario a la libre competencia, es de recibo hacer algunas precisiones sobre la publicidad, partiendo de la base de que ella representa un papel importante tanto para la relación agente-consumidor (transportador-generador de carga), como para la relación de competencia entre agentes (transportador-transportador).

En primer lugar, debemos entender la publicidad como un conjunto de actividades destinadas a presentar un mensaje, visual u oral, sobre un producto, servicio o idea a un público objetivo, sirviéndose de medios masivos de comunicación, radio, televisión, prensa, revistas, periódicos, vallas fijas, móviles, elementos inflables, tableros electrónicos, publicidad aérea, en los medios de transporte e internet; con los cuales no solamente informan al consumidor, sino que también estimulan el mercado al que pertenece el producto anunciado.⁹¹

En ese sentido, el régimen de protección al consumidor busca que la publicidad emitida por un agente en el mercado contenga los elementos básicos necesarios para que un consumidor pueda tomar una decisión de compra con base en la información suministrada. No obstante, para la regulación sobre la competencia solamente son reprochables las conductas desarrolladas por los partícipes que, de

⁹¹ MESA, Mario. Fundamentos de Marketing. Bogotá D.C.: Ecoe Ediciones, 2012, p. 151

manera individual o colectiva, alteren negativamente la elección del consumidor y su bienestar con publicidad falsa o engañosa en la medida en que éstas puedan llegar a afectar, además de la decisión de compra, las condiciones de la demanda y el movimiento del mercado en general, caso en el cual la conducta se encuadraría en lo que el régimen de competencia denomina como “actos restrictivos por violación de las normas de publicidad contenidas en el estatuto del consumidor”.

De este modo, la infracción de las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor surge como acto restrictivo de la competencia en el sector del transporte terrestre de carga, siempre que tenga la entidad suficiente para falsear el libre juego de la oferta y la demanda de los servicios de movilización de carga por carretera, afectando la eficiencia económica; debiéndose determinar el alcance de su prohibición por el efecto nocivo que puede originar, no al generador de carga como consumidor particular (cuyo engaño reprochan las normas del régimen de protección al consumidor), sino al mercado en general.

Esta aserción, tratándose del servicio público del transporte terrestre, implica que las empresas transportadoras tiene el deber de evitar confusiones al momento de posicionarse en el mercado o promover sus servicios, acatando las medidas necesarias para soslayar cualquier tipo de publicidad engañosa tanto en sus campañas de oferta, como en el diseño de sus emblemas, ya que, por mandato del Ministerio de Transporte, sus vehículos deben portar distintivos que evidentemente promocionan la imagen de la empresa y crean niveles de recordación que permiten afirmarlos como medios publicitarios pasibles de ser reprochados por las normas de protección al consumidor (si no afectan la estructura de mercado), por las normas de protección de la libre competencia (si tienen la magnitud para hacerlo), o incluso por las normas de competencia desleal, si perjudican los intereses particulares de otro competidor, como se verá en el

siguiente capítulo⁹². Por ahora, asociamos la observancia de las normas de publicidad con la libre competencia, entendiendo que al mejorarse el proceso de elección del consumidor se favorece el proceso de competencia entre los diferentes agentes que participan del mercado, ya que ellos competirán con servicios de más alta calidad y no a través de información engañosa o fraudulenta.

Resta señalar que la configuración de este acto contrario a la libre competencia no entraña, como supuesto indispensable, la existencia de una decisión administrativa previa que declare el incumplimiento de estas normas por parte de la Delegatura de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio, puesto que si bien la transgresión de las normas sobre publicidad conllevan a una sanción por inobservancia de las disposiciones que salvaguardan el derecho de los consumidores, en el régimen de protección a la libre competencia aquella violación sólo constituye un elemento necesario más no suficiente para estructurar una práctica comercial restrictiva, por lo que deberá corroborarse la afectación efectiva del mercado en general, distinguiéndose así el impacto que éstas violaciones a las normas de publicidad tienen para cada estatuto.⁹³

2.3.1.2 Indebida Influencia

El acto contrario a la libre competencia consistente en influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o para que desista de su

⁹² Parágrafo, Artículo 2. COLOMBIA. MINISTERIO DE TRANSPORTE. Resolución Número 003019, 23 de julio de 2010. Por la cual se derogan las Resoluciones 4294 del 14 de septiembre de 2009 y 5112 del 20 de octubre 2009: “*En todo caso las empresas prestadoras del Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor, están obligadas a garantizar que todos los vehículos que conforman su capacidad transportadora autorizada, ya sean propios o vinculados, porten los colores y distintivos registrados y los señalados por las disposiciones legales vigentes según la modalidad de servicio, so pena de ser sancionadas de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 3366 de 2003 o en la norma que lo modifique o sustituya.*”

⁹³ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 4839, 15 de febrero de 2013. Op. Cit.

intención de rebajarlos ha sido desarrollado, en cuanto a sus alcances, por el Consejo de Estado que en Sentencia del 19 de Noviembre de 2009, expresó:

“(…) la conducta influenciar presupone incidir, sugerir, esto es insinuar o inspirar una idea, en el parecer de otro sobre el monto del precio que debe cobrarse al público consumidor por un determinado producto, bien sea para aumentarlo o disminuirlo.”⁹⁴

Además, dicha corporación ha señalado que la acción de influenciar se predica exclusivamente del sujeto activo, pues la respuesta positiva o negativa del influenciado no condiciona ni supedita sus efectos anticompetitivos; sosteniendo en sentencia de fecha 9 de octubre de 2003:

“Es irrelevante que la influencia hubiera tenido o no el resultado buscado por la actora, pues no solo en ella no se establece ningún tipo de condicionamiento, lo que hace suponer que se tipifica con su sola realización, sino porque según el Artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 lo determinante está en la posibilidad de influenciar.

De igual manera, también resulta irrelevante, para los efectos de la disposición en estudio, que el sujeto pasivo de la influencia hubiera o no tenido la idea de incrementar o rebajar los precios, sino que basta que se ejerza la presión tendiente a evitar el incremento o la rebaja, independientemente, como ya se dijo, si debido a tal presión dicho sujeto se abstuvo o no de actuar.”⁹⁵

Bajo esta percepción, puede entenderse que la esencia de la prohibición no radica en la variación específica que pueda tener la influencia en el mundo exterior, sino en la importancia de que el precio no se convierta en el resultado de la pérdida de

⁹⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Fallo de Noviembre 19 de 2009. Exp. 2001-1261. Consejero ponente: DR. MARCO ANTONIO VELILLA.

⁹⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Fallo de Octubre 09 de 2003. Exp. 8101. Consejero ponente: DR. GABRIEL EDUARDO MENDOZA.

autonomía de una empresa por la improcedente intromisión de otra, pretendiendo que éste se determine por las fluctuaciones de las fuerzas del mercado y la competencia, partiendo de la independencia de las decisiones empresariales, concebida como la libertad de cada oferente para fijar sus precios conforme lo demande su estructura de costos y las condiciones del mercado.⁹⁶

Particularmente, para el sector que analizamos, este alcance representa una gran dificultad en relación con la determinación de condiciones contractuales, toda vez que siendo el transporte un bien intermedio que sirve de insumo a los generadores de carga para ofertar su producción, este servicio indudablemente altera su estructura de costos; frente a esta situación, juzgamos que para las relaciones económicas del transporte terrestre de carga, el carácter de 'indebido' será el encargado de demarcar la delgada línea que separa la autonomía de la voluntad privada del acto anticompetitivo bajo estudio ya que de lo contrario podría pensarse que cualquier imposición de fletes por parte de las empresas de transporte representa, por si sola, una práctica restrictiva.

Así, percibimos que la fijación de fletes no puede ser apreciada como contraria a la libre competencia si se efectúa en consideración a los costos operativos del transportador y su expectativa de utilidad. No obstante, cuando ésta se perpetre fuera de aquellas justificaciones racionales, personificando una indebida forma de acrecer el precio del producto transportado, superaría el espectro de la libertad contractual para convertirse en una intromisión infundada en la libertad de precios de la empresa contratante.

Finalmente, anotamos que la prohibición de indebida influencia no solamente debe ser observada por las empresas transportistas, sino que también ha de ser acatada por los gremios que existen en el transporte terrestre de carga, debido a que la Superintendencia de Industria y Comercio considera que su objeto de organización del sector (en procura de reconocimiento público, visibilidad política y

⁹⁶ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 33141, 21 de junio de 2011. Por la cual se imponen unas sanciones.

de establecer reglas comunes al ejercicio de la actividad económica), les otorga la posibilidad de influenciar a los participantes, en tal medida que muchas de sus decisiones y recomendaciones pueden vulnerar las normas de competencia si desbordan de forma descuidada sus atribuciones.⁹⁷

2.3.1.3 Negativa a vender y discriminación

La negativa de vender o prestar servicios a una empresa, o la discriminación que se ejerza como retaliación a su política de precios, es un supuesto propio de relaciones de distribución que busca objetar todo actuar de una empresa que coarte la posibilidad de sus distribuidores de participar y desenvolverse libremente en el mercado, al revender sus productos⁹⁸.

Como este tipo de vínculo escapa al esquema organizacional del sector bajo análisis, deducimos que aquel acto contrario a la libre competencia tiene poca aplicación material en el transporte terrestre de carga; sin descartar la posibilidad de que pueda imputarse a la exclusión contractual, o la imposición de condiciones negócias más onerosas que, por orden de un generador de carga, se haga en los servicios de transporte prestados a algún distribuidor (como destinatario de las mercancías transportadas) para reprimir su política de precios, restringiendo su libre acceso al mercado o aumentando sus costos. Caso en el cuál, podría sancionarse a la empresa de transporte como colaboradora de los efectos anticompetitivos buscados por el generador de carga, e incluso como causante de los mismos, pues el elemento objetivo de este acto exige la existencia real de una negativa o una discriminación, que se consuma al momento de no contratar u ofrecer condiciones diferenciadas, y no con la simple potencialidad de anunciar el

⁹⁷ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 41707, 05 de agosto de 2011. Por la cual se resuelven unos recursos de reposición.

⁹⁸ VELANDIA, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo. Op. Cit, p. 199

resultado contemplado en la ley sin que efectivamente se dé, es decir, que la norma requiere de la presencia de un efecto frente al cual no basta la intención, aviso o amenaza de cometerlo.⁹⁹

2.3.2 Acuerdos restrictivos de la competencia

El Decreto 2153 de 1992 define los Acuerdos como “*todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas*”¹⁰⁰; de forma que señala una serie de fuentes en las que éstos pueden presentarse, las cuales deben contener una voluntad exterior que permita colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades que se identifiquen entre sí, tratándose por consiguiente de una verdadera actuación conjunta y mancomunada.

En términos generales, son elementos de los acuerdos contrarios a la libre competencia: el requisito de que estos se ejecuten por parte de dos o más empresas, la materialización del acuerdo por una de las fuentes que precisa la norma en cita y la previsión de que con ellos se tenga “por objeto” o “por efecto” la comisión de la conducta censurada.

Sobre el primer requisito, conviene precisar el concepto de empresa, frente al cual la doctrina establecida por la Superintendencia de Industria y Comercio ha puntualizado:

“A juicio de la superintendencia, la expresión “empresas” a la que se refiere el Artículo 45 del Decreto 2153 debe ser entendida en un contexto más amplio y

⁹⁹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 08310, 28 de marzo de 2003. Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta.

¹⁰⁰ Numeral 1, Artículo 45. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2153 (30, diciembre, 1992). Op. Cit.

teniendo en cuenta lo dispuesto en el numeral 10 del Artículo 4. Así las cosas, la interpretación de la norma en contexto supone que los destinatarios de las normas de competencia son todos los agentes que participan en el mercado y desarrollan una actividad económica.

Se entiende por actividad económica toda manifestación de producción o comercialización de bienes y de prestación de servicios dirigida a la obtención de beneficios económicos, sin importar que con aquellas se persiga o no un fin de lucro.”¹⁰¹

Por otra parte, en relación con la exigencia de “dos o más empresas”, es válido comentar que implica la participación de dos o más voluntades que provengan de agentes económicos que conformen unidades de explotación dedicadas a la producción, circulación, administración o custodia de bienes y servicios, autónomos e independientes; razón por la cual no se está frente a un acuerdo cuando quienes concurren en él se encuentran sujetos a una misma unidad de control. Además, no es estrictamente necesario que dichos agentes participen en un mismo mercado para que afecten el libre desarrollo de la oferta y la demanda.¹⁰²

Ahora bien, la exigencia de que el acuerdo anticompetitivo se surta por alguna de las fuentes previstas en su definición legal, nos insta a estudiar el alcance que la autoridad de competencia y la doctrina han concedido a cada uno de los siguientes términos:

a) Contrato y/o convención: Por medio de los cuales los competidores acuerdan de manera explícita coordinar sus actividades con el propósito de eliminar los

¹⁰¹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 0090, 09 de enero de 2009. Por la cual se resuelve un recurso.

¹⁰² VELANDIA, Mauricio. Catálogo de acuerdos restrictivos de la competencia. En: Colección de Derecho Económico: Homenaje a Enrique Low Murtra. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Tomo III, 2001, p. 213.

riesgos propios de la libre competencia. Ambos conceptos podrían distinguirse bajo la perspectiva ofrecida por la legislación civil, que entiende al ‘contrato’ como especie del género ‘convención’, y ha sido aplicada por la Superintendencia de Industria y Comercio para afirmar que en la convención los intereses de las partes del acuerdo son paralelos o convergentes a un fin común, mientras en el contrato dichos intereses aparecen contrapuestos. No obstante, puede tomarse una posición distinta al considerar que, conforme a lo dispuesto en el código de comercio, no existe diferencia entre contrato y convención ya que en la regulación comercial el contrato agrupa la conformación, regulación y extinción de obligaciones y debe entenderse que las normas antimonopolios son de carácter mercantil.¹⁰³

Por otra parte, es importante distinguir el momento cuando surge un contrato (y por medio de él, un acuerdo contrario a la libre competencia), de aquellas etapas propias de su formación en las cuales las partes discuten sus cláusulas y elementos por medio de conversaciones que no pueden reprocharse como acuerdos ya que tan sólo expresan propuestas y contrapropuestas para concretar una relación contractual futura, que hasta ese momento no ha existido.¹⁰⁴

b) Concertación: A falta de definición jurídica, este termino ha sido interpretado por la autoridad de competencia como pactar o acordar distintas intensiones bajo los mismos objetivos, constituyendo un acuerdo restrictivo de la competencia en la medida en que las voluntades individuales de varias empresas, luego de una deliberación, converjan y unifiquen pareceres, amparándose en una decisión de un cuerpo colegiado o un grupo que en sí

¹⁰³ Ibídem. p. 210.

¹⁰⁴ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 07052, 08 de abril de 2005. Por la cual se da una orden de archivo.

representa la voluntad única, bien sea una institución u otra forma que obligue a los participantes del acuerdo a perseguir el mismo fin o propósito.¹⁰⁵

c) Prácticas concertadas: Entendidas como aquellos comportamientos, desplegados por los competidores, que no encuentran una explicación diferente, dentro de la racionalidad económica, que la existencia de alguna forma de coordinación o cooperación práctica entre ellos, con las cuales afectan las condiciones normales de la competencia¹⁰⁶. Conceptualmente, se define el término “práctica” como el uso continuado de una cosa, el modo o método que particularmente se observa; por lo que la Superintendencia de Industria y Comercio ha empleado la noción de “práctica concertada” como fuente de acuerdos contrarios a la libre competencia, cuando existen concertaciones que sólo son significativas para afectar las condiciones del mercado por ser repetitivas o manifestarse en forma continua.¹⁰⁷ Además, dicha entidad ha distinguido algunos elementos que facilitan el surgimiento de prácticas concertadas, como son: la presencia de pocos competidores; su similitud; la homogeneidad del producto; y las prácticas cooperativas en las que los agentes puedan transferirse información, reunirse y realizar acuerdos.¹⁰⁸

d) Prácticas conscientemente paralelas: Esta fuente de acuerdos implica la actuación consciente y sincronizada de los participantes de un mercado para seguir un comportamiento uniforme sobre alguna variable que, en condiciones normales de competencia, debe corresponder a la estrategia individual e

¹⁰⁵ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 39016, 29 de noviembre de 2009. Por la cual se cierra una investigación.

¹⁰⁶ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 6938, 27 de febrero de 2010. Por la cual se imponen unas sanciones.

¹⁰⁷ VELANDIA Catálogo de acuerdos restrictivos de la competencia. Op. Cit, p. 211.

¹⁰⁸ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 65477, 25 de noviembre de 2010. Por la cual se impone una sanción.

independiente de cada uno de ellos. En ese sentido, esta modalidad requiere de la presencia de un “paralelismo”, a partir del cual la evolución de las variables por las que se compite (especialmente cantidades y precios) presentan tendencias armónicas por parte de un número plural de agentes económicos durante un tiempo; así mismo, se exige la presencia del elemento “consciente” que involucra el conocimiento de las políticas que están desarrollando los competidores y la decisión de imitarlas o seguirlas de manera reiterada, debiendo descartarse que el comportamiento paralelo haya sido el resultado de estrategias unilaterales e independientes o de una simple coincidencia y no de una verdadera imitación que se presente con razonable frecuencia.¹⁰⁹

Por último, el requisito de la comisión de una conducta por ‘objeto’ o ‘efecto’, determina los alcances de la prohibición de los acuerdos restrictivos en dos sentidos: el primero, por su potencialidad de causar daño al mercado (objeto), considerándose idóneo para obtener el propósito anticompetitivo específico que la norma establece, sin que sea necesario que acontezca el resultado esperado para sancionar su sola celebración e intención de realizar la conducta¹¹⁰; y el segundo, por el resultado de la acción (efecto), el cual debe adecuarse a lo dispuesto por el legislador, censurándose sin tener que indagar sobre la intención o propósito que tuvieron los competidores al celebrar el acuerdo¹¹¹.

Éstos dos alcances, se identifican con cada uno de los tipos de acuerdo que el Artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, presenta a título enunciativo (dejando

¹⁰⁹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 5613, 26 de febrero de 2002. Por la cual se ordena la terminación de una investigación.

¹¹⁰ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 23890, 29 de abril de 2011. Por la cual se imponen unas sanciones.

¹¹¹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 03322, 21 de febrero de 2005. Por la cual se cierra una investigación.

abierta la posibilidad para que estos acuerdos restrictivos se configuren bajo otros comportamientos distintos), en los siguientes términos:

ARTÍCULO 48: “Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el Artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

- 1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.*
- 2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.*
- 3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores entre productores o entre distribuidores.*
- 4. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.*
- 5. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.*
- 6. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos.*
- 7. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.*
- 8. Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar su niveles de producción.*
- 9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.*
- 10. Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.”*

Pese al carácter no taxativo de los comportamientos antes mencionados, a continuación desarrollaremos brevemente la aplicación que cada uno de ellos puede tener en el transporte terrestre de carga a partir de las conductas particulares que, investigadas o no por la autoridad de competencia, aquejan el sector, pues representan el concierto de dos competidores (acuerdos horizontales) o de diversos agentes económicos que se encuentren en diferentes escalones de la actividad, como los que pueden suscitarse entre generadores de carga y empresas transportadoras (acuerdos verticales).

2.3.2.1 Acuerdos de fijación de precios

Las normas de protección a la libre competencia prohíben los acuerdos que tengan por objeto o efecto la fijación de precios, buscando con ello que el valor de los bienes y servicios ofertados se forme a partir de las reglas propias del mercado y las decisiones autónomas de cada empresa, no por el arreglo entre los competidores para establecer cuantías idénticas (fijación directa) o crear mecanismos para dejar de competir por esta variable, como porcentajes máximos o mínimos de descuento, rangos de fluctuación entre dos sumas, piso, techo, adopción de referenciales únicos, entre otros (fijación indirecta).¹¹²

En materia de transporte terrestre de carga, la fijación de precios se traduce en pactar los fletes del transporte, conducta que ha sido sancionada por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución 21821 de 2004¹¹³, donde se investigó un acuerdo celebrado entre, el generador de carga, Cristalería Peldar S.A. y, las empresas transportadoras, Cooperativa Transportadora De Zipaquirá, Cooperativa Colombiana De Transportadores Ltda, y Transportes

¹¹² COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 670, 29 de enero de 2001. Por la cual se resuelve un recurso.

¹¹³ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 21821, 01 de septiembre de 2004. Por la cual se impone una sanción y se prohíbe la ejecución de una conducta.

Rápido Nietos Ltda, por el cual definieron la tarifa de fletes de transporte de vidrio plano para el año 2003 desde la planta de Peldar, ubicada en el municipio de Cogua, hasta cada uno de los diferentes puntos de distribución.

Aunque la conducta antes descrita no fue perpetrada en el actual régimen de libertad vigilada sino bajo la regulación de relaciones económicas vigente en el año 2003 (expresada en la Resolución 3000 de 2003 del Ministerio de Transporte), este caso puede ser de gran utilidad para nuestra investigación, toda vez que las tablas de fletes estipuladas por aquella normativa se dirigían únicamente al pago que debe hacer la empresa de transportes al propietario del vehículo. Así lo pone en evidencia la Superintendencia de Industria y Comercio, al expresar:

“Analizando el contenido de la Resolución 3000, se tiene la tabla de fletes a que se refiere, está dada para regular las relaciones económicas entre las empresas transportadoras de vehículos y los dueños de los vehículos o los conductores de los mismos. Pero en lo correspondiente a las relaciones entre las empresas de transporte y los usuarios de este servicio no existe ninguna regulación, motivo por el cual existe plena libertad para que cada usuario elija la empresa de transporte con que desea contratar, como para que negocie los fletes correspondientes a la operación, pues en ninguna parte de la aludida resolución se establece que las empresas de transporte de carga especial, peligrosa o extra dimensionada, deban reunirse junto con el productor de la mercancía y con los distribuidores de la misma, para fijar el valor del flete”¹¹⁴

Este planteamiento, traído a la situación actual de competencia en el sector, nos permite concluir que no existe ninguna justificación racional para que las empresas de transporte determinen, entre ellas o con algunos productores, los fletes que regirán la prestación del servicio de transporte, pues con ello se restringe la eficiencia del mercado que el presente régimen de libertad vigilada pretende conseguir a través de la autonomía concedida a los agentes para negociar el

¹¹⁴ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 21821. Op. Cit.

precio del servicio tomando parámetro base los Costos Eficientes de Operación señalados por el Ministerio de Transporte.

2.3.2.2 Acuerdos sobre condiciones de venta o comercialización discriminatoria

El precepto legal que enuncia este tipo de acuerdos ha sido desintegrado por la doctrina nacional en dos direcciones: por un lado, en aquellos arreglos anticompetitivos entre competidores que tienen por objeto o efecto establecer u homogenizar las políticas de venta de sus productos, limitando la libre escogencia del consumidor al dejar de competir en cuestiones comerciales de sus negocios como forma de pago, entrega de bienes, presentación y contenido, entre otros (acuerdos que determinan condiciones de ventas)¹¹⁵; y en otro extremo, en aquellos pactos por medio de los cuales los competidores acuerdan, entre si o con una empresa de otro eslabón económico, brindar un tratamiento diferente a un agente en particular para desfavorecerlo frente a otros participantes del mercado con quienes tienen una relación comercial idéntica o que se ciñe por las mismas condiciones contractuales (acuerdos de comercialización discriminatoria)¹¹⁶.

Respecto del primer tipo de acuerdos, nos detendremos para expresar que las condiciones de prestación del transporte terrestre de carga son, en su mayoría, reglamentadas por el Ministerio de Transporte o el Gobierno Nacional, en consideración al carácter de servicio público que posee esta actividad; siendo imposible predicar la existencia de acuerdos anticompetitivos, por ejemplo, en la forma unánime como se ofrece el transporte por carretera de mercancías peligrosas, regulado por el Decreto 1609 de 2002¹¹⁷, o en las uniformidad del

¹¹⁵ VELANDIA, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo. Op. Cit, p. 136.

¹¹⁶ Ibídem. p. 140

¹¹⁷ Artículo 5. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1609 (31, julio, 2002). Por el cual se reglamenta el manejo y transporte terrestre automotor de mercancías peligrosas por carretera.

equipamiento complementario para el servicio de transporte terrestre de carga extra-dimensionada, regido por la Resolución 004959 de 2006¹¹⁸. Así las cosas, opinamos que si los acuerdos sobre determinación de condiciones de venta han de tener cabida en el sector, existe una mayor posibilidad de que provengan de los adquirentes del servicio que podrían acordar el supeditar la contratación de empresas transportistas al cumplimiento de condiciones iguales en temas de cargue y descargue, términos de pago, reconocimiento de tiempos de espera (*Stand by*), exigencia de seguros, entre otros.

Ahora bien, sobre los acuerdos de comercialización discriminatoria, opinamos que pueden agobiar el sector sin ninguna particularidad adicional a los rasgos característicos de esta práctica; debiéndose probar, para su sanción, que efectivamente hay un concierto horizontal o vertical de voluntades tendiente a desfavorecer a un agente de la actividad económica del transporte terrestre de carga mediante condiciones contractuales arbitrariamente desiguales que desalientan su participación en el mercado sin llegar al punto de excluirlo, pues con ello entraríamos en el escenario del acuerdo de limitación y obstrucción a la entrada al mercado que será estudiado más adelante.

2.3.2.3 Acuerdos de repartición de mercados

Este arreglo restrictivo de la competencia, consiste en la división del mercado por parte de productores y/o distribuidores a través de pactos que determinen quiénes serán los beneficiarios de sus ofertas, limitando la libre escogencia del consumidor

¹¹⁸ Literal g, Artículo 9. COLOMBIA. MINISTERIO DE TRANSPORTE. Resolución 004959, 08 de noviembre de 2006. Por la cual se fijan los requisitos y procedimientos para conceder los permisos para el transporte de cargas indivisibles extrapesadas y extradimensionadas, y las especificaciones de los vehículos destinados a esta clase de transporte.

al repartirse el ejercicio de la actividad económica por clientes, zonas geográficas o productos.¹¹⁹

Dentro del transporte terrestre de carga, dicho acuerdo podría verse materializado en la distribución de trayectos o tipos de carga a transportar entre las empresas competidoras; que, en caso de presentarse, deberán ser juiciosamente estudiados por la Superintendencia de Industria y Comercio para dilucidar si la cobertura de rutas o la especialidad de la carga corresponden a los objetivos logísticos, operativos y misionales de cada transportista o si, por el contrario, constituyen una decisión colectiva de segmentar la prestación del servicio en el mercado nacional.

2.3.2.4 Acuerdos de asignación de cuotas

Bajo esta previsión se prohíbe que los agentes acuerden qué tanto producirán o suministrarán un determinado bien, afectando las condiciones normales del mercado en las que aquellos factores dependen de la capacidad efectiva de las empresas, el comportamiento de la demanda y la cantidad de ofrecida por otros competidores.¹²⁰

Así, por medio de la asignación de cuotas, los participantes de un mercado fijan entre ellos sus niveles de producción, determinando el número de unidades que cada uno pondrá en el mercado para asegurar una porción de las ventas sin pérdidas o excesos de inventario, dejando de competir en perjuicio de la eficiencia económica procurada por las normas de competencia.

Sin embargo, para el sector objeto de análisis, este comportamiento no puede tener aplicación fáctica dada la sobreoferta de transporte que se evidencia en la gran cantidad de vehículos de carga que transitan por el territorio nacional, cuya

¹¹⁹ VELANDIA, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo. Op. Cit, p. 142 – 145.

¹²⁰ Ibídem. p. 147

detención o estancamiento generan onerosos costos para las empresas de transporte y/o propietarios, frente al provecho que éstas pudieran obtener del acuerdo anticompetitivo.

2.3.2.5 Acuerdos de asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento

Por medio éstos acuerdos se afecta la libre oferta y demanda de materias primas o insumos productivos, entendidos como aquellos bienes intermedios que requieren de trabajo para llegar a satisfacer necesidades de los consumidores¹²¹.

Atendiendo la anterior descripción, encontramos que en el transporte de carga por carretera el insumo productivo por excelencia es el vehículo automotor con el cual las empresas transportistas desarrollan su actividad sirviéndose del trabajo de un conductor y del soporte logístico de los empleados de planta para prestar el servicio de transporte a quienes lo demandan.

En ese sentido, el acuerdo en comento puede consumarse en el sector por la restricción que se haga de la venta de vehículos de carga como fuente de abastecimiento de estos insumos productivos, bien sea a través de su asignación, pactando las marcas de vehículos que conformaran el parque automotor de cada competidor; de su repartición, distribuyendo los vendedores de camiones entre las empresas transportistas; o de su limitación, rehusándose, de común arreglo, a ‘chatarrazar’ su parque automotor o vender cupos de reposición para desincentivar la adquisición de vehículos.

¹²¹ *Ibíd.* p. 162

2.3.2.6 Acuerdos de limitación de desarrollos tecnológicos

La regulación de prácticas restrictivas de la competencia prohíbe aquellos acuerdos que tengan por objeto o efecto la limitación a los desarrollos técnicos, con la intención de proteger la eficiencia del mercado ya que en muchos sectores, como en el transporte terrestre de carga, las nuevas tecnologías permiten el ahorro de costos, la mejora en la calidad y la mayor competitividad. De esta forma, nuestro ordenamiento reprocha que las empresas convengan bloquear la entrada al mercado de novedades o dejar de competir con tecnología cuando requieren de un tiempo para recuperar la inversión que hasta el momento han hecho, despreocupándose por adquirir mejoras provechosas para el consumidor¹²². Para entender esta última situación, tomaremos un ejemplo con el sector de nuestro interés:

Dentro de la situación actual del transporte terrestre de carga se destaca, como desarrollo técnico, el uso de sistemas monitoreo satelital en la prestación del servicio que es un soporte logístico a la vanguardia de las tecnologías de la información empleado para controlar en tiempo real el transporte y la distribución de carga, cuyos continuos avances agencian grandes mejoras en los procesos de gestión en las empresas, reduciendo costos, tiempos de entrega y riesgos para beneficio de cliente y confiabilidad en la toma de decisiones del transportista.¹²³ Ahora, supóngase que para alcanzar éstas facilidades, los transportadores de un mercado relevante adquieren la aplicación de monitoreo más reciente pues, a pesar de representar un costo significativo, es una herramienta bien valorada por sus clientes; garantizando el retorno de su inversión, con un acuerdo que prohíbe mejorar, dentro de los cinco años siguientes, los sistemas de posicionamiento

¹²² *Ibíd.* p. 161

¹²³ HERNANDEZ, Ana; ALVAREZ, Héctor y ARANGO, Bibiana. Los Sistemas de Monitoreo Satelital, una propuesta logística integral para el manejo de la cadena de suministro en las Empresas del sector transporte. *En*: Revista electrónica gestión de las personas y tecnología. Universidad Santiago de Chile. Vol 5, No 13, 2012, p 228 -237. ISSN 0718. Disponible en <<http://www.revistas.usach.cl/ojs/index.php/revistagpt/article/viewFile/612/590#>> [Consultado, 12 de Febrero de 2014].

global de vehículos, del cual se deriva el objeto o efecto censurado al dejar de competir en temas de seguridad y vigilancia que son un fuerte motivo de contratación por parte del generador de carga como consumidor de sus servicios, quien verá limitada su libre escogencia y entorpecido el desarrollo industrial en el lapso concertado.

2.3.2.7 Acuerdos sobre ventas atadas

Las ventas atadas consisten en subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones extrañas y accesorias que no guardan ninguna relación o nexo con la naturaleza del objeto de negocio. Respecto de esta conducta, debe interpretarse que la referencia al suministro es extensiva a cualquier tipo de relación en donde un empresario proporcione, entregue, venda, o aprovisione bienes o servicios a consumidores.¹²⁴

Precisado el anterior alcance, es posible comprender la factibilidad de este tipo de acuerdos en el transporte terrestre de carga colombiano, especialmente en forma vertical, atando la movilización de la carga a la adquisición de servicios conexos como: el uso de un embalaje específico, el almacenamiento de lo transportado en un depósito particular, la utilización de ciertos servicios aduaneros o la compra de un seguro de transporte a determinadas firmas, entre otros.

2.3.2.8 Acuerdos de abstenerse a producir o afectar los niveles de producción

La prohibición que hace el Decreto 2153 de 1992 sobre estos acuerdos recae en dos supuestos: por una parte, se sanciona a los agentes económicos que acuerden salir del mercado absteniéndose de producir un bien o servicio; y en otro

¹²⁴ VELANDIA, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo. Op. Cit, p. 154

extremo, se reprochan aquellos acuerdos con los que se persiga, o logre, afectar los niveles de producción.

En el transporte terrestre de carga, la primer conducta prohibida implica que los agentes económicos que ofrecen el servicio se comprometan a cesar la movilización de algún tipo de carga específico (como producto al que renuncian) o, en caso de no ser actuales oferentes de alguna línea de transporte, se comprometan a no participar en dicho mercado.

Por otra parte, para el segundo supuesto, que implica la reducción de la oferta por parte de los transportadores, descartamos su viabilidad en el sector por las mismas razones que aducimos al estudiar los acuerdos de asignación de cuotas.

2.3.2.9 Colusión en licitaciones o concursos

Las licitaciones públicas y los concursos permiten a las entidades y funcionarios encargados de planear y ejecutar recursos públicos obtener los mejores bienes al menor precio del mercado a través de procesos de selección objetiva donde deben asegurarse a los participantes condiciones de transparencia económica, libre competencia, igualdad y responsabilidad, con el objeto de adquirir la propuesta más favorable. Así, es evidente que dichos procesos son esencialmente competitivos pues a ellos están llamadas a concurrir tantas empresas como existan en el mercado, siendo necesario brindar a los proponentes la posibilidad de acceder o participar sin barreras injustificadas; garantía que no solamente se materializa con el diseño de un proceso y unos pliegos de condiciones que impidan la coordinación entre los competidores, sino que también exige censurar todo acuerdo o comportamiento anticompetitivo que se pueda advertir en las licitaciones o concursos. De esta forma, surgen distintas vías para reaccionar frente a la colusión, que van desde las mismas normas de la contratación estatal, declarando desierto el proceso o rechazando las propuestas de los proponentes

coluidos (si se previó como consecuencia en los pliegos de condiciones), hasta las sanciones penales consagradas en el Artículo 410 A del Código Penal. No obstante, en materia de protección a la libre competencia, conviene mencionar que la colusión en estos procesos es reprochada por las normas antimonopolio, toda vez que representan un acuerdo restrictivo, inclusive si no produce el resultado anticompetitivo (pues se prohíbe tanto por objeto como por efecto), que pueden realizar quienes en desarrollo de su actividad participen en una licitación, la cual desde una amplia interpretación de la disposición normativa, podría ser aplicable tanto a procesos de contratación pública como de contratación privada; sin embargo, el alcance dado por la Superintendencia de Industria y Comercio la encuadra en temas de contratación estatal, donde también puede verse inmerso en responsabilidad el servidor público que se coluda con uno o varios de los proponentes o aquel que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere dicha infracción.¹²⁵

De igual forma, bajo el criterio de la Superintendencia, los acuerdos de colusión por medio de los cuales se alteran las condiciones en las que se desarrollan los procesos de selección con el Estado, pueden orquestarse de dos formas: bajo la asignación de mercados, es decir, el acuerdo entre los oferentes coluidos de repartirse el mercado por zonas geográficas o clientela, presentando sus ofertas para licitar de manera estratégica con el objeto de favorecer dicha repartición; o bajo el pacto de propuestas complementarias por el que convienen en allegar sus propuestas no buscando obtener la adjudicación, sino pretendiendo que ellas sirvan de herramientas que favorezcan específicamente a uno de ellos. En cualquier caso, la colusión conlleva a generar diversos efectos negativos tanto para los demás proponentes, quienes ven vulnerado su derecho de participar en un proceso de selección justo y regido por los principios de igualdad de oportunidades y de transparencia; como para el Estado, que recibe un perjuicio en

¹²⁵ ARCHILA, Emilio y PABÓN. Colusión en licitaciones y concursos: el caso paradigmático para las entidades públicas. Op. Cit. p. 13 -16.

costos monetarios y de transacción por el impacto negativo de la creación de asimetrías de información entre los proponentes y de la elevación en los precios de los bienes y servicios ofrecidos o de su reducción de calidad; perjudicando también a la comunidad en general, por cuanto se afecta negativamente el bienestar social, al darse una pérdida irrecuperable de eficiencia en el mercado por el aumento injustificado de las utilidades percibidas por los participantes coluidos.¹²⁶

Para el sector de nuestro interés, afirmamos la aplicación de esta restricción pues el transporte de carga por carretera ofrece una clase de productos demandados por entidades públicas bajo el Código Estándar de Productos y Servicios de Naciones Unidas (UNSPSC) número 78101800, perteneciente al grupo de servicios – segmento de transporte, almacenaje y correo – familia de transporte de correo y carga. No obstante, como la prohibición estudiada versa sobre el proceso de contratación y no sobre particularidades del mercado en el que se ubican los oferentes, no observamos necesario explayar más precisiones que la simple verificación de que en Colombia efectivamente se realizan concursos y licitaciones para adjudicar contratos estatales de transporte terrestre de carga.

2.3.2.10 Acuerdos que limitan u obstruyen la entrada al mercado y a los canales de distribución:

Estos acuerdos constituyen un práctica anticompetitiva encaminada a impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de distribución, afectando así la variedad de precios y bienes que debe existir en condiciones de sana competencia pues, por conducto de ellos, los participantes reprimen la entrada a nuevos competidores o disminuyen las opciones potenciales para que otros agentes

¹²⁶ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 40901, 28 de junio de 2012. Por la cual se imponen unas sanciones.

interesados ingresen al mercado, creando barreras, entre las cuales la autoridad de competencia ha identificado: las campañas para desestimular la adquisición del producto ofrecido por el nuevo competidor, las estrategias encaminadas a evidenciar los riesgos de un nuevo producto, la inclusión de cláusulas de exclusividad y de reciprocidad, la disuasión a posibles clientes del nuevo competidor a través de precios inferiores y la presión u ofrecimiento de dadas a los fabricantes de materias prima para que no presten sus servicios a nuevos competidores.¹²⁷

Así las cosas, este acuerdo puede presentarse de manera vertical en el transporte terrestre de carga, mediante las cláusulas de exclusividad entre el porteador y el generador de carga, cuando no nazcan de la voluntad autónoma de los contratantes sino de la intención de crear un daño irremediable en la competencia como, por ejemplo, cuando existe un solo generador de carga en el mercado relevante.

Por otra parte, el acuerdo en mención puede ser convenido entre competidores del sector, al pactar cláusulas accesorias de no competencia en la transferencia de líneas de vehículos destinados al transporte de algún tipo de carga especial, donde la empresa vendedora se obliga a salir del servicio que con ellos ofrecía para garantizar al comprador la cesión del valor íntegro de los activos adquiridos. Igualmente, opinamos que la ilicitud de dichos acuerdos debe estudiarse en la medida en que desborden la proporcionalidad que requiere el retorno de la inversión y no impidan la entrada de otros competidores al mercado, considerando el tamaño del mercado relevante, el número de oferentes y la participación de cada una de las partes contratantes.¹²⁸

¹²⁷ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 65477. Op. Cit.

¹²⁸ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 46325, 31 de agosto de 2010. Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar.

2.3.3 Abuso de la posición dominante:

La posición dominante es definida por el Decreto 2153 de 1992 como “la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”¹²⁹; esta noción ha sido asociada, por la Superintendencia de Industria y Comercio, a la capacidad que tiene un agente para modificar significativa y unilateralmente el precio, las cantidades ofrecidas u otra variable representativa del mercado relevante, excluyendo a sus actuales o potenciales participantes y manteniendo la alteración de forma perdurable, porque la reacción de sus competidores o de los consumidores no es suficiente para disuadirlo de cambiar su conducta¹³⁰.

Por su parte, la Corte Constitucional, teniendo en cuenta la prohibición expresa que hace nuestra carta política sobre esta práctica restrictiva, ha señalado:

“La posición dominante se refiere a un poder de mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable. El poder de mercado implica menos participación colectiva en la fijación de precios y cantidades y, correlativamente, mayor unilateralidad y relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes que, de llegar a ser avasallantes, sustituyen los mecanismos de mercado.”¹³¹

Para determinar si algún competidor ostenta posición de dominio, la autoridad nacional de competencia, en Resolución 4285 de 2002¹³², ha considerado cuatro

¹²⁹ Numeral 5, Artículo 45. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2153 (30, diciembre, 1992). Op. Cit.

¹³⁰ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 15653, 10 de mayo de 2001. Por la cual se impone una sanción y se prohíbe una conducta.

¹³¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-375/1997. 14 de agosto de 1997. Magistrado Ponente: DR. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

¹³² COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 04285. Op, Cit.

parámetros que utilizaremos en nuestra investigación con el objeto de constatar si existe posición dominante en el sector estudiado:

Inicialmente, la Superintendencia de Industria y Comercio señala la importancia de analizar el mercado relevante para establecer cuáles son los bienes y servicios entre los que puede plantearse una competencia efectiva, así como el ámbito geográfico dentro del cual se comercializan, verificando la sustituibilidad entre los distintos productos ofrecidos y demandados en el correspondiente mercado. Este paso, lo hemos recorrido en títulos anteriores, donde concluimos que los mercados relevantes de nuestro sector se componen del trayecto o ruta que realizan cierto tipo de vehículos, encargados de satisfacer la demanda de transporte de alguna clase de carga, en presencia sustitutos directos tratándose de transporte de hidrocarburos en los trayectos que cubren oleoductos instalados para los mismos fines.

En segundo lugar, destaca la pertinencia de observar las barreras de entrada que existen en el sector, pues éstas describen los factores que impiden, dificultan o retrasan el acceso de potenciales competidores a un mercado determinado para competir en condiciones someramente similares a las de los agentes ya establecidos, acrecentando el poder de mercado que ellos tienen. Así, para el transporte terrestre de carga, anotamos que existen barreras legales relacionadas con el ingreso de vehículos por reposición¹³³, requisitos de habilitación para las empresas¹³⁴ y de registro de vehículos para los propietarios¹³⁵; además, encontramos barreras económicas, como el elevado costo de los vehículos propios, la vinculación de vehículos ajenos, la prolongación del retorno de la inversión, el soporte logístico requerido, entre otras.

¹³³ Artículo 2. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2085 (11, junio, 2008). Por el cual se reglamenta el ingreso de vehículos al servicio particular y público de transporte terrestre automotor de carga. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2008.

¹³⁴ Artículo 13. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 173 (05, febrero, 2001). Op. Cit.

¹³⁵ Artículo 24. *Ibidem*.

Ahora, como tercer parámetro adoptado por la autoridad de competencia, conviene identificar las cuotas de participación que tiene cada agente debido a que éstas reflejan su porción de mercado y su capacidad para determinar sus condiciones y obstaculizar la competencia efectiva. En relación con nuestro sector, hemos destacado el excesivo número de vehículos que ofrecen el servicio, precisando que cerca del 70% pertenecen a personas naturales que los vinculan en las distintas empresas que se distribuyen en 27 departamentos del país y prestan sus servicios por todo el territorio nacional, en extensiones difíciles de delimitar; junto a ello, no tenemos registro de algún competidor que opere exclusivamente en una zona particular, por cuanto no ha habido un pronunciamiento de la Superintendencia de Industria y Comercio ni de las autoridades del sector en el que se reconozca posición de dominio a alguna empresa transportadora o se exprese preocupación por la monopolización de un trayecto.

Por lo anterior, no podemos inferir la existencia de posición dominante en el sector del transporte terrestre de carga; sin que ello quiera decir que no puedan existir casos aislados, no percibidos por las autoridades, donde la movilización de una carga específica sea efectuada por un reducido número de agentes que tengan la totalidad de participación sobre aquel mercado relevante. En ese sentido, es prudente acudir a la cuarta variable establecida por la Superintendencia de Industria y Comercio, para descartar la posición de dominio, incluso en aquellas eventualidades. Esta última, corresponde a la posibilidad que los demás competidores o los consumidores tengan para contrarrestar al presunto poderío del agente; frente a la cual es evidente, para el sector que nos atañe, que los contendores pueden fácilmente ingresar a aquellas zonas dominadas y competir sin necesidad de tener su sede principal cerca de ellas, mientras que los generadores de carga gozan la facultad de contratar otros agentes y solicitar que lleven sus vehículos hasta el lugar donde se requieren otras ofertas alternativas,

cambiando sus preferencias o sustituyendo el servicio prestado por el dominante hipotético.

En síntesis, pese a que prevemos una gran dificultad para hablar de “posición dominante”, en el transporte terrestre de carga, abordaremos en forma concisa los alcances de cada una de las conductas que nuestro ordenamiento considera abusivas de ella, concretando algunas repercusiones particulares que podrían tener en dicho sector, en el evento de que llegaren a presentarse. Éstas conductas se consagran en el Artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, que reza:

“ARTÍCULO 50: Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el Artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

- 1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.*
- 2. 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.*
- 3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.*
- 4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.*
- 5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de 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.

6. <Numeral adicionado por el Artículo 16 de la Ley 590 de 2000> Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.”

2.3.3.1 Precios predatorios

Los denominados “precios predatorios” constituyen un abuso de la posición dominante, entendido como la conducta del agente económico que, gracias al poder que posee en el mercado, decide disminuir los precios de sus productos por debajo del nivel de sus costos como una estrategia para eliminar competidores o prevenir su entrada y expansión. Así, aduciendo ofrecer precios más baratos, se causa una alteración al mercado en general al anular las fuentes de competencia por parte de quien tiene la capacidad financiera suficiente para soportar pérdidas transitorias con el único objetivo de generar a futuro un entorno económico sin rivales.¹³⁶

De esta forma, para que pueda predicarse la existencia de este comportamiento abusivo, se requiere de la presencia de un elemento objetivo consistente en la venta por debajo de los costos, que la Superintendencia de Industria y Comercio asume como costos totales medios pues la norma no distingue una clase especial de costos, debiéndose interpretar que con ello se refiere a los costos en que incurre la empresa para la ejecución de su objeto social divididos por el número de unidades producidas, los cuales han de compararse con los precios de venta para corroborar efectivamente la disminución aludida. Además, se exige la concurrencia

¹³⁶ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 30835, 14 de diciembre de 2004. Por la cual se cierra una investigación.

de un elemento subjetivo que es la intención ilegítima de excluir a los competidores existentes o de impedir la entrada de nuevos contendientes; éste puede demostrarse a partir de indicios que vinculen la disminución de precios con el desplazamiento de los competidores, a falta de explicaciones lógicas como promociones, venta de productos perecederos, tecnológicamente atrasados o de poco interés.¹³⁷

Para el transporte terrestre de carga, resulta sencillo percibir el ofrecimiento de precios predatorios ya que la regulación actual del sector obliga a las empresas transportadoras a no pactar fletes o valores a pagar por debajo los Costos Eficientes de Operación definidos por el Ministerio de Transporte en el sistema de información “SICE-TAC” que calcula los costos de este servicio público de acuerdo a las características propias de cada viaje (tipo de vehículo, tipo de carga, origen/destino, horas estimadas de espera, cargue y descargue) y los gastos fijos o variables que acarrearán.

2.3.3.2 Condiciones discriminatorias

Las normas de protección a la libre competencia contemplan, como abuso de la posición dominante, aplicar condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes que coloquen a un consumidor o proveedor en una situación desventajosa frente a los demás. Por lo que esta conducta postula igualmente la coexistencia de dos elementos: el primero de ellos es la condición del agente que debe tener una posición dominante ya sea como oferente o demandante; y el segundo es que dicho agente “discrimine”, es decir, ofrezca un trato diferente sobre una prestación que los agentes discriminados desarrollen o ejecuten en forma análogas a otros, colocándolos, sin justificación objetiva, en un escenario

¹³⁷ COLOMBIA. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. Sección Primera. Sub-sección A. Fallo de Marzo 04 de 2010. Exp. 200600790. Magistrado ponente: DR. LUIS MANUEL LASSO LOZANO.

desfavorable, visto como un efecto anticompetitivo que no necesariamente implica la salida del mercado¹³⁸. Ello podría aplicar al sector transporte, siempre que se preste el servicio en condiciones distintas y perjudiciales a generadores de carga que demanden el traslado de mercancías iguales por el mismo tipo de vehículos y trayectos, bajo idénticos acuerdos de tiempos, cargue y descargue.

2.3.3.3 Ventas atadas

Se tipifican como abuso de la posición dominante aquellos actos que tengan por objeto o efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituyen la esencia del negocio. Debe aclararse que la expresión “obligaciones adicionales” exige la tarea de distinguirse cuál es el servicio principal que se presta para verificar que la condición impuesta no pertenezca a su carácter propio; infiriendo que se trata de dos productos distintos y pertenecientes a mercados independientes, por lo que, en ausencia del comportamiento de venta atada, la demanda del producto vinculado no se efectuaría a la empresa dominante.¹³⁹

Similar a la vinculación que hicimos del acuerdo de ventas atadas al sector estudiado, opinamos que las obligaciones adicionales deben versar sobre servicios conexos al transporte, con la diferencia que tratándose de “abuso de posición dominante”, el servicio conexo debe ser ofrecido por la empresa de transporte u otra empresa que comparta su mismo núcleo de dirección ya que la conducta analizada se ejecuta unilateralmente.

¹³⁸ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 40912, 28 de junio de 2012. Por la cual se imponen unas sanciones.

¹³⁹ *Ibíd.*

2.3.3.4 Venta diferenciada

Quien ostenta posición de dominio en un mercado debe afrontar la prohibición de vender a un comprador en condiciones diferentes de las que ofrece a otro, si con ello demuestra un eventual interés particular en disminuir o eliminar la competencia del mercado adquiriente. En ese sentido, se constituye una infracción a las normas de competencia, siempre que se reúnan dos supuestos a saber: la venta diferenciada y la intencionalidad de afectar la competencia generando desequilibrios o barreras en el mercado¹⁴⁰. De esta manera, a diferencia de la conducta de condiciones discriminatorias, la venta diferenciada del servicio de transporte no se extiende a cualquier tipo de operaciones equivalentes, sino que se restringe a aquellas relacionadas con la adquisición del servicio, es decir con el cobro de un mayor flete a un generador de carga que a otro para menguar la competencia del mercado en el que ambos participan debido a que el bien producido por el agente desfavorecido llegaría con un valor agregado que incrementa su precio al consumidor final.

2.3.3.5 Ventas seccionales con subsidios cruzados

Se considera que una empresa con posición dominante dentro de un mercado de determinado producto no puede, en forma abusiva, variar los precios de un lugar a otro como estrategia para extender su poder, compensando la baja de precios en una zona con la imposición de precios un poco mayores en otra, para evitar que se generen pérdidas¹⁴¹. Así, dicho actuar se compone de tres elementos: el primero de ellos consiste en que el agente dominante venda productos con precios diferenciales en distintos lugares del territorio colombiano; el segundo recae sobre

¹⁴⁰ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 53992, 14 de septiembre de 2012. Por la cual se imponen unas sanciones.

¹⁴¹ COLOMBIA. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. Sección Primera. Sub-sección B. Fallo de Noviembre 29 de 2007. Exp. 200101029. Magistrado ponente: DR. FREDY IBARRA MARTÍNEZ.

la intención o efecto anticompetitivo dirigido a disminuir o eliminar la competencia en la parte del país donde ofrece a precios bajos; y el tercer elemento corresponde a la falta de justificación empresarial de la diferencia zonal de precios, es decir, a que ella no se deba a la estructura de costos de transacción, entendida como la relación entre el costo que supone colocar el producto en el mercado respectivo y su precio de venta en las distintas ciudades donde se oferta.¹⁴²

En materia de transporte terrestre de carga, la realización de este comportamiento se congracia con la cobertura de trayectos, que permitiría al dominante hipotético asumir pérdidas en algunas rutas que son competidas para ganar un mayor número de compromisos contractuales, subsidiándolas con los ingresos que obtiene en el transporte a otros destinos donde tenga afianzado su poder de mercado.

2.3.3.6 Conductas de obstrucción

La obstrucción o cierre anticompetitivo del mercado hace referencia a una situación en que las posibilidades de acceso y permanencia de competidores concurrentes o potenciales en el mercado resultan menoscabadas como consecuencia de una conducta exclusoria y restrictiva de la competencia desplegada por una empresa con posición de dominio. Por lo tanto, la obstrucción sólo puede predicarse de un comportamiento que, además de impedir el acceso, se realice contra un tercero y se ejerza sobre un mercado o un canal de comercialización.¹⁴³

En consecuencia, lo que produce este tipo de abuso de posición de dominio es que un agente dominante dentro de un mercado se valga de su poder para eliminar la competencia en un mercado conexo, que tenga una relación directa o

¹⁴² COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 15653. Op, Cit.

¹⁴³ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 40912. Op, Cit.

consecuencial con el que domina, o para obtener una ventaja competitiva que puede verse representada en aumentar o conservar su participación en dicho mercado vecino.¹⁴⁴ Tal puede ser el caso, en el sector que nos ocupa, de las empresas que además de ofrecer servicios de transporte, compiten también en el mercado local de mantenimiento de vehículos, obligando a los propietarios que celebran con ellas el contrato de vinculación a reparar sus camiones o comprar repuestos en sus establecimientos, creando una barrera artificiosa para las demás fabricas de aquel ramo económico; igualmente, puede plantearse en los eventos donde el porteador dominante participe en el mercado del bien transportado afectando, desde su servicio de transporte de carga, el normal arribo y acceso de los productos competidores.

2.3.4 Prohibición general de comportamientos contrarios a la libre competencia

Acompañando el catalogo de prácticas comerciales restrictivas que son sancionadas por las normas de protección a la libre competencia, se encuentran dos prohibiciones generales que nuestro ordenamiento estipula para reprochar los demás comportamientos anticompetitivos que, pese a no encontrarse expresamente tipificados, pueden generar un impacto negativo en la eficiencia de los mercados nacionales. Así, mencionamos en primer lugar, el Artículo 46 de Decreto 2153 de 1992, que pregona:

“ARTÍCULO 46: En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presentes Decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito.”

¹⁴⁴ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 4907, 18 de febrero de 2013. Por la cual se imponen unas sanciones.

Esta cláusula general no representa dificultad interpretativa por cuanto ofrece una prohibición abierta a todas aquellas conductas que alteren la libre competencia de los mercados, predicando de las mismas la existencia de objeto ilícito; motivo por el cual, consideramos que puede acoplarse a cualquier actuar anticompetitivo que se desate en el transporte terrestre de carga, representando un riesgo efectivo o potencial para la libre entrada de empresas al sector o la libre escogencia del generador de carga que no se encuentre previsto dentro de los actos, acuerdos o abuso de posición dominante estudiados bajo los títulos precedentes.

Caso contrario ocurre con la segunda prohibición general, inmersa en el Artículo 1 de la Ley 155 de 1959, que a continuación se cita:

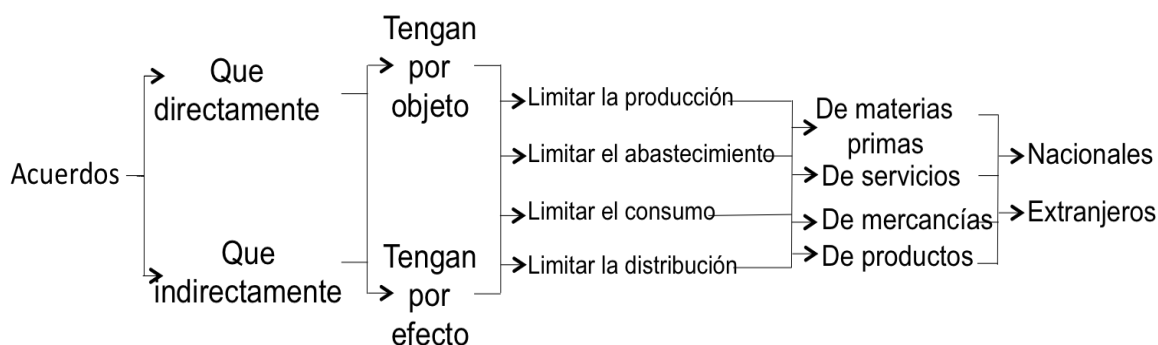
“ARTÍCULO 1: Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.”

Esta disposición plantea inconvenientes de interpretación, toda vez que no expresa una única prohibición abierta, sino que enuncia una serie de conductas que la Superintendencia de Industria y Comercio ha considerado prudente separar en tres grupos: (1) los acuerdos que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros; (2) las prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia; y (3) las prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.¹⁴⁵

¹⁴⁵ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 37790, 19 de julio de 2011. Por la cual se archiva una investigación.

Respecto del primer grupo, entendemos que el fin de la norma es evitar que por acuerdos restrictivos se reduzca la oferta y, por ende, se incrementen los precios, por lo que prohíbe cualquiera de las siguientes combinaciones:

Figura 8. Acuerdos implícitos en el Artículo 1 de la Ley 155 de 1959



Fuente: Elaboración propia

En relación con el segundo grupo, precisamos que la autoridad de competencia asume la expresión “prácticas, procedimientos o sistemas” como el ejercicio de actividades unilaterales o plurilaterales, sin distinguir quien las desarrolla; no exigiendo una condición especial frente al mercado ni una posición de domino.¹⁴⁶

Por su parte, para el tercer grupo, la locución “tendiente a mantener o determinar” indica que no sólo se castiga el efecto sino que también se reprocha que el desarrollo de la práctica tenga como fin mantener o determinar precios inequitativos, debiéndose verificar si es idónea para ello; comprendiéndose por “precios inequitativos o excesivos” aquellos que se encuentran en niveles

¹⁴⁶ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Concepto Número 11130722, 02 de diciembre de 2011.

artificiales y significativamente altos frente a la naturaleza propia del mercado y que pueden conducir a distorsiones explotativas en las que se tome ventaja de los consumidores.¹⁴⁷

Finalmente, concluimos este acápite, recordando nuestra postura sobre la adecuación del sistema de regla de la razón para las disposiciones antes mencionadas, toda vez que constituye un método para establecer la ocurrencia o existencia de la conducta anticompetitiva que analiza la naturaleza, propósito y efecto de la práctica investigada, antes de afirmar su legalidad o ilegalidad, y permite tomar particularidades del sector estudiado para defender la racionalidad del comportamiento que no se encuentre expresamente tipificado.

2.4 APLICACIÓN DEL REGIMEN DE EXCEPCIONES AL SECTOR DEL TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA

El régimen de excepciones en materia de protección a la libre competencia preceptúa casos especiales donde, por mandato legal, la autoridad de competencia debe abstenerse de investigar o sancionar la realización de algunas de las prácticas comerciales restrictivas antes descritas, pues reportan eficiencias necesarias para la economía nacional que se sobreponen al impacto recibido por el mercado afectado.

Éstos eventos peculiares se encuentran previstos en dos normas a saber: por un lado, en el párrafo del Artículo 1 de la Ley 155 de 1959, que faculta al gobierno para autorizar aquellos acuerdos anticompetitivos que procuren defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general, instituyendo las denominadas ‘excepciones de bloque’; y de otra parte, se encuentran las excepciones expresamente consagradas en el

¹⁴⁷ *Ibíd*em

Artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 para los casos de investigación y desarrollo, normas técnicas y facilidades comunes.

A continuación, abordaremos cada uno de éstos preceptos en cuanto a sus alcances y términos de aplicación para el transporte terrestre de carga, teniendo en cuenta la calidad del sector como básico de la economía y las particularidades señaladas en relación a sus condiciones de competencia.

2.4.1 Excepciones de bloque estipuladas por la Ley 155 de 1959

El otorgamiento de un tratamiento privilegiado a las conductas anticompetitivas que brinden estabilidad a un sector, se prevé en el parágrafo del Artículo 1 de la Ley 155 de 1959, bajo el siguiente texto:

“ARTÍCULO 1 - 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.”

Por consiguiente, para evaluar la aplicación de esta disposición al sector de nuestro interés, conviene precisar qué se entiende por “sector básico de la producción”, atendiendo la definición brindada por el Artículo 1 del Decreto 1302 de 1964:

“ARTÍCULO 1: Para los efectos del parágrafo del Artículo 1° de la ley 155 de 1959, considéranse 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 estructurar racionalmente la economía del país y abastecerlo de bienes o servicios indispensables al bienestar general, tales como:

a. 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.

b. La producción y distribución de combustibles y la prestación de los servicios bancarios, educativos, de transporte, energía eléctrica, acueducto, telecomunicaciones y seguros” (El subrayado es nuestro).

Contemplada la inclusión del transporte como sector básico de la producción nacional, procedemos a delimitar los alcances que la Superintendencia de Industria y Comercio ha conferido a los anteriores cánones; considerados, por algunos doctrinantes¹⁴⁸, tácitamente derogados por la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y la expedición del Decreto 2153 de 1992, en razón al paso de una economía proteccionista a un modelo social de mercado que privilegia la iniciativa privada y la libre competencia. De esta forma, independientemente de la vigencia de los contenidos expuestos, la autoridad de competencia ha mantenido la posibilidad de aplicar excepciones de bloque, salvo en los casos que sean objeto de investigación o que ya hubiesen sido sancionados, bajo los parámetros que define en su Circular Externa 10 de 2001¹⁴⁹.

En primer lugar, para que proceda el estudio de la petición tendiente a obtener el reconocimiento de una excepción de bloque, se requiere demostrar que se trata de un sector básico, no solamente expresando la referencia normativa antes transcrita, sino acreditando, además: la ubicación del sector en la clasificación internacional CIIU a 4 dígitos, donde el transporte terrestre de carga por carretera aparece bajo el código '4923' y comprende la movilización de troncos, ganado,

¹⁴⁸ A este respecto, véase: DE LA CRUZ, Dionisio. Excepciones y exenciones particulares a la aplicación de la Ley de protección de la competencia por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio. En: Revista Contexto. Bogotá D.C. Núm. 32 (Tercer cuatrimestre 2010); 97-113. ISSN 0123-6458. p. 101.

¹⁴⁹ Título VII, Capítulo I. COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Circular Externa Número 10, 19 de julio de 2001.

refrigerados, automóviles, carga pesada, refrigerada y a granel¹⁵⁰; el porcentaje PIB asociado con el sector durante los últimos dos años, cuya relevancia hemos destacado al inicio de este capítulo; la representatividad del sector en el mercado laboral, que en el transporte terrestre incluye el empleo de conductores, funcionarios encargados del soporte logístico y ofertas de trabajo en sectores conexos; y la interdependencia con otros sectores, que es indudable por el servicio público que el transporte de carga ofrece a distintas industrias de otros ramos económicos para ampliar sus mercados y comercializar sus productos.

Ahora, constituye un segundo requisito para la solicitud en comento, la descripción del acuerdo, convenio, práctica, procedimiento o sistema con el que se afectará la competencia, indicando las empresas participantes, el objeto, duración, normas cuya inaplicación temporal pretenden y su justificación en punto de defensa a la estabilidad del sector.

Así mismo, se exige hacer una serie de precisiones sobre la vulneración de las normas de competencia, teniendo de presente la eficiencia de la cadena productiva del sector objeto del acuerdo, el libre acceso de competidores, la libre escogencia del consumidor, la existencia de variedad de precios y calidad servicios. Todos ellos, factores que se cumplen para el transporte terrestre de carga como sector altamente competido.

Por último, la cuarta condición impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio para la aceptación de un bloque de excepción consiste en que las empresas interesadas dispongan de los mecanismos de vigilancia necesarios para que esta entidad pueda inspeccionar el comportamiento de las variables económicas del sector e incluso dar por terminado el acuerdo si considera superados los motivos de su celebración.

¹⁵⁰ NACIONES UNIDAS. DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES. Clasificación Internacional Industrial Uniforme. Serie M, No. 4, Revisión 4. 11 de agosto de 2008. p, 210 – 211. ISBN 978-92-1-361237-8. Disponible en: <http://unstats.un.org/unsd/publication/seriesM/seriesm_4rev4s.pdf> [Consultado, 16 de Febrero de 2014].

2.4.2 Excepciones consagradas en el Artículo 49 del Decreto 2153 de 1992

El Artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 excluye de las prohibiciones sobre comportamientos contrarios a la libre competencia, tres tipos específicos de actuaciones, prescribiendo:

“ARTÍCULO 49. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el Artículo 44 del presente Decreto, no se tendrán como contrarias a la libre competencia las siguientes conductas:

- 1. Las que tengan por objeto la cooperación en investigaciones y desarrollo de nueva tecnología.*
- 2. Los acuerdos sobre cumplimientos de normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente cuando no limiten la entrada de competidores al mercado.*
- 3. Los que se refieran a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes.”*

Para efectos de nuestra investigación, ahondaremos en cada una de las conductas numeradas ya que consideramos que el sector estudiado posee características que permiten predicar su aplicación a situaciones propias del transporte terrestre de carga.

2.4.2.1 Cooperación en investigaciones y desarrollo de nueva tecnología

Entendemos que este tipo de acuerdo, que en principio sería anticompetitivo porque consiste en combinar información, conocimientos y activos complementarios, genera mayores eficiencias que distorsiones de mercado pues se dirige a disminuir riesgos de la actividad, ahorrar costos, incrementar inversiones, agrupar técnicas, aumentar la calidad o diversificar el producto;

razones que permiten obviar su carácter restrictivo siempre que se verifiquen las mentadas eficiencias en beneficio del consumidor, no existiendo otro medio para alcanzarlas, y que quienes participen del acuerdo no reúnan una cuota de participación en el mercado relevante tan elevada que elimine la competencia.¹⁵¹

Dentro del sector que nos ocupa, éstos pactos exceptuados pueden versar sobre cinco frentes en los cuales el transporte requiere de apoyo tecnológico¹⁵²: (1) la locomoción y contención de la carga, determinados por la fabricación de mejores vehículos; (2) la infraestructura vial, representada en la construcción de nuevas rutas y la descongestión de las ya existentes; (3) la operación, que demanda desarrollos en manejo de información para la seguridad y control del tráfico; (4) el mantenimiento, actividad estratégica para preservar el capital instalado o conservar niveles aceptables de calidad en la prestación del servicio; y (5) el procesamiento de información, como apoyo a la gestión interna y logística de las empresas.

2.4.2.2 Acuerdos sobre cumplimiento de normas estándares

Esta excepción ha sido extendida por la Superintendencia de Industria y Comercio a diversos ámbitos, como la estandarización de diferentes calidades o tamaños de un producto determinado, el seguimiento de especificaciones técnicas útiles para la compatibilidad e interoperabilidad con otros productos o sistemas, la creación condiciones de acceso a un determinado distintivo de calidad o la autorización por parte de un organismo regulador, entre otros¹⁵³. No obstante, el cumplimiento de

¹⁵¹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 4851, 15 de febrero de 2013. Por la cual se ordena el cierre de una actuación administrativa.

¹⁵² Véase: MEXICO. SECRETARIA DE COMUNICACIONES Y TRANSPORTE. Nuevas Tecnologías de Transporte. Instituto Mexicano del Transporte. Publicación Técnica No. 47. Sanfandila, Qro. 1993. p, 3 -5.

¹⁵³ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 6839, 27 de febrero de 2010. Por la cual se imponen unas sanciones.

normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias, no puede esgrimirse como defensa a los acuerdos restrictivos que tengan por objeto o efecto la fijación de precios, ya que han sido excluidos por el Consejo de Estado¹⁵⁴, dada la incompatibilidad de su definición.

Así, dentro de los alcances señalados por la autoridad de competencia, pueden encuadrarse en esta excepción los pactos donde dos o más empresas transportadoras se comprometan a observar o participar en la creación de alguna de las Normas Técnicas emitidas, a título de recomendación, por el Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación (ICONTEC) en materia de transporte terrestre de carga, las cuales, hasta el momento, han abarcado temas como la tipología de vehículos¹⁵⁵, el transporte de carga extradimensionada o extrapesada¹⁵⁶ y la movilización de sustancias tóxicas, peligrosas, inflamables, y corrosivas¹⁵⁷. De igual forma, opinamos que en esta categoría se incluyen los acuerdos tendientes a llevar a la práctica de la actividad transportadora, los conceptos no vinculantes que el Ministerio de Transporte o la Superintendencia de Puertos y Transportes profieren como autoridades regulatorias del sector.

¹⁵⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala De Lo Contencioso Administrativo. Fallo de Enero 28 de 2010. Exp. 2001-00364-01. Consejero ponente: DRA. MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO.

¹⁵⁵ INSTITUTO COLOMBIANO DE NORMALIZACIÓN Y CERTIFICACIÓN. Tipología para vehículos de transporte terrestre de carga. NTC 4788 (30 de agosto de 2000). Bogotá D.C.: El instituto, 2000.

¹⁵⁶ INSTITUTO COLOMBIANO DE NORMALIZACIÓN Y CERTIFICACIÓN. Tipología para vehículos de transporte terrestre de carga. Parte 2: Vehículos para el transporte de carga extradimensionada y/o extrapesada. NTC 4788-2 (21 de noviembre de 2012). Bogotá D.C.: El instituto, 2012.

¹⁵⁷ Estandarizadas mediante distintas Normas Técnicas que, con la expedición del Decreto 1609 de 2002, han adquirido un carácter de obligatorio cumplimiento.

2.4.2.3 Utilización de facilidades comunes

Nuestro régimen de protección a la libre competencia solamente cuenta con un caso en el que la Superintendencia de Industria y Comercio ha aceptado la concreción de la excepción establecida para los acuerdos sobre procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes, suscitado en el sector del transporte aéreo con la permisión de la adopción de la “Tasa Alaico”, donde la autoridad de competencia consideró que el establecimiento conjunto de una fórmula para calcular la tasa que determina el tipo de cambio peso-dólar para la venta de tiquetes aéreos no puede reprocharse como un acuerdo anticompetitivo pues constituye un elemento indispensable para la utilización de sistemas globales de distribución aplicados mundialmente por las aerolíneas y agencias de viajes para hacer reservas de tiquetes aéreos.¹⁵⁸

De esta manera, aunque no contamos con una definición expresa sobre la aserción “facilidad común”, podemos colegir, a partir de las conclusiones hechas para el caso en comento, que esta noción se funda en la bondad de los efectos que tiene el acuerdo para el mercado donde se gesta; por lo que será del caso deprecar su extensión a los pactos tipificados como anticompetitivos que promuevan uniformidades en el transporte terrestre de carga con el objeto de agilizar las operaciones, blindar de transparencia el desarrollo de la actividad, superar inconvenientes de información asimétrica y reportar beneficios al consumidor sin reducir sus alternativas o menoscabar su capacidad de elección.

¹⁵⁸ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 25559, 14 de agosto de 2002. Por la cual se ordena la terminación de una investigación.

2.5 ALCANCE DE LAS NORMAS SOBRE INTEGRACIONES EMPRESARIALES EN EL TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA

2.5.1 Concepto de Integración Empresarial

El estudio de las integraciones empresariales que impactan la economía nacional constituye una labor fundamental para la promoción de la libre competencia gracias a su carácter preventivo que evita la materialización de aquellas situaciones donde las alianzas, adquisiciones o concentraciones entre participantes de un mismo mercado pueden crear condiciones desfavorables para la competitividad que conducen a la reducción de la oferta y al aumento de precios.¹⁵⁹

En ese sentido, aunque no existe definición legal del concepto “integración empresarial”, podemos deducir su significado del alcance que le ha conferido la Superintendencia de Industria y Comercio al exigir su aviso para efectuar el control previo antes mencionado; señalando:

“El acto o actos jurídicos mediante los cuales se lleve a cabo la operación son relevantes sólo en la medida en que constituyan un medio idóneo y directo para situar de manera permanente y bajo un único órgano de gestión a dos o más empresas que antes competían como entidades independientes en el mercado.”¹⁶⁰

Esta aseveración nos permite inferir que la regulación de integraciones empresariales aplica a los eventos donde, por medio de cualquier vehículo o forma jurídico-económica, dos empresas que competían o participaban en diferentes

¹⁵⁹ CORTÁZAR, Javier. Curso de derecho de la competencia: antimonopolios. Bogotá D.C: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Editorial Temis, 2011. p, 163 – 164.

¹⁶⁰ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Concepto Número 00001365, 02 de marzo de 2000.

eslabones de una misma cadena de valor pierden su independencia para actuar bajo un mismo interés.

Así, resulta preponderante para nuestra investigación delinear los alcances de la anterior noción, a través de los elementos: empresa, planos de integración, pérdida de independencia, y vehículos de integración; para luego vincular realidades propias del transporte terrestre de carga al control que la autoridad de competencia debe ejercer frente a este tema.

2.5.1.1 Noción de empresa

En títulos anteriores, cuando presentamos los acuerdos restrictivos de la competencia, hemos precisado el alcance que tiene la palabra “empresa” para la Superintendencia de Industria y Comercio expresando que, a juicio de dicha entidad, se refiere a todos los partícipes del mercado que desarrollan una actividad dirigida a la obtención de beneficios económicos, sin importar que persiga o no un fin de lucro¹⁶¹. Por lo tanto, los procesos de integración no se efectúan únicamente entre personas naturales o jurídicas, sino que se forman también por la unión de cualquier agente que de forma organizada produzca, transforme, circule, administre o custodie bienes y servicios a través de uno o más establecimientos de comercio¹⁶², sin importar su naturaleza jurídica.

2.5.1.2 Planos de integración

Existen tres tipos de nexos que pueden tener las empresas que se integran, los cuales son útiles para valorar la restricción que estas operaciones generan a la libre competencia, ya sea en forma horizontal, vertical o de conglomerado.

¹⁶¹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 0090. Op, Cit.

¹⁶² Definición que además armoniza con la estipulada en el Artículo 25 del Código de Comercio Colombiano.

En primer lugar, las intervinientes pueden tener una relación competidor – competidor, cuando se ubican en el mismo nivel del mercado, es decir, ambas son productores, distribuidores o consumidores de un producto, materia prima o servicio. Por consiguiente, esta clase de concentración se realiza en un plano horizontal y atrae como efecto anticompetitivo la disminución del número de competidores y el aumento de la cuota de participación de la empresa resultante.

Por otra parte, cabe la posibilidad de que un mercado se vea afectado por integraciones verticales perpetradas por agentes cuyo vínculo depende del eslabón que cada uno ocupa dentro de una cadena de valor, entendida por la Superintendencia de Industria y Comercio como “*el conjunto de actividades a partir de las cuales es posible generar un ordenamiento en el que el producto obtenido en una actividad resulta ser insumo para otra*”¹⁶³. En relación con este plano, conviene manifestar que si bien no se reduce el número de oferentes dentro de un mismo mercado relevante, si se alteran las condiciones de competencia al acrecentar el poder de un participante que reduce costos de intermediación, fortaleciendo su condición de competidor con la calidad de proveedor de materia prima o consumidor del bien competido.

Finalmente, destacamos las relaciones entre empresas que no compiten entre sí ni se desempeñan dentro de la misma cadena de valor, por lo que sus operaciones de integración se verifican en un plano de conglomerado que, a pesar de tener la capacidad de incidir indirectamente en la competencia o la estructura del mercado, no se encuentra actualmente sancionado por el régimen anti-monopolio colombiano y por ende, en dicho plano, las integrantes no deben cumplir con las obligaciones de información que en futuras líneas se explicarán.

¹⁶³ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 35006, 30 de junio de 2010. Por la cual se imparten instrucciones sobre el procedimiento para la autorización y notificación de las operaciones de integración empresarial y se adoptan unas guías.

2.5.1.3 Pérdida de independencia

Al momento de conceptuar la operación bajo análisis, estimamos que el efecto por el cual debe controlarse radica en la pérdida de independencia de los agentes que participan en la integración pues, para que se surta un impacto en la competencia, es necesario que las intervinientes hubiesen obrado de forma autónoma en un mercado (en los planos horizontal y vertical ya descritos) hasta antes de unir sus objetivos.

Así las cosas, la autoridad de competencia ha excluido de la definición de integraciones aquellos eventos donde la realidad económica de las empresas muestra que siempre han sido un solo agente, bien sea porque tienen los mismos accionistas o comparten unidad absoluta de gestión, dirección y objetivos¹⁶⁴; tal y como ocurre cuando la operación consiste en una reorganización empresarial, toda vez que la unificación de la participación accionaria que tienen varias compañías entre sí no producen variaciones en su *status quo* frente al mercado¹⁶⁵, o cuando las integrantes forman parte de un mismo grupo empresarial, definido por el Artículo 28 de la ley 222 de 1995 en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 28: Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.

Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas.

¹⁶⁴ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 35713, 07 de noviembre de 2002. Por la cual se resuelve un recurso de reposición.

¹⁶⁵ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 21820, 01 de septiembre de 2004. Por la cual se impone una sanción.

Corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso a la de Valores o Bancaria, determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan.”

En otro extremo, es pertinente comentar que la Superintendencia de Industria y Comercio ha hecho extensiva la noción de “pérdida de independencia”, incluso a los casos donde, preservándose la individualidad jurídica de las intervinientes, ocurre un cese efectivo de la competencia a favor de un mismo interés económico; aspecto que exalta la primacía del efecto nocivo para el mercado sobre la forma en que se lleve a cabo la integración, como se verá a continuación.

2.5.1.4 Vehículos de integración

Entendemos que la expresión “vehículos de integración” hace referencia a los medios empleados por dos o más empresas para materializar dicha operación, perdiendo su independencia y compartiendo objetivos comunes. Frente a este tema, la Superintendencia de Industria y Comercio ha sido abierta a considerar que no existen formas determinadas para que una integración se lleve a cabo, indicando:

“Las formas de integración empresarial, pueden ser de diversa índole, pero el resultado al que presta atención el derecho es siempre el mismo, razón por la cual cualquiera que sea la forma jurídica de la integración sí está dentro de los supuestos de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas o puede producir efectos en el mercado colombiano deberá ser avisada a la Superintendencia de Industria y Comercio”¹⁶⁶

Amparados bajo esta perspectiva, opinamos que el principal factor de distinción de las concentraciones jurídico-económicas que se presenten en el sector estudiado,

¹⁶⁶ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Concepto Número 00001365. Op, Cit.

estará determinado por los medios que utilicen los transportistas para efectuarlas ya que los alcances dados por la autoridad de competencia, que aceptan cualquier índole de vehículos, nos permiten valorar su concreción en negocios y alianzas propias del transporte terrestre de carga.

2.5.2 Formas de integración empresarial en el transporte terrestre de carga

Con el objeto de atender el propósito planteado, consideramos necesario acudir a las formas más comunes de integración empresarial para observar cómo se manifiestan a través de ellas los negocios característicos del sector transporte terrestre de carga.

2.5.2.1 Fusión

Aunque la fusión es una figura típica del derecho societario¹⁶⁷, tiene gran relevancia para las normas sobre control de concentraciones empresariales pues permite que dos o más compañías se integren para crear una nueva, o una o más sean absorbidas por otra, produciendo en ambos casos la extinción, sin liquidación, de una o más compañías y la agrupación de asociados, activos, pasivos y empresas en una única sociedad¹⁶⁸. En romance con éstos lineamientos, la autoridad de competencia le ha conferido a la fusión el alcance de vehículo de integración, al definirla como:

¹⁶⁷ Según el Artículo 172 del código de comercio: “*Habrá fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva. La absorbente o la nueva compañía adquirirá los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión.*”

¹⁶⁸ MIRANDA, Alfonso y GUTIERREZ, Juan. El control de las concentraciones empresariales en Colombia. En: Revista Derecho Competencia. Vol. 3, Núm. 3 (Ene – Dic, 2007); 45-204. p, 107 – 108.

“Cualquier mecanismo utilizado para buscar la unión de dos o más empresas en una compañía existente, o para constituir una nueva compañía. En el primer caso, la empresa absorbente trae para sí el patrimonio y los socios de la otra u otras empresas a fusionarse, mientras en el segundo caso, las sociedades a ser fusionadas desaparecen para trasladar su contenido a una nueva sociedad que las sucederá.”¹⁶⁹

Ahora bien, en materia de transporte terrestre de carga, la realización de negocios que pretendan este tipo de integración genera un punto de controversia en cuanto a la habilitación de la empresa resultante, debido a que la regulación vigente del sector¹⁷⁰ prohíbe transferir la habilitación concedida a las integrantes a cualquier título, negándoles la posibilidad de celebrar o ejecutar actos en los que se ceda el desarrollo de la actividad transportadora a otra persona diferente a la que inicialmente fue autorizada para ello.

No obstante lo anterior, el Ministerio de Transporte se ha pronunciado a este respecto, afirmando que la prohibición en comento no puede tener el alcance suficiente para violar el principio de libertad de empresa e impedir el ejercicio del derecho que el estatuto mercantil reconoce a las sociedades comerciales para transformarse o fusionarse; por lo que dicho organismo concluye:

“En consecuencia, la aludida restricción debe entenderse referida a la ejecución de aquellos actos de disposición en virtud de los cuales se pretende transferir los derechos derivados de la licencia o habitación, tales como la compraventa, la permuta, la donación, etc., pero en manera alguna puede tener el alcance de condicionar o limitar las reformas estatutarias de sociedades mercantiles en virtud de las cuales los órganos sociales competentes acuerdan, de conformidad con la ley u las respectivas normas estatutarias, una operación de transformación, fusión o escisión cuya

¹⁶⁹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Concepto Número 96048285 de 1996.

¹⁷⁰ Artículo 13. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 336 (20, diciembre, 1996). Op, Cit.

naturaleza es ostensiblemente diferente de la que es propia de los actos de disposición o enajenación los cuales, como se anotó, son los únicos que pueden entenderse comprendidos en la comentada prohibición.”¹⁷¹

Por consiguiente, confirmamos la posibilidad de presenciar fusiones en el transporte terrestre de carga siempre que la empresa resultante solicite el cambio en la habilitación otorgada a las integrantes, siguiendo lo preceptuado por el Decreto 173 de 2001 que ordena a los participantes de una transformación, fusión, absorción o incorporación, comunicar de este hecho al Ministerio de Transporte y a la Superintendencia de Puertos y Transporte, adjuntando los nuevos certificados de existencia y representación legal con el objeto de efectuar las aclaraciones y modificaciones correspondientes.¹⁷²

2.5.2.2 Adquisición de control

El régimen anti-monopolio colombiano define la palabra ‘control’ como “*la posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa*”¹⁷³. De igual forma, este termino ha sido abordado por la legislación comercial y societaria que asocia la situación de control de una sociedad a la sumisión de su poder de decisión¹⁷⁴,

¹⁷¹ COLOMBIA. MINISTERIO DE TRANSPORTE. Concepto Número MJ8194, 03 de marzo de 1999.

¹⁷² Parágrafo, Artículo 15. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 173 (05, febrero, 2001). Op. Cit.

¹⁷³ Numeral 4. Artículo 45. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2153 (30, diciembre, 1992). Op. Cit.

¹⁷⁴ Según el Artículo 260 del código de comercio: “*Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o control ante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.*”

estableciendo una serie de presunciones que, hasta la fecha, han sido adoptadas por la autoridad de competencia para analizar las operaciones de integración que se sirven de este tipo de vehículo.

Dichas presunciones han sido explicadas por los profesores MIRANDA LONDOÑO y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, de forma separada, a partir de los siguientes tres casos:

- "a. Control interno por participación capital. Se verifica cuando se posea más del cincuenta por ciento del capital en la subordinada, sea directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, o las subordinadas de estas.*
- b. Control interno por el derecho a emitir votos constitutivos de mayoría mínima decisoria. Esta modalidad se presenta cuando se tiene el poder de voto en las juntas de socios o en las asambleas de accionistas, o por tener el número de votos necesario para elegir la mayoría de los miembros de junta directiva, si la hubiere. Este es un criterio que complementa al anterior, para poder determinar que grupo es el controlador de la sociedad en aquellos casos en que el capital social está atomizado en pequeños inversionistas.*
- c. Control externo económico. Esta forma de control también se ha denominado "subordinación contractual" y se verifica mediante el ejercicio de influencia dominante (en términos del numeral tercero del Artículo 27 de la Ley 222 de 1995) en las decisiones de los órganos de administración, en razón de un acto o negocio celebrado con la sociedad controlada o con sus socios."¹⁷⁵*

Así, dentro del transporte terrestre de carga, se podría tener un indicio fuerte de adquisición de control si se corrobora la presencia de alguna de éstas situaciones, aunque, como bien expresan los autores, dichos supuestos no son causales

¹⁷⁵ MIRANDA, Alfonso y GUTIERREZ, Juan. El control de las concentraciones empresariales en Colombia. Op. Cit. p, 114.

taxativas por lo que cualquier otra eventualidad que ofrezca el mismo resultado de subordinación puede encajarse en este tipo de integración.

Por último, es de forzosa mención el reciente pronunciamiento que ha emitido la Superintendencia de Industria y Comercio en relación al vehículo estudiado a través de la Resolución 5514 expedida el 06 de febrero de 2014 donde se pronuncia, por vez primera, sobre los diferentes alcances del término “control” en el derecho de la competencia y en el societario; aseverando que en el primero procura establecer aquellas situaciones en las que una empresa afecta o influye en el desempeño competitivo de otra, mientras que en el segundo, dicho concepto busca darle transparencia a las relaciones comerciales y evitar que las sociedades sean utilizadas como vehículo de fraude, tal como ocurre con la imbricación accionaria. Además, tomando como base la anterior aclaración, la autoridad de competencia abre la posibilidad de que el investigado por una de las presunciones de control establecidas en el Código de Comercio pueda demostrar que si bien se configura una causal de control prevista por el derecho societario, ésta no cuenta con la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra empresa, caso en el cual no podría evaluarse bajo la perspectiva de una integración.¹⁷⁶

2.5.2.3 Transferencia de activos

Existen diversos motivos por los cuales las empresas no desean fusionarse o adquirir el control de otras, bien sea por temas fiscales, laborales o estratégicos, entre otros; así que desligan de sus operaciones de integración la parte societaria y se enfocan en unir fuerzas en materia de producción.

¹⁷⁶ Sobre los alcances de este nuevo pronunciamiento, véase: IBARRA, Gabriel. La noción de control en el derecho de la competencia. Disponible en: <http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-140312011a_nocion_de_control_en_el_derecho_de_la_competencia/noti140312011a_nocion_de_control_en_el_derecho_de_la_competencia.asp?Miga=1&IDobjetose=17966&CodSeccion=44> [Consultado, 16 de Marzo de 2014].

Para satisfacer esta necesidad pueden celebrar diversos contratos, dentro de los cuales la compra y venta de activos tiene gran acogida pues permite que una sociedad adquiera el patrimonio de otra sin que por ese solo hecho se genere la extinción de la compañía enajenante y sin que los socios de ésta pasen a ser socios de la adquirente; por lo que la empresa que transfiere sus activos persiste en el mercado como persona jurídica apta para reconstituir su actividad en el mismo o en otro ramo, organizando nuevamente su establecimiento.¹⁷⁷ Pese a que la materialización de una concentración empresarial por esta vía requeriría de la enajenación total de los activos íntegros¹⁷⁸, el alcance que le ha otorgado la Superintendencia de Industria y Comercio extiende sus efectos a aquellos casos donde con la mera venta de activos específicamente considerados se pueda generar un desplazamiento del mercado, representado en una reducción significativa en la participación del competidor que los transfiere y, en consecuencia, un aumento de la cuota del mercado de quien los adquiere.¹⁷⁹

De esta forma, podemos identificar la venta de vehículos de carga que haga una empresa de transporte a otra como una transferencia de activos representativa, aunque éstos agentes económicos cuenten con distintos bienes tangibles e intangibles para la operación de su actividad; ello, debido a que el principal activo con el que cuentan para la prestación del servicio que ofertan es su parque automotor, constituido tanto de sus vehículos propios como de camiones vinculados. Por consiguiente, tratándose de vehículos que pertenezcan a las empresas de transporte, es evidente que los derechos de propiedad que ellas ostentan les faculta a disponer libremente de dichos automotores, enajenando

¹⁷⁷ DE BRIGARD, Camila y HOYOS, María. Reflexiones jurídicas acerca de las integraciones empresariales y sus efectos en el mercado. Trabajo de grado para optar por el título de abogado. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de ciencias políticas, 2002. p, 195. Disponible en: <<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS12.pdf>> [Consultado, 16 de Febrero de 2014].

¹⁷⁸ Venta que debe atender lo preceptuado por los Artículos 525 y siguientes del código de comercio.

¹⁷⁹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Concepto Número 01061487, 10 de septiembre de 2001.

aquellos que no consideren útiles para sus fines misionales, ya sea con intenciones de renovación de flota o de reducción de oferta.

Con fundamento en lo anterior, observamos que la práctica comercial que en la realidad emplean algunas empresas de transporte de carga, consistente en vender su parque automotor a un competidor que opere en los mismos trayectos, debe entenderse como una concentración empresarial, aun cuando se realiza de forma escalonada pero dirigida siempre al mismo comprador, porque a fin de cuentas conlleva al retiro del vendedor en la prestación de un servicio específico, al mismo tiempo que acrece la cuota de participación de la empresa compradora en el mercado relevante afectado.

2.5.2.4 Vía Contractual

De la misma forma que ocurre para el vehículo antes descrito, el anhelo de las empresas por consolidar su producción obviando cuestiones societarias conlleva a la formulación de múltiples negocios estratégicos que, moviéndose en el marco de la autonomía de la voluntad privada, logran efectuar verdaderas concentraciones bajo estipulaciones ingeniosas que suelen escapar a los controles que propugna la regulación de la libre competencia.

En el caso del transporte terrestre de carga, identificamos dos tipos de contratos curiosos que consideramos prudente analizar para advertir su potencialidad restrictiva de la competencia, ya que actualmente no son informados a la autoridad de competencia como operaciones de integración; cuales son: la cesión de derecho de reposición y la celebración de contratos de vinculación entre empresas.

Respecto del primero de ellos, recordamos que el derecho de reposición es la facultad de poder ingresar vehículos nuevos al servicio público y particular de transporte terrestre automotor de carga, que el Estado confiere a los propietarios

de vehículos físicamente desintegrados y con su licencia de tránsito cancelada por cumplimiento de su vida útil, pérdida total, destrucción total o hurto.¹⁸⁰ Este derecho puede ser usado por el propietario para adquirir un nuevo vehículo y matricularlo, o puede ser cedido a un tercero para que registre ante el Ministerio de Transporte algún vehículo que desee ingresar al servicio de movilización de carga, pues la normativa vigente ha creado una barrera de entrada para la realización de esta actividad, limitando la entrada de vehículos a la adquisición del “cupo” dejado por otro automotor sometido al mecanismo de reposición.

En ese sentido, la cesión del derecho a reponer (ingresar un nuevo vehículo), es un contrato plenamente legal; empero, puede ser utilizado como una forma de integración, cuando una empresa que pretende disminuir su parque automotor, chatarrizando un número relevante de vehículos, cede todos sus derechos de reposición a un competidor que opere en un mismo mercado relevante, aumentando así la capacidad transportadora de este último, entendida como la cantidad de vehículos con los que se cuenta para prestar el servicio de transporte de carga por carretera; aspecto que impacta directamente en la cuota de mercado del cesionario en razón del contrato celebrado.

De otra parte, los contratos de vinculación permiten a las empresas, habilitadas para el transporte terrestre de carga, trabajar con camiones que no son de su propiedad, pactando con sus dueños la incorporación del vehículo a su parque automotor para abastecer la demanda de los generadores de carga. Este contrato se encuentra previsto en nuestra legislación comercial¹⁸¹ y tiene obligaciones propias que han sido puntualizadas por los organismos de control del sector, como observamos al inicio del capítulo.

Sin embargo, la realidad del sector muestra que este tipo de negocio ha sido utilizado por las empresas de transporte como medio para aliarse y transferir sus

¹⁸⁰ Artículo 2. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2085 (11, junio, 2008). Op, Cit.

¹⁸¹ Artículo 983. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 (27, marzo, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1971.

vehículos propios a otras compañías competidoras cuando hay imposibilidad de cumplimiento por parte de una o por subutilización de la capacidad instalada de la otra; es decir, que en el sector algunas empresas, que no tienen los vehículos suficientes para atender los contratos suscritos con los generadores de carga, solicitan la vinculación de camiones a otras que cuentan con vehículos disponibles para poder ejecutar sus compromisos. Situación que, de seguirse presentando, no sólo lleva a un riesgo moral en la contratación, por el cual los porteadores se obligarán incluso cuando no poseen los medios para prestar por su cuenta el servicio sintiéndose respaldados por sus competidores, con quienes además forjan un acuerdo anticompetitivo y una concentración empresarial que incide en las condiciones del mercado, desfavoreciendo a quien opera contactando personas naturales propietarias de vehículos y estableciendo con ellas las relaciones normales que prevé la regulación del sector.

2.5.3 Control previo de integraciones

El régimen anti-monopolio colombiano¹⁸² ha procurado mitigar el impacto de la concentración entre empresas competidoras o partícipes de una misma cadena de valor, imponiéndoles la obligación de informar a la Superintendencia de Industria y Comercio, salvo algunas excepciones¹⁸³, sobre las operaciones que tengan en mente realizar y que reúnan una serie de supuestos considerados riesgosos para las condiciones del mercado; para ello, las empresas deben efectuar un trámite de notificación, poniendo su proyección en conocimiento de dicha entidad, o de solicitud de autorización para que sea ella quien apruebe, condicione u objete su integración. En todo caso, el incumplimiento de este deber no solamente acarrea

¹⁸² Artículo 9. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1340 (24, julio, 2009). Op, Cit.

¹⁸³ Conforme la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio no es competente para conocer las integraciones donde participen exclusivamente entidades financieras, ni aquellas que se presenten entre empresas aeronáuticas; las cuales deben ser reportadas a la Superintendencia Financiera y a la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil, respectivamente.

las sanciones administrativas procedentes por violación de las normas sobre protección de la competencia, sino que también puede conducir a la reversión de la operación no informada.

2.5.3.1 Supuestos para que deba informarse una operación

La doctrina instituida por la Superintendencia de Industria y Comercio frente al tema de concentraciones empresariales ha circunscrito la obligación de informar las operaciones de fusión, consolidación, adquisición de control o integración (cualquiera que sea la forma jurídica en que se proyecten) a la concurrencia de los siguientes supuestos:

a) Supuesto subjetivo: Quienes se integran deben tener el carácter de empresa, dedicándose a la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o a la prestación de servicios; bien sea que participen de forma organizada y habitual en una misma actividad de naturaleza económica o se encuentren en distintos puntos de su cadena de valor, pues lo que se exige es que estén relacionadas con un mismo producto, toda vez que el objetivo del control de concentraciones es eminentemente preventivo, debiéndose informar tanto las operaciones horizontales como las verticales.¹⁸⁴ Además debe tratarse de organizaciones capaces de establecer de manera autónoma su comportamiento sobre el mercado, independientemente de si están conformadas por varias personas jurídicas o del carácter directo o indirecto de su intervención.¹⁸⁵

¹⁸⁴ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 15917, 06 de junio de 2003. Por la cual se resuelve un recurso de reposición.

¹⁸⁵ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 22626, 15 de septiembre de 2005. Por la cual se impone una sanción.

- b) Supuesto objetivo:** Hace referencia a dos situaciones, previstas por el Artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, que dan muestra de la capacidad instrumental de las empresas intervinientes para afectar el mercado, en primer lugar, porque de manera conjunta o individualmente consideradas hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio; o, en segunda medida, cuando al finalizar el año fiscal anterior tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto antes referido¹⁸⁶. Cabe expresar que para calcular los ingresos operacionales y los activos totales se toma en cuenta los valores registrados en los últimos estados financieros de las participantes, incluyendo aquellas que se encuentran vinculadas en una situación de control debido a que los datos contenidos en aquellos documentos reflejan su verdadera realidad económica y, por tanto, sirven de fuente para tipificar el elemento objetivo¹⁸⁷.
- c) Supuesto cronológico:** Resalta la razonabilidad del carácter preventivo de las normas sobre control de integraciones ya que consiste en la obligación que tienen los agentes de mercado, que cumplen con los supuestos ya señalados, de informar a la Superintendencia de Industria y Comercio con antelación a la realización de la operación, para obtener de ella un pronunciamiento expreso o tácito¹⁸⁸. Así, entiende que las empresas no pueden reportar la concentración cuando ya se haya efectuado, sino que deben aguardar hasta que se avise a la autoridad de competencia y ésta se manifieste en el término legal de 3 meses,

¹⁸⁶ A este respecto, es de recibo comentar que mediante la Resolución Número 82295 del 20 de Diciembre de 2013, la Superintendencia de Industria y Comercio fijó el monto a valorar en cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, para las operaciones de integración que se efectúen entre el 01 de Enero de 2014 y el 31 de Diciembre de 2014.

¹⁸⁷ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 8315, 28 de marzo de 2003. Por la cual se impone una sanción.

¹⁸⁸ *Ibíd.*

contados desde que la respectiva solicitud pase al estudio del Superintendente o a partir de que este funcionario reciba las informaciones adicionales que haya solicitado; tiempo que una vez transcurrido sin pronunciamiento alguno, comporta un silencio administrativo positivo que permite a las intervinientes asumir que tienen autorización legal para realizar la operación.

2.5.3.2 Solicitud de autorización

Reunidos los supuestos subjetivo, objetivo y cronológico, las empresas que planean integrarse, y tengan en conjunto más del 20% de participación en el mercado relevante, deben acudir al procedimiento administrativo de autorización de integraciones empresariales, definido por el Artículo 10 de la Ley 1340 de 2009:

“ARTÍCULO 10: Para efectos de obtener el pronunciamiento previo de la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con una operación de integración proyectada, se seguirá el siguiente procedimiento:

1. Los interesados presentarán ante la Superintendencia de Industria y Comercio una solicitud de preevaluación, acompañada de un informe sucinto en el que manifiesten su intención de llevar a cabo la operación de integración empresarial y las condiciones básicas de la misma, de conformidad con las instrucciones expedidas por la autoridad única de competencia.

2. Dentro de los tres (3) días siguientes a la presentación del informe anterior y salvo que cuente con elementos suficientes para establecer que no existe la obligación de informar la operación, la Superintendencia de Industria y Comercio ordenará la publicación de un anuncio en un diario de amplia circulación nacional, para que dentro de los diez (10) días siguientes a la publicación se suministre a esa entidad la información que pueda aportar elementos de utilidad para el análisis de la operación proyectada. La

Superintendencia de Industria y Comercio no ordenará la publicación del anuncio cuando cuente con elementos suficientes para establecer que no existe obligación de informar la operación, cuando los intervinientes de la operación, por razones de orden público, mediante escrito motivado soliciten que la misma permanezca en reserva y esta solicitud sea aceptada por la Superintendencia de Industria y Comercio.

3. Dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la información a que se refiere el numeral 1 de este Artículo, la autoridad de competencia determinará la procedencia de continuar con el procedimiento de autorización o, si encontrase que no existen riesgos sustanciales para la competencia que puedan derivarse de la operación, de darlo por terminado y dar vía libre a esta.

4. Si el procedimiento continúa, la autoridad de competencia lo comunicará a las autoridades a que se refiere el Artículo 8° de esta ley y a los interesados, quienes deberán allegar, dentro de los quince (15) días siguientes, la totalidad de la información requerida en las guías expedidas para el efecto por la autoridad de competencia, en forma completa y fidedigna. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá solicitar que se complemente, aclare o explique la información allegada. De la misma manera, podrán los interesados proponer acciones o comportamientos a seguir para neutralizar los posibles efectos anticompetitivos de la operación. Dentro del mismo término los interesados podrán conocer la información aportada por terceros y controvertirla.

5. Si transcurridos tres (3) meses desde el momento en que los interesados han allegado la totalidad de la información la operación no se hubiere objetado o condicionado por la autoridad de competencia, se entenderá que esta ha sido autorizada.

6. La inactividad de los interesados por más de (2) dos meses en cualquier etapa del procedimiento, será considerada como desistimiento de la solicitud de autorización.”

En virtud del de este precepto podemos destacar, para efectos de nuestro estudio, que el análisis de una integración entre empresas transportistas requeriría del apoyo técnico del Ministerio de Transporte y la Superintendencia de Puertos y Transporte, pues la especialidad de esta industria y su carácter de servicio público exigen un conocimiento particular de las condiciones de competencia que, si bien no ha sido efectuado hasta el momento por la falta de casos informados, se encuentra plenamente amparado por la norma en cita ya que su numeral cuarto faculta a la autoridad de competencia para pedir a las entidades de control de cada sector la documentación que considere pertinente para dilucidar el impacto de una concentración.

2.5.3.3 Aprobación, objeción o condicionamientos

Continuando con el estudio de la regulación instituida por la Ley 1340 de 2009¹⁸⁹ tenemos que, al momento de decidir sobre la solicitud de integración, el Superintendente de Industria y Comercio puede optar por tres senderos: en primer lugar objetarla, ordenando a las empresas que se abstengan de realizar la operación pues de su análisis colige que ésta genera una reducción sustancial e indebida de la competencia como barreras de acceso o concentración significativa del mercado; por otra parte, si su pronunciamiento es favorable, ha de autorizarla, dando vía libre para que éstas se integren en los términos solicitados; y finalmente, como alternativa a la objeción, puede condicionar la operación, si observa que sus efectos negativos hacia el mercado son subsanables mediante la

¹⁸⁹ Artículo 11. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1340 (24, julio, 2009). Op, Cit.

adopción de compromisos estructurales o de comportamiento por parte de las intervinientes, apreciando los requerimientos de cada mercado.

Así, anotamos que el condicionamiento de operaciones responde a las particularidades de cada sector, por lo que resulta interesante comentar que, para el transporte terrestre de carga, puede aplicarse con alcances propios, entre otras condiciones formuladas por la autoridad de competencia, la enajenación de activos, autorizando la fusión de empresas porteadoras siempre que alguna de ellas venda su parque automotor a un competidor de otro mercado relevante o a varios competidores del mismo para no generar un aumento indebido en su cuota de participación al sumar su capacidad transportadora.

Igualmente, las empresas que se integran pueden soslayar la posible objeción si logran demostrar, con estudios fundamentados en metodologías de reconocido valor técnico, que los beneficios a obtener producirán grandes eficiencias capaces de compensar las consecuencias negativas e indeseables para la competencia, cuya conquista no es posible por otros medios y cuyos frutos serán trasladados a los consumidores.¹⁹⁰

2.5.3.4. Notificación de la integración:

El deber de información explicado hasta el momento, adquiere un rumbo diferente cuando las empresas intervinientes cumplen con los supuestos subjetivo, objetivo y cronológico, pero no cuentan con una participación superior al 20% en el mercado relevante, caso en el cual, el trámite a seguir no es el de la autorización previa sino el de la notificación de la integración a la autoridad de competencia,

¹⁹⁰ Artículo 12. *Ibidem*.

detallado en la Resolución 12193 de 2013¹⁹¹, que se consuma con la presentación de un documento que contenga la descripción de los participantes, el tipo de operación que han de ejecutar, la delimitación del mercado relevante, el estado de la competencia, la participación porcentual de cada uno y la referencia a aquellas normas sectoriales que restrinjan la participación en el mercado de alguna de las intervinientes. Este último requisito, tiene su asiento en el transporte terrestre de carga en materia de habilitaciones pues consideramos que, al momento de notificar la operación, si alguna de las empresas transportadoras no se encuentra legalmente habilitada deberá expresarlo, resaltando con ello que la afección sufrida por el mercado es mínima toda vez que pese a su existencia y patrimonio, no representaba una competencia efectiva y actual en cuanto a la prestación del servicio.

2.6 LA ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA.

2.6.1 Concepto de abogacía de la competencia

La abogacía de la competencia es una institución reciente en nuestro ordenamiento jurídico que hace parte del control previo ejercido por el régimen anti-monopolio colombiano pues procura la promoción de la libre competencia en los mercados a través de mecanismos no represivos sino socializadores de la cultura competitiva con los diversos agentes que intervienen en la economía nacional.

¹⁹¹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 12193, 21 de marzo de 2013. Por la cual se señala el procedimiento para la autorización de las operaciones de integración empresarial y se adoptan unas guías.

En ese sentido, el profesor CORTÁZAR MORA aborda el tema de abogacía de la competencia a partir de la definición concedida por el Grupo de Abogacía de la competencia de la International Competición Network, que señala:

*“La abogacía de la competencia se refiere a todas las actividades adelantadas por la autoridad de competencia relacionadas con la proporción de un medio favorable a la competencia en las actividades económicas a través de mecanismos no represivos, básicamente a través de sus relaciones con otras entidades gubernamentales y fortaleciendo el conocimiento por parte de la sociedad de los beneficios de la competencia”.*¹⁹²

De esta noción podemos deducir la importancia que tiene la figura en estudio, representada en sus dos frentes de acción: por un lado, en la promoción de los beneficios que reporta una sana cultura de la competencia en la sociedad, concientizando tanto a productores como a consumidores de las eficiencias que salvaguarda y de los perjuicios ocasionados por las conductas contrarias a ella; y de otra parte, en la intervención que hace la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad de competencia, en los proyectos regulatorios de otras entidades oficiales que tengan o puedan tener efectos en las condiciones de competencia de algún mercado nacional.

En relación con el primer aspecto, debe comentarse que a pesar de no existir en nuestro país una imposición legal que obligue a la Superintendencia de Industria y Comercio a inculcar y difundir las normas de competencia en la sociedad en general, dicho organismo ha asumido esta labor, realizando talleres, capacitaciones, publicaciones y propagandas en medios masivos con el objetivo de disminuir la ignorancia de las normas que protegen la libre entrada al mercado y la libre escogencia del consumidor, y alentar su cumplimiento en los distintos sectores de la sociedad, exaltando los provechos que ella reporta al crecimiento de la economía.

¹⁹² CORTÁZAR, Javier. Curso de derecho de la competencia: antimonopolios. Op. Cit. p, 183 – 184.

Caso contrario ocurre con la intervención en la regulación expedida por otras autoridades, para la cual el Artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, dispone:

“ARTÍCULO 7: Además de las disposiciones consagradas en el Artículo 2° del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades de regulación informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio de los actos administrativos que se pretendan expedir. El concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este sentido no será vinculante. Sin embargo, si la autoridad respectiva se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta.”

Esta norma faculta a la Superintendencia de Industria y Comercio para que ejerza un control de carácter técnico y asesor sobre las políticas de Estado que afecten los bienes jurídicos tutelados por el régimen anti-monopolio; potestad que ha sido discutida en materia de separación de funciones y asignación de competencias, por lo que ha debido concretarse, por reglamentación del ejecutivo, que el deber de informar sobre proyectos regulatorios que incidan en la libre competencia recae sobre los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias con o sin personería jurídica, Unidades Administrativas Especiales con o sin personería jurídica y establecimientos públicos del orden nacional¹⁹³.

Así las cosas, importa a nuestra investigación la obligación que este precepto crea para el Ministerio de Transporte y la Superintendencia de Puertos y Transportes de informar las medidas que presupuesten necesarias para el sector del transporte terrestre de carga, cuyos efectos sobre el mercado influyan en las condiciones de competencia. Para ahondar en ello, veremos los alcances que tiene la abogacía de la competencia en el conocimiento de las distintas alteraciones que pueden

¹⁹³ Artículo 2. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2897 (05, agosto, 2010). Por el cual se reglamenta el Artículo 7 de la Ley 1340 de 2009. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2010

sufrir los mercados como consecuencia de la regulación estatal y la aplicación concreta de esta figura a proyectos regulatorios del transporte terrestre de carga.

2.6.2 Alcances de la abogacía de la competencia

La intervención de una autoridad en la economía responde a las necesidades reglamentarias del mercado que surgen cuando los resultados de su funcionamiento autónomo no son satisfactorios, exigiendo la incidencia de los organismos estatales que administran, dirigen, controlan o vigilan el sector comprometido formulando políticas con las que no solamente encaminan su actividad económica, sino que, en numerosas ocasiones, también varían sus condiciones de competencia al crear derechos y obligaciones favorables para algunos agentes y gravosos para otros cuya participación se desincentiva pues les representan costos complementarios.¹⁹⁴

Éstas variaciones han sido descritas por el profesor CORTÁZAR MORA¹⁹⁵ en tres formas: (1) restricciones a la competencia, cuando se introducen normas inhabituales que obstaculizan la entrada al mercado; (2) distorsiones de la competencia, materializadas en cambios injustificados de la posición competitiva de los agentes económicos que se derivan de intervenciones artificiales del poder ejecutivo; y (3) eliminación de la competencia, gestada en las disposiciones que excluyen del ámbito de las leyes de competencia a ciertas actividades económicas, estipulando excepciones, exenciones e inmunidades especiales.

Para procurar que la potestad pública no perjudique injustificadamente, por cualquiera de las mentadas formas, los intereses de la sociedad en la libre

¹⁹⁴ NIHOUL, Paúl. Introducción al derecho de la competencia: posición de las autoridades, de los consumidores y de las empresas. Traducido por Andrés Aguayo. En Francés, 2005. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2005. p, 177.

¹⁹⁵ CORTÁZAR, Javier. Curso de derecho de la competencia: antimonopolios. Op, Cit. p, 193.

competencia, el ejercicio de la abogacía de la competencia se ha consolidado como un instrumento esencial en el control previo, según lo dispone el citado Artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, el Decreto 2897 de 2010 y la Resolución 44649 de 2010¹⁹⁶; cuyas normas sobre la determinación de proyectos sujetos a la figura en estudio han sido gratamente condensadas por el abogado investigador ROJAS QUIÑONES¹⁹⁷ bajo las siguientes pautas:

En primer lugar, el autor afirma que los actos administrativos deben informarse cuando se encuentran en fase de preparación y discusión, pues la abogacía de la competencia carecería de lógica y utilidad práctica si el concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio fuera posterior a su aprobación o promulgación; así, concluye que si el acto administrativo ya ha producido sus efectos, no es congruente con la naturaleza de la figura un pronunciamiento posterior de la autoridad de competencia, sin perjuicio de los vicios de que podría adolecer el acto por omitir el requisito de abogacía de la competencia.

Por otra parte, el investigador estima que, además de tratarse de un proyecto, la norma exige que materialmente cumpla una función regulatoria, la cual asocia con *“los actos a través de los cuales se crean, modifican, extinguen o se señalan los parámetros a los que debe sujetarse una situación jurídica de carácter general y permanente”*¹⁹⁸.

Como segundo elemento, destaca la capacidad de incidencia del proyecto regulatorio sobre la libre competencia, remitiéndose al Decreto 2897 de 2010¹⁹⁹ que

¹⁹⁶ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Número 44649, 25 de agosto de 2010. Por la cual se adopta el cuestionario para la evaluación de la incidencia sobre la libre competencia de los proyectos de actos administrativos expedidos con fines regulatorios, a que hace referencia el Artículo 5° del Decreto 2897 de 2010.

¹⁹⁷ ROJAS, Sergio. La abogacía de la competencia en el derecho colombiano: reflexiones sobre su alcance y su ámbito de aplicación. *En*: Revista Derecho Competencia. Vol. 8, Núm. 8 (Ene – Dic, 2012); 39-83. p. 60-77.

¹⁹⁸ *Ibíd.* p, 68

¹⁹⁹ Artículo 3. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2897 (05, agosto, 2010). *Op, Cit.*

circunscribe dicha aptitud al objeto o efecto de limitar el número de competidores y a la imposición de conductas o condiciones que alteren la capacidad de competencia o la libre elección e información de los consumidores. Bajo éstas dos situaciones se entiende que los organismos que tienen el deber de informar han de requerir el concepto previo de la Superintendencia de Industria y Comercio, siendo indispensable para la interpretación de sus alcances el cuestionario adoptado por la Resolución 44649 de 2010 que presenta una guía metodológica para que las distintas autoridades sectoriales comprendan el impacto de sus actos administrativos.

Finalmente, el autor analiza las excepciones al deber de informar, aun cuando se cumplen los dos componentes antes referidos, cuales son: el origen del acto en hechos imprevisibles o irresistibles que pongan en riesgo la estabilidad de un sector o la garantía del suministro de un bien o servicio público esencial; la simple intención de ampliar plazos, aclarar las condiciones en que son exigibles conductas previamente impuestas, o corregir errores aritméticos o tipográficos; el carácter particular y concreto del acto; el cumplimiento de una orden judicial o norma vigente, solamente posible mediante la expedición del acto; y la constitución de un área de servicio exclusivo según los Artículos 40 y 174 de la Ley 142 de 1994.²⁰⁰

2.6.3. Aplicación de la abogacía de la competencia en el transporte terrestre de carga:

Tomando como parámetro de valoración el cuestionario establecido por la Resolución 44649 de 2010 confrontaremos, a continuación, la regulación proferida en el transporte terrestre de carga colombiano con cada una de las alteraciones a la competencia que requieren del concepto previo de la Superintendencia de

²⁰⁰ Artículo 4. *Ibidem*.

Industria y Comercio, en ejercicio de sus funciones de abogacía de la competencia; para lo cual ubicaremos las distintas reglamentaciones en los tipos “limitación al número o variedad de competidores”, “limitación de la capacidad competitiva”, y “reducción de incentivos para competir”, explicando la intención perseguida por los organismos que dirigen este sector y los efectos negativos y contraproducentes que deben ser filtrados por la autoridad de competencia.

2.6.3.1 Limitación al número o variedad de competidores

La regulación que limita el número o la variedad de las empresas en uno o varios mercados relevantes relacionados con el transporte terrestre de carga, versa específicamente sobre las barreras de acceso que existen en el sector, las cuales alteran las condiciones de competencia en tres frentes:

Primeramente, el establecimiento de licencias, permisos y autorizaciones para operar, que si bien buscan asegurar la recta prestación del servicio de transporte, no por ello dejan de ser una regulación de la entrada al mercado que atañe tanto a las empresas transportadoras como a los propietarios de vehículos. En relación con las primeras, la obtención de una habilitación²⁰¹ por parte del Ministerio de Transporte constituye un deber infranqueable que exhorta a las empresas de transporte legalmente constituidas a demostrar una serie de condiciones que acrediten su aptitud para ser autorizadas en la prestación del servicio.²⁰² En el otro extremo, los propietarios de vehículos que deseen ingresarlos a la actividad transportadora, están obligados a realizar la homologación de sus automotores,

²⁰¹ Artículo 10. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 173 (05, febrero, 2001). Op. Cit.

²⁰² A este respecto, es de recibo comentar que la autoridad de competencia ha dado más importancia a la función que cumple la habilitación de vehículos de carga que a la barrera de entrada que crea; a tal punto que, en la Circular Externa No 09 del 23 de octubre de 2013, la Superintendencia de Industria y Comercio impartió instrucciones a las Cámaras de Comercio para que en los Certificados de Existencia y Representación de empresas que prestan el Servicio de Transporte Terrestre Automotor en la Modalidad de Carga, se incluya expresamente si tienen o no habilitación del Ministerio de Transporte para proporcionar este servicio.

confrontando sus características técnico-mecánicas con las normas vigentes para su respectiva aprobación²⁰³; además deben tramitar una licencia de tránsito, incluyendo sus automotores en el Registro Nacional de Transporte de Carga²⁰⁴ y celebrar un contrato de vinculación con alguna empresa porteadora para poner en labor sus vehículos.

En segundo lugar, se afecta la competencia en el sentido señalado al elevar los costos de entrada o salida para las empresas, como ocurre en el transporte terrestre de carga con la exigencia de disponer de un capital pagado o patrimonio líquido no inferior a 1.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes para poder recibir la habilitación por parte del Ministerio de Transporte²⁰⁵. Esta regulación, pese a que protege la capacidad financiera de quienes se comprometen a movilizar carga por carretera, impide una mayor competencia en los mercados de menor tamaño pues reduce las posibilidades que tienen los pequeños propietarios de constituirse en empresas; motivo por el cual se ha propuesto cambiar los requisitos de capital pagado y suscrito por la valoración de activos totales y la relación mínima entre patrimonio y pasivo.²⁰⁶

Finalmente, la entrada de empresas al sector bajo estudio puede alterarse con la limitación de la capacidad para prestar el servicio, enmarcada en la reposición de vehículos como única vía para obtener el ingreso de nuevos automotores, cuyos alcances hemos detallado en otros apartes de este trabajo por lo que resultaría redundante volver en torno a ellos. Empero, vale la pena comentar que esta

²⁰³ “El registro inicial de un vehículo se podrá hacer en cualquier organismo de tránsito y sus características técnicas y de capacidad deben estar homologadas por el Ministerio de Transporte para su operación en las vías del territorio nacional.” (Artículo 37. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 769 (06, agosto, 2002). Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C., 2002.)

²⁰⁴ Artículo 24. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 173 (05, febrero, 2001). Op. Cit.

²⁰⁵ Numeral 9, Artículo 13. *Ibidem*.

²⁰⁶ COLOMBIA. MINISTERIO DE TRANSPORTE. Oficina de regulación económica. Diagnóstico de la regulación económica en infraestructura y transporte en cada uno de los modos de transporte carga y pasajeros. Bogotá D.C, 2010. p. 20. Disponible en: <<https://www.mintransporte.gov.co/documentos.php?id=26>> [Consultado, 02 de Marzo de 2014].

limitación no es total, como otras regulaciones que se han presentado en el transporte terrestre de carga²⁰⁷, siempre que las empresas porteadoras pueden adquirir los derechos de reposición de terceros para registrar sus nuevos vehículos.

2.6.3.2 Limitación de la capacidad competitiva

En el transporte de carga por carretera, las empresas porteadoras han visto reducidas sus oportunidades de competir por dos factores de intervención estatal en su actividad: el control de precios, que actualmente ha sido eliminado con el establecimiento de un régimen de libertad vigilada, y el tratamiento diferenciado a algunos competidores.

Por un lado, la influencia sustancial del gobierno en la regulación de fletes instauraba una política innecesaria y contraproducente pues limitaba los costos del transporte a unas tarifas establecidas sin bases de eficiencia, obviando que el clima competitivo entre sus prestadores podría llevar a la mejora del servicio y la reducción de costos²⁰⁸. Así, cada empresa competidora se desprendía de la preocupación por ser eficiente y se mantenía en una ‘zona de confort’ nociva para la economía nacional, dado el carácter intermedio del transporte; perjuicio que hoy en día se conjura con la libertad otorgada a los transportistas y generadores de carga para que entre ellos fijen los fletes, sin pactar por debajo de unos costos eficientes de operación indicados por el Ministerio de Transporte.

²⁰⁷ Por ejemplo, el Artículo 1 del Decreto 3904 de 2009 ordenó: “*suspender por el término de un (1) año contado a partir de la vigencia del presente Decreto, el otorgamiento de nuevas habilitaciones y permisos de funcionamiento de empresas de servicio público de transporte terrestre automotor de carga, mientras el Ministerio de Transporte define las medidas conducentes para la implementación de la metodología de análisis de oferta actual y futura del parque automotor y las nuevas condiciones de habilitación.*” (Artículo 1. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 3904 (08, octubre, 2009). Por el cual se adoptan unas disposiciones en materia de Transporte Terrestre Automotor de Carga. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2009.)

²⁰⁸ *Ibidem*.

De otra parte, el tratamiento diferenciado a ciertas empresas, especialmente aquellas que pertenecen al sector solidario, arraiga un componente anticompetitivo en algunas regulaciones que actualmente se encuentran vigentes; entre ellas, destacamos a título enunciativo, la excusión que tienen las cooperativas del requisito habilitante del patrimonio líquido, pudiendo ser autorizadas para operar con el 25% del capital exigido a las demás formas asociativas²⁰⁹, de manera que tienen un acceso más cómodo al mercado en razón a una preferencia regulatoria.

Por último, mencionamos que la Resolución 44649 de 2010 de la Superintendencia de Industria y Comercio también identifica la reducción de la capacidad competitiva con otros comportamientos regulatorios, como son: la limitación de la posibilidad de distribuir, comercializar o promocionar productos; la restricción a la libre elección de procesos de producción o de organización industrial y la contención de la innovación o reinención de los productos existentes. Sin embargo, no encontramos muestra de este tipo de intervenciones en el sector estudiado.

2.6.3.3 Reducción de incentivos para competir

La expedición de algunos actos administrativos puede desestimular el comportamiento competitivo de los agentes del mercado cuando se formulan regímenes de autorregulación o corregulación, o se les obliga poner en conocimiento público información sensible; situaciones que facilitan la formación de carteles o acuerdos anticompetitivos y deben, por tanto, ser reportadas al control previo de la abogacía de la competencia.

²⁰⁹ Artículo 1. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 4668 (27, diciembre, 2006). Por el cual se establecen unas disposiciones relacionadas con el capital pagado o patrimonio líquido de las empresas asociativas del sector solidario o cooperativas de transporte terrestre automotor. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2006.

En el transporte terrestre de carga, no existe una delegación del gobierno a alguna entidad privada del sector para asumir aspectos de control o vigilancia, antes bien, éstos se encuentran en cabeza de la Superintendencia de Puertos y Transportes, por lo que descartamos de plano la presencia de “autorregulación”. De igual forma, no existe una única agremiación robusta que señale políticas obligatorias de “corregulación”; aunque las autoridades del transporte tienen en cuenta las iniciativas gremiales, no les confieren un poder de dirección, suprimiendo el peligro que éstas asociaciones representan cuando adquieren mayor influencia en el mercado que los organismos estatales encargados de su supervisión.

No obstante, en cuanto al riesgo que representa la información compartida, el funcionamiento del régimen de libertad vigilada, que actualmente rige las relaciones económicas del sector, ha expuesto el interés de los competidores en mantenerse en condiciones de competencia debido a que hace públicos unos indicadores de costos eficientes para cada trayecto o mercado relevante, calculados a partir de los datos suministrados por las empresas transportistas y sus consumidores (generadores de carga) y reunidos el sistema de información “SICE-TAC”²¹⁰, con el cual se beneficia el sector gracias a la garantía que ofrece a sus participantes de pactar unos fletes acordes con los gastos fijos y variables de cada viaje; pero también se desalienta el esfuerzo competitivo de quien, siendo más eficiente que los demás, no puede captar la preferencia de los consumidores vía precio por la prohibición legal de negociar por debajo de dichos parámetros de referencia que además pueden verse acrecidos por acuerdos entre competidores tendientes a aprovechar el escenario de información compartida, reportando costos más elevados para tener asegurado un ‘piso’ de ganancias en sus relaciones comerciales.

²¹⁰ Artículo 1. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2228 (11, octubre, 2013). Op, Cit.

3. LAS NORMAS DE PROTECCIÓN A LA LEAL COMPETENCIA EN EL TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA COLOMBIANO

El propósito del “Derecho de la Competencia” no se agota únicamente en la protección del libre acceso al mercado y el estímulo de la variedad en la escogencia del consumidor, ya que el logro de un sistema económico competitivo exige, además de imponer obligaciones de competir en normas anti-monopolio, regular la participación de los agentes en relación con los medios que emplean para obtener, mantener o incrementar sus utilidades; a través de los cuales pueden generar distorsiones que afecten tanto los intereses particulares de sus contendores como el bien colectivo que representa el ejercicio transparente de su actividad. En ese sentido, surge una segunda vertiente de esta rama del derecho, denominada “régimen de competencia desleal”, inicialmente concebida bajo un modelo profesional como un conjunto de disposiciones mercantiles destinadas a salvaguardar la buena fe, las buenas costumbres y los usos honestos de la práctica comercial, ocupándose de las disputas privadas entre competidores; sin embargo, el reciente desarrollo legal que han tenido este tipo de preceptos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, amparado en un modelo social, los ha posicionado como verdaderos mandatos de contenido económico que no se limitan a la simple defensa de los empresarios que rivalizan en el mercado, sino que también corresponden a las expectativas que tiene el Estado y la comunidad en su recto funcionamiento.

Obedeciendo lo anterior, el objeto de nuestra investigación se centrará en analizar el impacto que tiene el actual régimen de competencia desleal colombiano frente a los distintos intereses que convergen en el transporte terrestre de carga nacional, abordando, en un primer momento, la caracterización propia de esta reglamentación que permite distinguirla de las prohibiciones sobre prácticas

comerciales restrictivas, exaltando el concepto de deslealtad y la singularidad de su bien jurídico tutelado, dado el interés particular que resguarda y la responsabilidad civil extracontractual que deriva de su vulneración cuando la comisión de conductas que falsean la leal competencia lesiona la concurrencia de otros actores del mercado que acuden a la acción declarativa y de condena para obtener la indemnización de los perjuicios causados.

Con todo, una vez hechas las aclaraciones en comento, evaluaremos la aplicación general de las normas que promueven la leal competencia dentro del transporte de carga por carretera devolviéndonos a la disyuntiva de los sistemas “regla per-se” y “regla de la razón”, examinando cada uno de los ámbitos de aplicación de la Ley 256 de 1996 e identificando las referencias que hace la normativa sectorial al acatamiento de sus directrices.

Así mismo, determinaremos el alcance de cada una de las conductas expresamente tipificadas como constitutivas de competencia desleal, basándonos en su definición doctrinaria y en la jurisprudencia sostenida por la Superintendencia de Industria y Comercio para detallar los pronunciamientos hechos por esta entidad en aquellas sentencias que han resuelto controversias específicas del transporte terrestre colombiano y aplicar el significado dado en debates ajenos al sector a algunos actos proscritos que, a pesar de no haber sido reprochados hasta el momento, indudablemente aquejan la sana competencia desde aspectos inherentes a esta actividad económica que en su debido momento profundizaremos.

3.1 NOCIONES PRELIMINARES

3.1.1 Concepto de “Deslealtad”

El adjetivo “desleal”, que acompaña todas las prohibiciones contenidas en la Ley 256 de 1996, constituye un elemento indispensable para el reproche de ilicitud efectuado sobre las conductas que alteren el sistema competitivo; por tanto, es necesario desentrañar su significado, toda vez que posee un carácter más ético que jurídico, formulado por la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

“Obrar con lealtad, es decir, con buena fe, indica que la persona se conforma con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente, vale decir, con un determinado standard de usos sociales y buenas costumbres.

Los usos sociales y buenas costumbres que imperan en la sociedad, son las piedras de toque que sirven para apreciar en cada caso concreto la buena fe, su alcance y la ausencia de ella. La buena fe no hace referencia a la ignorancia o a la inexperiencia, sino a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental, astucia o viveza, en fin, de una conducta lesiva de la buena costumbre que impera en una colectividad.

Así, pues, la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad. Este concepto de la buena fe será mejor comprendido si lo comparamos con el concepto opuesto, o sea, con el de la mala fe. En general, obra de mala fe quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud; vale decir, si se pretende obtener algo no autorizado por la buena costumbre. Desde luego, toda persona trata de obtener ventajas en sus transacciones. Pero quien pretende obtener ventajas obrando en sentido contrario a la buena costumbre, actúa de mala fe. El

hombre de buena fe trata de obtener ventajas, pero éstas se encuentran autorizadas por la buena costumbre."²¹¹

De esta manera, lo "desleal" o "indebido" en materia de competencia se contrapone a las prácticas honorables de la dinámica económica, separándose del usual desenvolvimiento que debe seguir un sujeto en el mercado y denotando un abuso de su derecho a competir. Empero, establecer los límites de probidad para juzgar este apartamiento dependerá siempre de factores políticos, culturales e ideológicos propios de cada tiempo y sociedad.

Por otra parte, contrario a la noción de la Corte Suprema de Justicia, que vincula la deslealtad con la carencia de buena fe comercial, algunos autores como ALMONACID y GARCIA²¹² afirman que el nuevo modelo social del régimen de competencia desleal no debe fundarse en criterios que exclusivamente importan a los empresarios, sino que también debe atender los intereses de los consumidores y el Estado, precisando una nueva clasificación de este concepto, que estriba en la conformidad o disidencia con las normas de corrección que deben regir en el tráfico mercantil. Así, lo "desleal" supera el *standard* determinado por los usos y costumbres mercantiles, haciéndose extensivo a cualquier alteración del orden público económico que represente un "ilícito concurrencial", entendido como la infracción a las normas objetivas de actuación correcta al ejercer el derecho a competir.

Para el desarrollo de nuestra investigación, acogeremos este último significado debido a su concordancia con el objeto de la Ley 256 de 1995; por lo que interpretaremos los actos desleales como ilícitos de mercado que pueden provenir o perjudicar a cualquier participante de la estructura organizacional del transporte terrestre de carga (y no sólo a quienes se encuentran bajo una relación de

²¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Fallo de Junio 23 de 1958. Magistrado Ponente: DR. ARTURO VALENCIA ZEA.

²¹² ALMONACID, Juan y GARCIA, Nelson. Derecho de la competencia: Abuso de la posición dominante, competencia desleal, uso indebido de la información privilegiada. Bogotá D.C.: Legis Editores, 1998. p, 254.

competencia), creando un daño efectivo o utilizando los medios idóneos para vulnerar las reglas de comportamiento que deben primar en dicha actividad.

3.1.2 Diferencia entre el régimen de competencia desleal y el régimen anti-monopolios

Antes de avanzar en el estudio de la aplicación y alcance de las normas que conforman el régimen de competencia desleal, conviene hacer unas cortas acotaciones sobre los elementos que las distancian de las disposiciones anti-monopolio, específicamente de aquellas que regulan prácticas comerciales restrictivas, pues, aunque ambas estipulan un catálogo de conductas prohibidas, los bienes jurídicos que tutelan, el interés de los agentes del mercado que salvaguardan y las facultades que tiene la autoridad de competencia para materializarlas, permiten destacar las siguientes distinciones:

3.1.2.1 Bien jurídico tutelado

El propósito perseguido por la ley de competencia desleal colombiana puede producir confusiones con los cánones que componen el régimen anti-monopolio, si se asume el Artículo 1 de la Ley 256 de 1996 en su tenor literal:

“ARTÍCULO 1: Sin perjuicio de otras formas de protección, la presente Ley tiene por objeto garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado y en concordancia con lo establecido en el numeral 1o. del Artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994.” (El subrayado es nuestro).

Las palabras “libre y leal”, inmersas en este precepto, llevan a pensar que el legislador asocia la prohibición de conductas de competencia desleal con la protección de la libre competencia, como si se trataran de prácticas comerciales restrictivas capaces de afectar la eficiencia económica lesionando los bienes jurídicos de libre acceso de participantes y libre escogencia del consumidor. Pese a ello, en este punto de nuestro estudio es claro que aquellos intereses son preservados por las disposiciones contenidas en el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009 bajo la regulación analizada en el capítulo anterior; por lo cual, no puede inferirse que la intención de la Ley 256 de 1996 sea presentar un acervo independiente de mandatos que aseguren la subsistencia del sistema competitivo, máxime si se tiene en cuenta que los actos desleales poseen una finalidad concurrencial que supone un escenario de disputa por la clientela pues pretende el aumento o conservación de una efectiva participación en el mercado.

En consecuencia, debe dilucidarse esta controversia con una interpretación más elaborada del objeto perseguido por el régimen de competencia desleal, como la que ofrece el profesor JAECKEL KOVÁCS²¹³, quien asegura que el verdadero sentido de la expresión “*garantizar la libre y leal competencia económica*” se encuentra en la búsqueda por mantener a la competencia existente libre de cualquier tipo de falseamiento. Con esta aseveración, el autor delimita el radio de acción de las reglas anti-monopolio y de las normas de competencia desleal, señalando que las primeras están destinadas a viabilizar la libre entrada y permanencia en el mercado; mientras las segundas tutelan la transparencia de los procedimientos por medio de los cuales se compite, prescribiendo algunas pautas de corrección cuya contravención califica como ilícita o desleal.

Ahora bien, esta disparidad no es óbice para que un solo actuar pueda transgredir ambos ordenamientos, siempre que constituya un ilícito concurrencial capaz de afectar las eficiencias amparadas por el libre acceso y la libre escogencia; esta

²¹³ JAECKEL, Jorge. Apuntes sobre competencia desleal. Bogotá D.C.: Centro de estudios de derecho de la competencia. Universidad Pontificia Javeriana. p, 12. Disponible en: <<http://centrocedec.org/academico/>> [Consultado, 24 de Febrero de 2014].

posibilidad refuerza su validez en el citado Artículo 1 de la Ley 256 de 1996, que estima la aplicación del régimen de competencia desleal “*sin perjuicio de otras formas de protección*”, dentro de las cuales podemos mencionar: las sanciones administrativas por alterar la libre competencia²¹⁴, las infracciones marcarias por violación de la propiedad industrial y las multas impuestas por el estatuto del consumidor, entre otras.

3.1.2.2 Interés particular e interés general

No podemos eludir que el contenido económico de las normas anti-monopolios evoca un interés exclusivamente público, pues la determinación de las condiciones necesarias para que converjan la oferta y la demanda es un asunto que atañe al Estado como ordenador de la actividad económica y a la comunidad en general como receptora del impacto generado por su quebrantamiento; de manera que cualquier persona está facultada para denunciar la realización de prácticas comerciales restrictivas o integraciones empresariales no autorizadas, sin tener que demostrar un perjuicio concreto y cuantificable para obtener la sanción del daño causado a un mercado relevante.

No obstante, tratándose del régimen de competencia desleal, si bien subyace una expectativa colectiva tras el cumplimiento de sus directrices dado su gran aporte para el recto funcionamiento de la economía nacional, ello no implica que la infracción de las mismas comporte un menoscabo igual para toda la comunidad, principalmente, porque el aprovechamiento indebido de la competitividad aqueja en mayor medida a quienes hicieron una inversión monetaria al momento de concurrir al mercado y la vieron reducida o intimidada por la conducta desleal. Así, es evidente el interés particular que impregna la reprensión de estos actos, en

²¹⁴ A este respecto se recuerda que, en virtud del Artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 y los comentarios efectuados por la Corte Constitucional en Sentencia C – 537 de 2010, la vigilancia administrativa de la competencia desleal forma parte del ámbito objetivo de aplicación de las normas anti-monopolio.

razón del cual, la Ley 256 de 1996 ha concedido una acción declarativa y de condena para el reconocimiento de la responsabilidad y el resarcimiento del agravio causado, junto con una acción preventiva o de prohibición para el cese de su ejecución sin la necesidad de que se materialice el riesgo que dichas conductas representan; en ambos casos, la interposición de éstas acciones precisa de la acreditación de una legitimación activa, descrita en su Artículo 21 de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 21: En concordancia con lo establecido por el Artículo 10 del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el Artículo 20 de esta ley.” (El subrayado es nuestro).

Es de recibo comentar que la exigencia de participar o tener la intención de hacerlo, no se limita únicamente a la relación de rivalidad entre los competidores como se pensaba bajo el antiguo modelo profesional de la competencia desleal, justificando la función de esta disciplina únicamente en la defensa de la posición adquirida por un comerciante interesado en mantener su clientela y obtener ganancias, que se desfavorecen por la falta de moralidad en los negocios o la infracción a los usos profesionales que provenga de otro empresario competidor²¹⁵. Por el contrario, el actual modelo social acogido por nuestra normativa extiende el ámbito de aplicación del régimen de competencia desleal a los diversos intereses de los actores que obran en el mercado, ya sean competidores, consumidores, asociaciones, e incluso el Estado; ofreciendo una protección institucional al formular reglas objetivas de sana competencia²¹⁶.

²¹⁵ MENENDEZ, Aurelio. La competencia desleal. Madrid: Real Editorial Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1988. p. 73.

²¹⁶ *Ibíd.* p. 101.

En tal sentido, concluimos que los abusos del derecho a competir alteran el orden público económico damnificando los intereses particulares de los distintos participantes del mercado, quienes pueden exigir un justa reparación o un cese a la agresión, probando, en cada caso, el detrimento que les produce el ilícito concurrencial.

3.1.2.3 Posición de la autoridad de competencia

La Superintendencia de Industria y Comercio es un organismo que pertenece a la Rama del Poder Ejecutivo, desarrollando funciones de carácter técnico bajo el uso de competencias administrativas dentro de las cuales se encuentra velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia, actuando como autoridad única en la investigación de prácticas comerciales restrictivas, integraciones empresariales y competencia desleal de carácter administrativo²¹⁷. Por consiguiente, la censura a las violaciones del régimen anti-monopolio se surte por un procedimiento sancionatorio, donde dicha entidad representa la potestad pública para efectuar correcciones a las contravenciones que alteren la eficiencia económica, como interés colectivo resguardado por el Estado.

Sin embargo, el rol que ocupa este organismo en materia de competencia desleal es de naturaleza jurisdiccional, toda vez que los conflictos suscitados por la vulneración de dicho régimen traban un litigio entre dos partes, donde una de ellas acusa a la otra de concurrir indebidamente al mercado causándole un daño efectivo o potencial, u obteniendo un enriquecimiento sin justa causa derivado del uso del derecho ajeno²¹⁸. Por lo tanto, la resolución de esta clase de pleitos no conlleva a una sanción administrativa, sino a la declaración de responsabilidad y a

²¹⁷ Artículos 2,3 y 6. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1340 (24, julio, 2009). Op, Cit.

²¹⁸ VELANDIA, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo. Op. Cit. p, 355.

la condena del pago de perjuicios o abstención de seguir cometiendo el comportamiento desleal, que sólo puede decretarse por un Órgano Jurisdiccional.

La condición de juez que posee la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer de las acciones de competencia desleal, fue otorgada inicialmente por la Ley 446 de 1998²¹⁹, de conformidad con el Artículo 116 constitucional²²⁰, y se ha mantenido a través de las numerosas modificaciones que ha sufrido el sistema procesal colombiano hasta la actualidad, consagrándose en el Artículo 24 del nuevo Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), que expresa:

“ARTÍCULO 24: Las autoridades administrativas a que se refiere este Artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas:

1. La Superintendencia de Industria y Comercio en los procesos que versen sobre:

a) Violación a los derechos de los consumidores establecidos en el Estatuto del Consumidor.

b) Violación a las normas relativas a la competencia desleal.”

Atendiendo este mandato legal, nuestra autoridad de competencia obra como juez de la república por intermedio de su Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, dependencia encargada de tramitar y decidir, en proceso verbal conducido por diferentes audiencias, las demandas relacionadas con la protección de consumidores, la infracción de derechos de propiedad industrial y la comisión de

²¹⁹ Artículo 143. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 446 (07, julio, 1998). Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Bogotá D.C., 1998.

²²⁰ Artículo 116. COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Gaceta Constitucional. Bogotá D.C., 1991.: *“Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas (...)”*

actos de competencia desleal, siempre que reúnan la totalidad de exigencias previstas en la norma procesal y las reglas especiales.

Además, debe señalarse que esta atribución no se ejerce de forma privativa pues los jueces civiles de circuito reciben del ordenamiento jurídico colombiano las mismas competencias²²¹. Empero, para efectos de nuestra investigación, nos ceñiremos exclusivamente al estudio de las providencias proferidas por la autoridad de competencia con el fin de decantar el análisis de los alcances dados a cada uno de los actos constitutivos de competencia desleal y, a partir de ello, valorar su aplicación práctica en el transporte terrestre de carga nacional.

3.1.3 Pertinencia de las condiciones económicas del sector estudiado

Con el objetivo de nutrir la disertación ha desarrollar en los siguientes acápite, conviene mencionar que nos serviremos de las aclaraciones y datos suministrados en el capítulo precedente sobre la caracterización general del transporte de carga por carretera colombiano, cuyo provecho metodológico nos ayudará a ahondar en los rasgos propios de este sector para determinar el impacto de las normas de competencia desleal; motivo por el cual rescatamos la importancia de tres contenidos afines a nuestro temario:

Primeramente, reiteramos la definición tripartita del transporte, entendido como un 'servicio público' cuya prestación precisa de normas capaces de conjurar los daños causados a la recta competencia; identificado con las propiedades de un 'contrato' donde las partes, al acordar cláusulas accesorias, pueden perpetrar actos desleales; o visto como una industria, que goza de algunas peculiaridades propias de la actividad económica transportadora, tomadas como escenario de nuestro estudio correlacional.

²²¹ Artículo 20. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C., 2012.

En segundo lugar, exaltamos la pertinencia del esquema organizacional del sector pues nos muestra el conjunto de agentes que concurren en este ramo de la economía y sus distintas relaciones económicas; advirtiéndolo, entonces, que las conductas reprobadas por el régimen de competencia desleal colombiano podrían descender de los generadores de carga, empresas de transporte, propietarios de vehículos o conductores, en virtud de su condición común de participantes reales o potenciales de este mercado.

Finalmente, juzgamos conveniente la exposición del estado de la competencia en el sector ya que, de la situación actual de la oferta y demanda del transporte de carga por carretera, cogimos la alta competitividad que existe dentro del mismo, no sólo por la variedad de servicios o tipos de carga que se movilizan, sino también por el gran número de transportadores, vehículos y propietarios que ejercen sus labores empresariales por todo el país. Pese a ello, descartaremos la utilidad práctica de la apreciación hecha frente a los ‘mercados relevantes’ pertenecientes al sector, porque consideramos que, a diferencia de los comportamientos restrictivos de la libre competencia, los actos desleales por ser ilícitos de mercado no requieren de una relación de competencia en sentido estricto²²², siendo innecesario demarcar las fronteras de competición mediante esta figura.

²²² ALMONACID, Juan y GARCIA, Nelson. Derecho de la competencia: Abuso de la posición dominante, competencia desleal, uso indebido de la información privilegiada. Op. Cit, p. 256.

3.2 APLICACIÓN GENERAL DE LAS NORMAS DE PROTECCION A LA LEAL COMPETENCIA EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA

3.2.1 Influencia de los sistemas de aplicación "Regla de la razón" y "Regla per-se"

Las pautas de análisis que permiten deslindar las conductas nocivas para el sistema competitivo colombiano de aquellas que son lícitas y pertenecen al ejercicio de la libre empresa, son igualmente aplicables al régimen de competencia desleal toda vez que nuestro legislador le ha concedido un tratamiento similar al brindado a las normas anti-monopolio; entendido en dos direcciones:

Por un lado, se ha estatuido un catalogo de actos que se consideran ilícitos por representar un uso abusivo del derecho a competir, cuya reprobación indudablemente debe acudir a la aplicación de la “*regla per-se*” puesto que su tipificación legal los despoja de cualquier tipo de racionalidad o justificación económica, bastando con demostrar su comisión para predicar su efecto dañino. Aunque, opinamos que este juicio no puede realizarse de manera aislada, sin contar con los discernimientos necesarios para atribuir responsabilidad a quien incurrió en alguno de los supuestos de deslealtad, es decir, sin verificar que efectivamente produjo un perjuicio real o potencial a otro participante del mercado y que éste le es atribuido por la inobservancia de los preceptos jurídicos que lo proscriben.

En otro extremo, la formulación de una prohibición general pregona la exclusión de todo proceder que afecte la decisión de los consumidores y el funcionamiento del mercado, o sea contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial y a los usos honestos en materia industrial. Así, la defensa de

los debidos mecanismos de competencia se extiende a un sinnúmero de comportamientos que han de ser examinados bajo la llamada “*regla de la razón*” para evaluar su impacto desfavorable en los intereses de otros agentes, dilucidando: su propósito o intención que, además de acarrear una finalidad concurrencial, debe encaminarse al aprovechamiento de un derecho ajeno o a la provocación de un perjuicio a algún participante; la naturaleza de la restricción a la competencia que generan, la cual debe ser contraria a unos criterios profesionales de probidad; el efecto de dicha restricción, causante de un daño tasable a los anhelos económicos de un particular; y la existencia de poder de mercado, o entidad suficiente para poder ocasionar realmente un menoscabo o al menos poner en riesgo los presuntos intereses lesionados. Éstas conjeturas amplían los recursos de exoneración o justificación con los que cuenta el demandado para librar su responsabilidad de la violación a la cláusula general, autorizándole a confrontar la imputación hecha con causales de excusión como la no participación en el mercado, el empleo de procesos competitivos socialmente aprobados, la no producción del daño o el riesgo y el beneficio transferido al consumidor por la realización de la práctica cuestionada, entre otros.

3.2.2 Ámbitos de aplicación de las normas de protección a la leal competencia en relación con el transporte terrestre de carga colombiano.

3.2.2.1 Ámbito objetivo de aplicación

Hace referencia a los actos que se consideran desleales, basándose en dos supuestos que el Artículo 2 de la Ley 256 de 1996 especifica en el siguiente texto:

“ARTÍCULO 2: Los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que realicen en el mercado y con fines concurrenciales.

La finalidad concurrencial del acto se presume cuando éste, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero.”

En primer lugar, se proyecta la exteriorización de la conducta, que no puede permanecer dentro de la mente del sujeto pues debe tener una trascendencia en el mercado. Lo anterior no descarta la posibilidad de reprimir actos preparativos de un comportamiento indebido ya que se contradeciría el sentido natural de la acción preventiva dispuesta por el régimen de competencia desleal para quien resulte agredido por una presunta actuación que aún no se ha perfeccionado.²²³

A este respecto, es prudente presentar el alcance que la Superintendencia de Industria y Comercio le ha concedido a la expresión “mercado” dentro de la norma en cita, pontificando:

“La doctrina especializada en la disciplina de la competencia desleal resalta que el concepto de mercado ínsito en el ámbito objetivo de aplicación de la ley de competencia desleal debe interpretarse además de en sentido lato, de forma que el acto o conducta desleal no sólo deba producirse en el mercado <<stricto sensu>> sino que bastaría con que sus consecuencias afecten de algún modo el ámbito del mercado. El mercado no puede ser considerado simplemente como el espacio físico en el cual se realizan transacciones, sino, más bien, como el espacio jurídico en el cual cada empresario que busca atraer clientela para sus productos o servicios, realiza las ofertas que conducen a la celebración de negocios jurídicos, acudiendo a través de

²²³ VELANDIA, Mauricio. Derecho de los mercados. Bogotá D.C.: Mauricio Velandia Abogados. p, 10. Disponible en: <<http://www.mauriciovelandia.com>> [Consultado, 24 de Febrero de 2014].

diversos instrumentos para tal efecto. Así, cuando un acto es adecuado para evitar la adhesión de consumidores a favor del otro competidor, se trata de una conducta realizada en el mercado, pues opera para obstaculizar los desarrollos que en el mismo deben o pueden tener otros concurrentes.”²²⁴

Ahora bien, como segundo requisito para la configuración de un acto desleal, el ámbito objetivo precisa la existencia de una “finalidad concurrencial” enmarcada en la aptitud para promover, a través de un obrar malintencionado, la comparecencia propia o de un tercero en el mercado; propósito que se presume legalmente cuando tiene la capacidad de mantener o incrementar la posición de un agente, sin que esto signifique que la mentada finalidad concurrencial no pueda darse en circunstancias distintas o demostrarse por medios probatorios diferentes a la presunción legal²²⁵.

Fundándonos en éstas consideraciones, podemos concluir que en el sector de nuestro interés, representan comportamientos desleales aquellos que, incluso sin provenir estrictamente del desarrollo de la actividad transportadora, lograrían entorpecer o viciar el proceso selectivo que efectúan los generadores de carga para contratar, en condiciones de sana competencia, a un porteador que satisfaga su demanda; todo ello, con el objeto de fortalecer la posición de alguno de los actores de su esquema organizacional.

3.2.2.2 Ámbito subjetivo de aplicación

Reglamenta quiénes son los destinatarios de la ley de competencia desleal, según se prescribe en el Artículo 3 de la Ley 256 de 1996:

²²⁴ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Despacho del Superintendente de Industria y Comercio. Sentencia Número 011, 10 de noviembre de 2006. Exp. 04-039126.

²²⁵ *Ibíd.*

“ARTÍCULO 3: Esta Ley se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado.

La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal.”

Esta disposición evidencia el modelo social adoptado por nuestro régimen, sobre el cual hemos referido que ha avanzado en la regulación de la recta forma de competir en el mercado, exigiéndola no solamente a los comerciantes como sujetos calificados que (bajo el antiguo modelo profesional o corporativista) debían ceñirse a las prácticas mercantiles deseables para el ejercicio transparente de su actividad, sino también de cualquier otro partícipe del mercado que intervenga en la oferta, distribución o demanda de los bienes y servicios que lo conforman²²⁶. En esa misma dirección, se formula la legitimación activa para utilizar las acciones de competencia desleal, otorgada a todo el que concurre en el mercado o demuestre su intención de hacerlo, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados.

Por otra parte, la no subsunción de los actos desleales en las llamadas ‘relaciones de competencia’ corrobora que éstos son ilícitos de mercado, por lo que no tiene relevancia si los contendores ofertan un mismo producto o no ya que se amplía la repercusión de la conducta nociva a cualquier alteración que “agote la capacidad de consumo de un determinado consumidor”²²⁷; es decir, que valiéndose de instrumentos deshonestos desvíe la preferencia de quienes adquieren los bienes o servicios de un proveedor.

En ese sentido, para el sector que nos compete, son sujetos de las normas de competencia desleal todos los actores que intervengan en cualquier punto de la

²²⁶ VELANDIA, Mauricio. Derecho de los mercados: Apuntes. Op, Cit. p, 9

²²⁷ ALMONACID, Juan y GARCIA, Nelson. Derecho de la competencia: Abuso de la posición dominante, competencia desleal, uso indebido de la información privilegiada. Op. Cit. p, 258

cadena de valor de la actividad transportadora y no solamente en el desplazamiento de las mercancías, debiendo recordarse los contenidos logísticos, administrativos, operativos, de insumos, y de demanda que le acompañan. Adicionalmente, éstos actores no necesariamente deben falsear una rivalidad asentada en los mismos trayectos y portafolios de servicios para ser sancionados, basta con que restrinjan la capacidad comercial de los generadores de carga o desvíen amañadamente sus preferencias.

3.2.2.3 Ámbito territorial de aplicación

El Artículo 4 de la Ley 256 de 1996 delimita el espacio donde rigen las medidas que regulan el buen uso del derecho a competir, señalando:

“ARTÍCULO 4: Esta ley se le aplicará los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano.”

De este modo, la aplicación de nuestro régimen de competencia desleal no responde exclusivamente a las fronteras geográficas del país, pues no se exige que el acto sea realizado en Colombia; por el contrario, la acotación relativa a la vocación de los efectos principales para impactar un mercado nacional dirige sus alcances al reproche de conductas que, aun siendo originarias de otras latitudes, puedan vulnerar los bienes jurídicos tutelados por esta normativa y relacionados con la transparencia del mercado colombiano.

No obstante, la alusión al carácter “principal” de los efectos indeseados genera inconvenientes en materia de derecho internacional, espectro dentro del cual el transporte terrestre de carga es altamente sensible pues algunos trayectos demandados por los generadores de carga sobrepasan las fronteras colombianas, representando una controversia en cuanto a la autoridad competente cuando un

mismo proceder repercute los mercados de distintos países, por lo que bajo una interpretación exegética se llegaría a pensar que sólo se sancionaría en Colombia si fuese sede de su efecto principal; para resolver este mal entendido, debe aclararse que el criterio unilateral de conexión adoptado por el derecho internacional permite a cada mercado afectado conocer del acto de competencia desleal, preservando la soberanía de cada país para estrechar su investigación a los efectos que le impacten su economía.²²⁸

3.2.2.4 Ámbito temporal de aplicación

Aunque la Ley 256 de 1996 no se pronuncia de forma especial sobre su aplicación temporal, entrando a regir únicamente las situaciones que se perpetren con posterioridad a su promulgación, el profesor JAECKEL KOVACS²²⁹ advierte que ciertas conductas iniciadas antes de su vigencia continúan produciendo sus efectos debido a la naturaleza del perjuicio causado, que no se consume o extingue con la culminación del acto sino que perdura en el tiempo, haciéndolos pasibles de responder por las consecuencias previstas en el actual régimen de competencia desleal porque las leyes de aplicación inmediata rigen los efectos posteriores a su sanción, aun cuando son derivados de una relación jurídica precedente. Así las cosas, el interés colectivo que reporta la protección de las prácticas sanas de competencia se ve mayormente blindado con la aplicación de esta regulación a los agentes que produjeron daños que continúan impactando el mercado o los intereses de otro participante; hecho que no implica una imposición retroactiva, toda vez que no existe ningún derecho adquirido por captar la indebidamente clientela que justifique mantener el comportamiento indecoroso como si fuera una propiedad o un bien estable.

²²⁸ VELANDIA, Mauricio. Derecho de los mercados: Apuntes. Op, Cit. p, 11.

²²⁹ JAECKEL, Jorge. Apuntes sobre competencia desleal. Op, Cit. p, 13

3.2.3 Referencias normativas del sector:

Consideramos pertinente para este punto de nuestro estudio enunciar algunas disposiciones propias del transporte terrestre de carga colombiano que hacen una remisión directa a la observancia general de la ley de competencia desleal, previendo la importancia que tiene la adecuación del común actuar de los partícipes de la actividad transportadora a los preceptos de este régimen.

El primer contenido jurídico que desarrolla este cometido es el Artículo 3, numeral 2 de la Ley 105 de 1993, que define el carácter de servicio público del transporte, expresando:

“ARTÍCULO 3.2: La operación del transporte público en Colombia es un servicio público bajo la regulación del Estado, quien ejercerá el control y la vigilancia necesarios para su adecuada prestación en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad.

Excepcionalmente la Nación, las Entidades Territoriales, los Establecimientos Públicos y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de cualquier orden, podrán prestar el servicio público de transporte, cuando este no sea prestado por los particulares, o se presenten prácticas monopolísticas u oligopolísticas que afecten los intereses de los usuarios. En todo caso el servicio prestado por las entidades públicas estará sometido a las mismas condiciones y regulaciones de los particulares.

Existirá un servicio básico de Transporte accesible a todos los usuarios. Se permitirán de acuerdo con la regulación o normatividad el transporte de lujo, turísticos y especiales, que no compitan deslealmente con el sistema básico.”

(El subrayado es nuestro).

Esta norma, garantiza la prestación del servicio de transporte gracias a la creación de un “sistema básico” que incentive la participación de numerosos actores o, en su defecto, quede en manos del Estado para asegurar la movilización de personas

y mercancías donde la pugna competitiva no llegue a hacerlo; siguiendo dichos lineamientos, hace una referencia al acatamiento del régimen de competencia desleal por parte de quienes deseen ofertar un servicio superior a los estándares del “sistema básico”, evitando que la inequidad con que ellos compiten lesione su funcionamiento eficiente, mediante prácticas contrarias a la buena fe comercial.

En otro numeral, el Artículo examinado hace una reflexión parecida en torno a la prevalencia de la iniciativa privada en la constitución y habilitación de las empresas porteadoras, aseverando:

“ARTÍCULO 3.6: Para la constitución de empresas o de formas asociativas de transporte no se podrán exigir otros requisitos que los establecidos en las normas legales y en los reglamentos respectivos.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, para acceder a la prestación del servicio público, las empresas, formas asociativas de transporte y de economía solidaria deberán estar habilitadas por el Estado. Para asumir esa responsabilidad, acreditarán condiciones que demuestren capacidad técnica, operativa, financiera, de seguridad y procedencia del capital aportado

Las autoridades sólo podrán aplicar las restricciones a la iniciativa privada establecidas en la Ley, que tiendan a evitar la competencia desleal, el abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado, para garantizar la eficiencia del sistema y el principio de seguridad. (El subrayado es nuestro).

Vinculando los alcances de este mandato a las condiciones actuales del sector, opinamos que la libertad vigilada imperante en las relaciones económicas entre los sujetos que participan de la actividad transportadora supone el mínimo intervencionismo Estatal, circunscrito únicamente a la garantía del derecho a la libre empresa e iniciativa privada, dentro del cual tiene cabida la prohibición de

comportamientos desleales ya que contribuye de forma indispensable al ejercicio real y transparente de las mentadas prerrogativas.

Finalmente, el Estatuto Nacional de Transporte (Ley 336 de 1996) hace una referencia al régimen bajo análisis que merece ser glosada pues ordena al Gobierno Nacional que, al momento de reglamentar la prestación del servicio público de transporte, no se descuide la sanción de los actos desleales, pontificando:

“ARTÍCULO 65: El Gobierno Nacional expedirá los reglamentos correspondientes, a efectos de armonizar las relaciones equitativas entre los distintos elementos que intervienen en la contratación y prestación del servicio público de transporte, con criterios que impidan la competencia desleal y promuevan la racionalización del mercado de transporte.”

Profundizando en esta perspectiva, inferimos que cada una de las normas reglamentarias del transporte terrestre de carga por carretera acarrea implícitamente la custodia de la leal competencia en el sector, de tal manera que su quebrantamiento constituye un vehículo apropiado para la concreción de una indebida concurrencia, reprobada como un acto desleal de violación de normas, según se verá más adelante.

3.3 ALCANCE DE LAS NORMAS SOBRE ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL EN EL TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA

Los Artículos 7 a 19 de la Ley 256 de 1996 describen una serie de actos que se entienden como desleales porque están orientados a falsear la competencia por medio de la restricción de derechos ajenos o la obtención de ganancias ilegítimas. Para establecer el alcance que cada uno de ellos tiene en el transporte terrestre

de carga colombiano, contemplamos conveniente clasificarlos en cuatro categorías, según el perjuicio que con ellos se persiguen: en primer lugar, presentaremos aquellos que pretenden desorganizar una empresa transportadora alterando la estructura interna que la conforma; después, abordaremos las conductas que buscan afectar los medios de captación y conservación de clientela de un transportista competidor, beneficiándose de su reputación o desprestigiándola con el objeto de deteriorar sus relaciones con los generadores de carga; en un tercer momento, dirigiremos nuestra atención a la infracción de las normas y reglamentos del transporte de carga por carretera como fuente de actos desleales; y por último, ahondaremos en la trascendencia de la prohibición general para la represión de comportamientos contrarios a las buenas costumbres mercantiles que pueden agraviar este sector.

3.3.1 Actos encaminados a la desorganización de una empresa transportadora

3.3.1.1 Actos de desorganización

El funcionamiento de una empresa requiere de una estructura interna que soporte ordenadamente los diversos procesos a través de los cuales se llega a la producción final del bien o servicio con el que compete en el mercado.²³⁰

La realización de conductas que pretendan desestabilizar este orden, o logren hacerlo aún sin intención, se torna desleal siempre que provenga de un tercero que no esté legitimado para estropear cualquier fase de la cadena de valor empresarial, limitar las prestaciones u operaciones con las que el competidor

²³⁰ VELANDIA, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo. Op. Cit. p, 384.

participa o alterar algún elemento del establecimiento comercial que utiliza para dichos fines. Todo ello, en consideración a lo estipulado por el Artículo 9 de la Ley 256 de 1996:

“ARTÍCULO 9: Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno.”

En materia de transporte de carga por carretera, el único caso práctico que se ha conocido a instancias de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre este tipo de actos se encuentra consignado en la Sentencia No 592 de 2011²³¹, que resuelve la controversia suscitada entre la cooperativa de transportadores “Cotraserca Ltda.” y su representante legal Daniel García Abril, demandado por constituir una empresa con el mismo objeto social, denominada “Gayco S.A.”, aprovechándose presuntamente de su posición para disminuir el volumen de contratación de la demandante y acrecer la participación de la nueva competidora.

En relación con esta situación, pese a que las pretensiones de la parte actora no prosperaron, el fallo analiza la tipificación de la conducta desleal de desorganización por la oposición del gerente a la adquisición de nuevos vehículos, concluyendo que ésta sólo tiene la entidad para perturbar la estructura interna de la empresa porteadora si corresponde únicamente al ámbito de decisión del representante legal y se prueba que efectivamente configura un medio idóneo para mitigar su participación en el mercado; elementos que no fueron demostrados durante el proceso en cuestión.

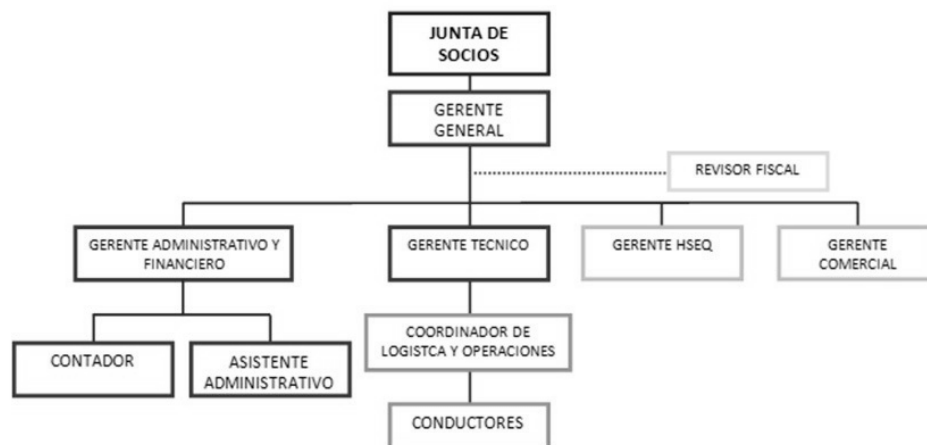
Así mismo, creemos que ciertamente la desorganización puede causarse no sólo por otros sujetos que se hallen bajo el ámbito subjetivo de la norma en estudio, sino también, sobre otros aspectos organizacionales distintos al operativo, es decir a los vehículos y la prestación mercantil que por intermedio de ellos se oferta;

²³¹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Grupo de trabajo de competencia desleal. Sentencia Número 592, 20 de septiembre de 2011. Exp. 06086230.

pues las empresas de transporte cumplen sus objetivos misionales valiéndose de departamentos o dependencias internas que intervienen en diversos aspectos del proceso productivo para hacer posible su eficiente concurrencia. Por ende, cualquier desequilibrio que se produzca en ellas acarrea un obstáculo deshonesto al desarrollo de las capacidades competitivas del transportista agraviado.

Para entender este argumento resulta provechoso analizar el organigrama interno de una empresa de transporte; por lo que tomaremos, a manera de ejemplo, la estructura organizacional de la empresa “Petroleum Cargo S.A.”²³², extraída de su pagina web, donde se difunde para el conocimiento público mediante el siguiente diagrama:

Figura 9. Organigrama firma de transporte – “Petroleum Cargo S.A.”



Fuente: Pagina Web de la compañía colombiana “Petroleum Cargo S.A.”
 <<http://www.petroleumcargo.com/web/index.php/organigrama>> [Consultado, 24 de Febrero de 2014]

²³² Empresa colombiana transportadora de carga seca y líquida especializada en hidrocarburos, con sede principal en la Ciudad de Bogotá y operaciones en numerosos trayectos del territorio nacional.

Observando este esquema, resaltamos que la actividad transportadora no se circunscribe únicamente al componente técnico que dirige la logística y las operaciones de los vehículos. Antes bien, la movilización de la carga por carretera precisa, entre otras unidades funcionales: una división administrativa y financiera encargada de controlar la compañía, gestionando el uso de los recursos y la asunción de gastos; una sección apoderada de las políticas de seguridad, salud ocupacional e impacto ambiental, necesarias para la prestación del servicio de transporte en condiciones de calidad; y un equipo de direccionamiento comercial ocupado de las relaciones contractuales con los generadores de carga y la formulación de estrategias para interpretar las exigencias del mercado, facilitando las decisiones sobre el crecimiento de cobertura o parque automotor.

De esta forma, anotamos que el daño interno, sufrido por alguna de las mencionadas piezas organizacionales y ocasionado por el actuar ilegítimo de un tercero, repercute insoslayablemente en la leal concurrencia de la firma transportadora al mercado, debiéndose castigar como un acto deshonesto que impide el normal desarrollo de las prestaciones mercantiles con las que compete.

3.3.1.2 Violación de secretos

La Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, ha asimilado la noción de 'secreto empresarial' al *"conjunto de conocimientos o informaciones que no son de dominio público (secretos), que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la producción o prestación de un servicio o bien para la organización y financiación de una empresa o de una unidad o dependencia empresarial, y que, por ello,*

*procura a quien los domina una ventaja que se esfuerza en conservar evitando su divulgación”.*²³³

Los alcances de este concepto permiten predicar la existencia de secretos empresariales en cualquier industria de la economía nacional; por lo que ellos no son ajenos al transporte terrestre de carga, siempre que el porteador que los posee acredite: (1) el carácter “secreto” que deviene de su desconocimiento general y su difícil acceso para los demás partícipes de la actividad; (2) su efectivo o potencial valor comercial, representado en la utilidad o ventaja económica conseguida con su tenencia; y (3) la adopción de medidas razonables para mantener aquella información valiosa.²³⁴

Cumplidos estos requerimientos, la divulgación del secreto al que se tuvo acceso por un vínculo legítimo o fue sustraído ilegítimamente por medios indebidos, al igual que su explotación para aprovechar sus beneficios, comporta un acto desleal si no media autorización del titular, conforme lo expresa el Artículo 16 de la Ley 256 de 1996:

“ARTÍCULO 16: Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el Artículo 18 de esta ley.

Tendrá así mismo la consideración de desleal, la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan.

²³³ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Grupo de trabajo de competencia desleal. Sentencia Número 1647, 30 de diciembre de 2011. Exp. 03105250.

²³⁴ Artículo 260. COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA. Decisión Número 486, 14 de septiembre de 2000. Régimen común sobre propiedad industrial.

Las acciones referentes a la violación de secretos procederán sin que para ello sea preciso que concurren los requisitos a que hace referencia el Artículo 2o. de este ley.”

Sobre la base de esta norma, desprendemos la posibilidad de increpar la conducta del gerente o miembro del personal administrativo de una empresa transportista que difunda la información propia del andamiaje logístico que acompaña su operación o verse sobre su organización interna y sus relaciones con los generadores de carga, derivando una utilidad para sí o un tercero competidor, ya que éstos temas técnicos y comerciales son particularmente sensibles en aquel sector donde el actor afectado deberá demostrar que verdaderamente protegía y preservaba dichos conocimientos, atendiendo los tres elementos aludidos en líneas precedentes.

3.3.1.3 Inducción a la ruptura contractual

El acto desleal de inducción a la ruptura contractual se consagra en el Artículo 17 de la Ley 256 de 1996 con el siguiente texto:

“ARTÍCULO 17: Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.

La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena sólo se califica desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos.”

Este precepto normativo ha sido sustancialmente analizado por la autoridad de competencia que concibe la “inducción” como el estímulo voluntario de un agente con el ánimo de irrumpir en la esfera de las relaciones contractuales ajenas, provocando la inobservancia de las obligaciones convenidas o la ruptura normal del negocio celebrado; además, traduce el término “aprovechamiento” en el beneficio que el agente extrae para sí o para un tercero de la infracción contractual en la que no ha participado.²³⁵

Decantando lo anterior, en el transporte de carga por carretera ambos verbos rectores se subsumen específicamente en detrimento de tres tipos de relaciones:

Por una parte, la relación empresa – trabajadores, donde el quebrantamiento de los compromisos laborales debilita la organización interna y dificulta la concurrencia en ambientes aptos de competitividad, toda vez que limita o desmejora su soporte humano y, por ende, disminuye su capacidad operativa.

En segundo lugar, la relación transportador – generador de carga, cuyas obligaciones emanan de la esencia o naturaleza del contrato de transporte y de las cláusulas accidentales pactadas por las partes, por lo que el acto desleal no surge únicamente de la terminación del vínculo comercial principal, sino también del incumplimiento que haga el generador de carga de las previsiones acordadas al momento de su celebración como, por ejemplo, la forma del pago de fletes, el reconocimiento de los tiempos de espera o las condiciones que adecuará para la realización del cargue y descargue.

Finalmente, este acto puede menoscabar el abastecimiento de insumos que recibe el competidor para el ejercicio de sus prestaciones mercantiles cuando altera la relación transportista – proveedores, dentro de la cual ubicamos principalmente la vinculación de camiones para la movilización de carga, como contrato fundamental

²³⁵ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Despacho del Superintendente de Industria y Comercio. Sentencia Número 0005, 30 de noviembre de 2005. Exp. 01109729.

para el desempeño de las compañías porteadoras del cual depende la conformación de su parque automotor y su capacidad transportadora.

3.3.1.4 Pactos desleales de exclusividad

La autonomía de la voluntad privada faculta a las empresas a pactar, en los contratos de suministro celebrados con sus consumidores o proveedores, cláusulas de exclusividad por las que se comprometen a adquirir u ofrecer productos únicamente a su contraparte. Sin embargo, en múltiples ocasiones, éstas convenciones son concertadas con el objeto de crear barreras artificiosas al ingreso de nuevos bienes y competidores al mercado, en razón de las cuales nuestra ley de competencia desleal ordena:

“ARTÍCULO 19: Se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras éstas sean de propiedad de los entes territoriales.”

Esta disposición ha sido llevada a control de constitucionalidad por lindar con las garantías del derecho a la libre empresa, declarándose exequible bajo la explicación:

“La norma sería inconstitucional si comprendiera, sin discriminación alguna, todos los pactos de exclusividad. En verdad, carece de razonabilidad y proporcionalidad, asumir que la cláusula de exclusividad per se viola la Constitución Política, sin tomar en consideración su efecto real en la restricción de la competencia, para lo cual resulta forzoso analizar entre otros factores el tipo de mercado, su tamaño, la posibilidad de que el bien pueda ser remplazado por otros, la participación de los competidores en el mercado,

la existencia de poderes monopólicos u oligopólicos, el efecto de la cláusula sobre la eficiencia, la generación de poder de mercado a raíz del pacto, el efecto en los precios producidos por la estipulación, el grado de competencia existente en el mercado relevante etc.

Sin embargo, si la disposición acusada se interpreta correctamente, el problema constitucional se desvanece, puesto que el tipo de pacto que se proscribe es únicamente el que tiene el efecto real de restringir el acceso de los competidores en el mercado, vale decir, el que es capaz de producir de conformidad con los criterios anotados un efecto sustancial en la disminución de la competencia existente.

(...) La norma supone una relación de causa-efecto, entre la cláusula de exclusividad y la adquisición de un poder monopólico en un determinado mercado de bienes o servicios. No es desproporcionado que la ley excluya una modalidad contractual que puede constituirse en la génesis de un poder monopólico. Además si del contrato emana estabilidad, la prohibición legal es necesaria y no se vislumbra alternativa diferente de su exclusión, para los efectos de mantener la libre competencia.”²³⁶

Por consiguiente, los pactos de exclusividad entre generadores de carga y empresas de transporte sólo arraigan el carácter desleal cuando tienen la capacidad de restringir el acceso de competidores al mercado o de monopolizar la distribución de productos o servicios, al igual que los acuerdos anticompetitivos que limitan u obstruyen la entrada al mercado y a los canales de distribución que detallamos junto al tema de prácticas comerciales restrictivas de la competencia; empero, aquellos negocios que no produzcan dichos efectos no pueden ser tachados de indebidos ya que proporcionan algunas ventajas como reducción de

²³⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-535/1997. 23 de octubre de 1997. Magistrado Ponente: DR. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

costos en las economías de escala, mejora de los canales de distribución y agilidad en las relaciones comerciales.²³⁷

3.3.2 Actos que deterioran la relación del competidor con los generadores de carga:

3.3.2.1 Actos de confusión

La Ley 256 de 1996 tipifica el acto desleal de confusión en su Artículo 10, señalando:

“ARTÍCULO 10: En concordancia con lo establecido por el punto 1 del numeral 3 del Artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.”

Aunque esta conducta, y las demás que serán referidas en el presente título, no han sido demandadas ante la Superintendencia de Industria y Comercio por su comisión en el sector que investigamos, dicha entidad ha resuelto algunos casos en materia de transporte terrestre de pasajeros por controversias ligadas a gráficos o expresiones, que consideramos útiles para comprender sus alcances.

En lo que respecta a la confusión, se sanciona la pérdida de la capacidad volitiva y decisoria al momento de intervenir en el mercado, vulnerada por la concurrencia, a través de instrumentos indebidos, para provocar en los competidores un error

²³⁷ ALMONACID, Juan y GARCIA, Nelson. Derecho de la competencia: Abuso de la posición dominante, competencia desleal, uso indebido de la información privilegiada. Op. Cit. p. 278

sobre la identidad de la empresa productora del bien o prestadora del servicio que se ofrece; bien sea por actos que lleven al usuario del transporte a pensar que está adquiriendo los servicios de otro competidor (confusión directa) o presumir que existe un vínculo entre los transportistas, asociado a una cooperación comercial, pertenencia a un mismo grupo empresarial, entre otros (confusión indirecta). En cualquier caso, no se requiere la materialización del efecto perjudicial en el mercado, bastando sencillamente con la potencialidad real o 'riesgo asociativo'.²³⁸

Es pertinente indicar que la estrecha conexión que tiene este comportamiento con las normas de propiedad industrial, encargadas de proteger la titularidad de los signos distintivos como derechos subjetivos, no descarta la aplicación de ambos regímenes, pues el objeto perseguido por la ley de competencia desleal se enfoca en el uso deshonesto de aquellos elementos característicos para confundir al público consumidor en lo que atañe al establecimiento, la actividad industrial y los productos de otra organización, obteniendo una ventaja injustificada que deberá probarse en la aptitud del empleo de signos similares para ocasionar que los clientes opten por los servicios del agente infractor asumiendo que le son brindados por el competidor damnificado.

3.3.2.2 Actos de imitación

En oposición a las conductas de confusión, los actos de imitación tipificados en el Artículo 14 de nuestra Ley de competencia desleal recaen sobre el producto o servicio en sí mismo, representado en las 'creaciones materiales' que redundan de las nuevas técnicas propias de la prestación mercantil, sin involucrar las

²³⁸ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Grupo de trabajo de competencia desleal. Sentencia Número 1393, 30 de marzo de 2012. Exp. 030006455.

‘creaciones formales’ que la diferencian de otras ofertas que concurren en el mercado²³⁹. Ello se colige de la norma en cita que dispone:

“ARTÍCULO 14: La imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por la ley.

No obstante, la imitación exacta y minuciosa de las prestaciones de un tercero se considerará desleal cuando genere confusión acerca de la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación ajena.

La inevitable existencia de los indicados riesgos de confusión o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.

También se considerará desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor cuando dicha estrategia se halle encaminada a impedir u obstaculice su afirmación en el mercado y exceda de lo que según las circunstancias, pueda reputarse como una respuesta natural del mercado.”

En aras de puntualizar los alcances de esta figura, la jurisprudencia de la autoridad de competencia, en Sentencia No. 1953 de 2012, ha confirmado que, por regla general, la imitación dentro de un mercado es una práctica permitida, salvo que afecte un objeto amparado por un derecho de exclusiva²⁴⁰; de manera que la ilicitud de aquel comportamiento debe acotarse únicamente bajo los supuestos consagrados por el Artículo en comento:

²³⁹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Grupo de trabajo de competencia desleal. Sentencia Número 4058, 30 de julio de 2012. Exp. 10-133564.

²⁴⁰ En nuestro concepto, esta aseveración no es del todo acertada porque nada obsta para que un competidor pueda mejorar lo ya patentado; hecho que hace realmente difícil tipificar el acto de imitación, pudiéndose excluir la responsabilidad del demandado si se prueba algún avance o innovación particular que descarte la lesión de un derecho de exclusiva.

“Por una parte, la imitación puede ser desleal cuando genere confusión sobre la procedencia empresarial de la prestación, punto sobre el que cabe precisar que esta no es la misma confusión consagrada en el Artículo 10 de la Ley 256 de 1996, la que se encuentra referida a las creaciones formales (signos distintivos, por ejemplo), pues aquella modalidad versa sobre creaciones de carácter material como a las que se refiere el Artículo 14, ibídem, en el que lo relevante es la prestación en sí misma y no la forma en que se encuentra presentado el producto.

Por otra parte, es desleal la imitación cuando conlleva un aprovechamiento indebido de la reputación ajena, punto sobre el que se precisa que no todo acto de imitación que comporte un aprovechamiento de la reputación ajena puede ser sancionado como desleal, pues la norma exige que además sea indebido. Ahora, para que así pueda calificarse debe consistir en una mera copia de la prestación ajena, una verdadera usurpación, sacando provecho del reconocimiento que la prestación ajena tiene en el mercado y en la que el imitador no tome ningún tipo de medida a fin de diferenciarlas, de modo que impida a los destinatarios de las mismas reconocerlas o singularizarlas, lo anterior sin perjuicio de que en otro caso concreto puedan llegar a surgir formas diferentes de explotación indebida.”²⁴¹

Ciertamente, para el sector que nos ocupa, éstas conjeturas no pueden partir del seguimiento o imitación a prestaciones comunes o estandarizadas en la movilización de carga por carretera; antes bien, solamente han de predicarse en los eventos donde una empresa porteadora logre posicionarse en el mercado gracias a un reconocido esfuerzo intelectual, en la ejecución de su actividad transportadora, del que se sirva como medio competitivo para sobresalir y obtener una singularidad concurrencial. Entonces, el acto desleal de imitación en el transporte terrestre de carga se reduce a aquellas iniciativas empresariales que

²⁴¹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Grupo de trabajo de competencia desleal. Sentencia Número 1953, 30 de abril de 2012. Exp. 1000754.

caractericen a un competidor y sean apreciadas por los generadores de carga al momento de elegir contratar con él, de tal forma que su fraudulenta emulación pueda inducir a errores o usufructos indebidos de la fama comercial que deterioren dicha relación.

3.3.2.3 Explotación de la reputación ajena

La Superintendencia de Industria y Comercio ha sostenido que la “reputación” de un participante en el mercado consiste en el buen nombre y prestigio que tiene un establecimiento de comercio o un comerciante frente al público en general, concebidos como un factor privilegiado del negocio que ha forjado fama, clientela y una red de relaciones corresponsales de toda clase, despertando una sólida confianza entre sus abastecedores, empleados, entidades financieras y demás asociados a su actividad.²⁴²

Así, la buena reputación compensa el arduo empeño de quien ha mejorado continuamente para alcanzarla o preservarla, otorgándole una posición destacada en el mercado y facilitándole el aumento de su participación con la posibilidad de acrecer su clientela, extender sus líneas de producción y vender a mejores precios; conquistas que nuestro legislador escuda con la prohibición preceptuada en el Artículo 15 de la Ley 256 de 1996:

“ARTÍCULO 15: Se considera desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Penal y en los tratados internacionales, se considerará desleal el empleo no autorizado de signos

²⁴² COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Grupo de trabajo de competencia desleal. Sentencia Número 4058, 30 de julio de 2012. Op, Cit.

distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas o engañosas aunque estén acompañadas de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como "modelo", "sistema", "tipo", "clase", "género", "manera", "imitación", y "similares".

Aplicando la norma transcrita al transporte terrestre de carga, contemplamos que su amparo se extiende a las valoraciones y reconocimientos bien cualificados, propios de las empresas porteadoras con asentado trayecto en el sector, notoria cobertura de rutas, reputada calidad en su servicio e influyente capacidad de negocios, que sean explotados ilegítimamente en dos sentidos: en forma genérica, por cualquier medio capaz de poner en riesgo (sin que se precise de un resultado) la percepción de un generador de carga sobre el servicio ofrecido, vinculando las labores de un competidor parasitario a la actividad del transportista afamado; o a través del uso de signos distintivos confundibles, principalmente aquellos dispuestos en los vehículos²⁴³, que evoquen una conexidad o participación conjunta.

3.3.2.4 Actos de engaño

El engaño, al igual que la confusión, constituye un acto desleal que induce al público a un error frente al competidor; no obstante, dista de esta conducta porque el yerro no radica en la procedencia empresarial (llamado `riesgo asociativo' de la confusión), sino que apunta al bien o servicio ajeno, brindando una imagen irreal o inexistente de los productos en el mercado, capaz de alterar la fidelidad que tienen los clientes a la marca del agente afectado, acudiendo o no al descrédito, pues la realidad del objeto protegido puede desvirtuarse sin atacar su credibilidad, como

²⁴³ Recuérdese que, por mandato de la Resolución 003019 de 2010 del Ministerio de Transporte, los vehículos de las empresas prestadoras del servicio público de transporte terrestre automotor están obligados a portar los signos que las distinguen. (Parágrafo, Artículo 2. COLOMBIA. MINISTERIO DE TRANSPORTE. Resolución Número 003019, 23 de julio de 2010. Op, Cit.)

ocurre cuando se anuncia falsamente que el producto ajeno está agotado, con lo cual no se desmerita el bien pero si se ultraja la expectativa del consumidor.²⁴⁴

Con el fin de mitigar las indebidas alusiones al producto de un contendiente y eliminar los efectos indeseados que éstas traen a la transparencia del sistema competitivo, nuestra ley de competencia desleal proscribe la conducta descrita, estableciendo en su Artículo 11:

“ARTÍCULO 11: En concordancia con lo establecido por el punto 3 del numeral 3 del Artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.”

Tratándose del transporte terrestre de carga, el acto de engaño recae en distintos aspectos relacionados con el bien competido, como son: (1) el tipo de servicio ofrecido, cuando se miente sobre la actividad u objeto social que desarrolla el otro participante, o se divulga fraudulentamente que no se dedica a movilizar algún tipo específico de carga con el fin de excluirlo de las necesidades de un generador; (2) los medios con que efectúa el transporte, siempre que se tergiverse la realidad de la capacidad instalada del competidor para desincentivar su negociación con potenciales clientes, informando inexactitudes sobre la cantidad de vehículos activos de su parque automotor aptos para cumplir con sus compromisos

²⁴⁴ VELANDIA, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo. Op. Cit. p, 382

contractuales, la cobertura de sus rutas o trayectos, la tipología de vehículos o sus clases de carrocerías; y (3) la calidad del servicio, mediante actos que no solamente entrañan un engaño encaminado a estropear la fidelidad de los clientes al producto, sino que también acentúan un descrédito que, por motivos metodológicos, analizaremos en su impacto práctico dentro del título que presentaremos a continuación.

3.3.2.5 Actos de descrédito

El Artículo 12 de la Ley 256 de 1996 consagra la prohibición de los denominados 'actos de descrédito', retratando en su texto lo que debe entenderse por ellos:

“ARTÍCULO 12: En concordancia con lo establecido por el punto 2 del numeral 3 del Artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.”

Siguiendo lo expuesto por la norma en cita, la Superintendencia de Industria y Comercio estima como desacreditadoras de las prestaciones o actividad empresarial de un competidor, la emisión o divulgación de manifestaciones que sean inexactas, falsas e impertinentes y que resulten objetivamente idóneas para perjudicar el prestigio o buen nombre del otro agente en el mercado ya que no se requiere el logro de aquel objetivo, bastando con la existencia del elemento de potencialidad, riesgo o peligro que facilite su obrar. Por otra parte, independientemente del medio de difusión que se utilice, es preciso que la

difamación entrañada por dichos actos sea pública, bien en el seno de un determinado colectivo o extendiéndose al público en general.²⁴⁵

En ese sentido, los comportamientos desleales que se reputen de descredito, dentro del sector de nuestra investigación, derivan de la descalificación de la forma o calidad con que una empresa porteadora adelanta su labor de transporte terrestre de carga, denigrando de sus servicios, establecimiento o relaciones mercantiles, a través divulgaciones notorias, ficticias, erróneas e inoportunas que deben ser creíbles y suficientes para alcanzar un autentico y efectivo deterioro de la imagen de la organización o sus prestaciones en los demás intervinientes del mercado.

3.3.2.6 Actos de comparación

La autoridad de competencia colombiana acoge el tema de las comparaciones como un elemento connatural al enfrentamiento en el mercado por el cual se exponen las características objetivas de dos o más ofertas pertenecientes a distintos competidores, descubriendo sus relaciones, diferencias y semejanzas²⁴⁶. Sin embargo, acepta que esta manera de competir adquiere un carácter desleal bajo los supuestos expresados por el Artículo 13 de la Ley 256 de 1996, que reza:

“ARTÍCULO 13: Sin perjuicio de lo establecido en los Artículos 11 y 13 de esta ley, se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas. Así mismo, se considera desleal

²⁴⁵ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Grupo de trabajo de competencia desleal. Sentencia Número 1451, 12 de diciembre de 2011. Exp. 07070091.

²⁴⁶ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Despacho del Superintendente de Industria y Comercio. Sentencia Número 002, 17 de febrero de 2006. Exp. 03069417B.

toda comparación que se refiera a extremos que no se análogos, ni comprobables.”

Atendiendo estos parámetros, la ilicitud de los comportamientos comparativos reside en la confrontación artificiosa o desequilibrada de aspectos objetivos y comprobables, dado que en las consideraciones subjetivas o intangibles no existiría verdadera comparación y, por ende, la conducta debería reprocharse bajo otros tipos desleales como el descredito, la desviación de clientela o la prohibición general; cuestión que aplica, con igual fundamento, al transporte terrestre de carga como a cualquier otro ramo de la economía nacional debido a que se encuentra implícito en la actividad publicitaria común a todas las empresas, aunque hemos de distinguir que en dicho sector los ítems a comparar se basan peculiarmente en tiempos, calidad en el servicio, composición del parque automotor, soporte logístico, niveles de riesgo y seguridad de la carga, servicios conexos y accesorios, entre otros.

3.3.2.7 Actos de desviación de la clientela

La atracción del público hacia nuevos establecimientos o productos y la consecución de un cambio en sus preferencias o hábitos de consumo no puede ser catalogado per-se como una conducta ilícita, pues el conjunto de personas que comúnmente adquieren los bienes o requieren los servicios de una empresa no ingresa a su acervo patrimonial sino que se mantiene libre de acceder a las estrategias persuasivas de otros contendientes para modificar sus inclinaciones frente a una marca en razón a la mejora continua que ofrece el proceso competitivo. Así, conviene restringir la denominación de “actos de desviación de clientela” a aquellos que, envés de gestarse en esfuerzos legítimos por obtener una mayor aceptación del consumidor, recurren a las prácticas desleales descritas en forma genérica por el Artículo 8 de la Ley 256 de 1996:

“ARTÍCULO 8: Se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial.”

En relación con este precepto normativo, es de recibo comentar que la referencia a las “sanas costumbres mercantiles o usos honestos en materia industrial o comercial” ha sido adaptada, por concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio²⁴⁷, al nuevo modelo social de competencia desleal que defiende a los empresarios, consumidores, y sociedad en general, haciendo inviable exigir de ellos, para su protección, la prueba de existencia de la costumbre o del uso como fuente de derecho; debiéndose interpretar que el surgimiento del acto de desviación solamente implica el apartamiento de los parámetros morales y éticos socialmente aceptados que se esperan de quienes acuden a un mercado con el propósito de disputar una clientela.

Además, la misma entidad ha contemplado dicha disposición como una ‘pequeña cláusula general’ debido a su aptitud para consumarse mediante un sinfín de comportamientos alejados de los mentados imperativos morales que sólo requieren (por cuenta del sujeto activo) del objetivo, riesgo o resultado de captar, para sí o un tercero, el beneplácito de la demanda que, en condiciones normales de transparencia, pertenecería a otro competidor (sujeto pasivo).²⁴⁸

Por consiguiente, aceptada la posibilidad de endilgar este tipo desleal a una infinidad de situaciones, no observamos alguna particularidad especial de los actos

²⁴⁷ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Concepto Número 01086015, 12 de diciembre de 2001.

²⁴⁸ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Sentencia Número 016, 23 de marzo de 2011. Exp. 0712960.

de desviación de clientela que nos inste a redundar en nuestra alocución sobre sus alcances e impacto en el sector estudiado.²⁴⁹

3.3.3 Violación de normas del sector como fuente de actos desleales

La vulneración del ordenamiento jurídico conduce a la deslealtad comercial cuando a través de ella se alcanza una ventaja competitiva significativa, censurada por el Artículo 18 de la Ley 256 de 1966, que prevé:

“ARTÍCULO 18: Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica.

La ventaja ha de ser significativa.”

La racionalidad de este enunciado sólo puede aprehenderse si se tiene en cuenta que el acatamiento de las normas genera para todo empresario unos costos que merman sus utilidades y acrecen los precios de sus productos, de tal forma que si alguno se excluyera de su cumplimiento, bien podría aumentar sus ganancias u ofertar a precios más atractivos para los consumidores, derivando una ventaja económica basada en el perjuicio directo para el bien jurídico tutelado por la norma violada y el daño indirecto que el mismo acarrea para el mercado; el cual,

²⁴⁹ Para reforzar este argumento, lleguemos al siguiente extremo imaginativo: piénsese en dos empresas porteadoras localizadas una junto a la otra, de manera que por su cercanía la elección del cliente puede variar fácilmente; ahora, supóngase que para inclinar dicha decisión hacia alguna de ellas, se patrocine a una persona para que permanezca en la entrada del contenedor luciendo un aspecto peligroso o desagradable, con el fin de desalentar a los generadores de carga que pase frente a sus instalaciones y hacer que opten por abstenerse de entrar a negociar sus servicios, continuando su búsqueda con el competidor vecino que se verá beneficiado ilícitamente por un acto desleal de desviación que, subrayamos, en nada se vincula con las particularidades de la actividad transportista, pero en todo atenta con la eficiente competitividad de aquel sector.

se itera, debe materializar un beneficio relevante al infractor que lo haga más competitivo o que amenace la competitividad de otros.²⁵⁰

En la regulación del sector del transporte terrestre de carga hemos identificado dentro de nuestra investigación un conjunto de normas que implican erogaciones para las empresas porteadoras y que comúnmente suelen ser esquivadas por algunos partícipes que pretenden desarrollar su actividad al margen de los mandatos legales o reglamentarios. Principalmente, destacaremos la inobservancia de las disposiciones relativas a la formalización de las empresas transportadoras, las restricciones impuestas a su operación y el régimen de sus relaciones mercantiles.

3.3.3.1 Normas sobre formalización de la empresa de transporte terrestre de carga

La constitución y organización de las empresas de transporte terrestre de carga precisa de una serie de tramites legales cuyo seguimiento acarrea grandes esfuerzos e inversiones onerosas en tiempo y dinero que sólo retornan tras el comienzo de la operación, una vez agoten el total de requerimientos de registro público, impuestos, habilitaciones y gestiones de orden laboral, indispensables para demostrar su capacidad y solidez.

Indudablemente, las reglas del registro de las firmas porteadoras, no representan gran dificultad para los partícipes de este sector pues se ciñen a las reglas generales de inscripción en las cámaras de comercio, consagradas en los Artículos 26 a 47 del Código de Comercio Colombiano que estipulan formalidades de suministro de información que no generan apatía entre quienes deciden dedicarse a esta actividad; antes bien, facilitan su reconocimiento y permiten

²⁵⁰ VELANDIA, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo. Op. Cit. p, 387

enmascarar su obrar aun cuando no cumplen con otras exigencias como la habilitación del Ministerio de Transporte.

Por su parte, los compromisos tributarios, que trascienden más allá de la simple solicitud del Registro Único Tributario a la presentación de declaraciones mensuales de retención en la fuente y anuales de impuesto sobre renta, aunadas a los deberes tributarios que se poseen frente a la municipalidad, como el impuesto de industria y comercio, que efectivamente gravan a un mayor costo la actividad transportadora de tal manera que un competidor evasor podría ahorrar un capital notable y destinar a la consecución de una ventaja competitiva las mismas sumas de dinero que sus demás contendores aportan respetuosamente a las arcas fiscales.

No obstante, la configuración del acto desleal de violación de normas para esta eventualidad, al igual que sucede con la transgresión de las imposiciones laborales²⁵¹, se intrinca en materia probatoria porque no solamente debe acreditarse la abstención de los compromisos legales que las organizaciones tienen respecto a dichos temas, sino que debe ligarse a ella el origen exacto de la utilidad económica percibida por el contraventor, motivos por los cuales su aplicación ha despertado poco interés en los organismos sectoriales y en los mismos competidores afectados.

Caso contrario ocurre con los requisitos de habilitación por parte del Ministerio de Transporte, sobre los cuales previamente hemos resaltado el filtro que impone la demostración de un capital pagado o patrimonio liquido superior a mil salarios mínimos mensuales legales vigentes²⁵², inalcanzable para las pequeñas pero abundantes compañías de transporte que actualmente operan sin autorización, efectuando un notorio acto desleal de violación de normas, preocupante tanto para

²⁵¹ Referidas específicamente a la no afiliación de los empleados a aseguradoras de riesgos profesionales, régimen de seguridad social y fondos de pensiones y cesantías.

²⁵² Artículo 13. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 173 (05, febrero, 2001). Op. Cit.

quienes prestan el servicio con apego a la ley²⁵³, como para las autoridades gubernamentales que recientemente han admitido el grave perjuicio al mercado de movilización de carga terrestre ocasionado por esta situación y han planteando soluciones como la Circular Externa No 09 del 23 de octubre de 2013 de la Superintendencia de Industria y Comercio, que ordena a las cámaras de comercio indicar en el certificado de existencia y representación legal de las empresas transportadoras si éstas se encuentran o no habilitadas, con el fin de combatir la informalidad y la competencia desleal, cerrando las puertas a la ilegalidad en el sector.

3.3.3.2 Normas relacionadas con la operación de transporte de carga por carretera

Los transportistas de carga terrestre ejecutan su objeto social sirviéndose principalmente de vehículos, propios o de terceros vinculados, sin los cuales sería imposible llevar a cabo la prestación de este servicio público. Empero, el uso de éstos equipos se supedita a políticas de ingreso de camiones al parque automotor nacional y a los reglamentos expedidos para su recta operación en el tránsito por el territorio colombiano.

En primer lugar, acerca del registro de vehículos destinados al transporte público de carga por carretera, hemos expresado la necesidad de adquirir los derechos de reposición que el Ministerio de Transporte concede por la desintegración y cancelación de la licencia de uno o varios vehículos cuya capacidad de carga o la sumatoria de las capacidades originales en toneladas sea igual o superior al cien por ciento de la capacidad de carga del objeto de registro inicial²⁵⁴. Así las cosas,

²⁵³ En relación con esta problemática, a principios del año 2013, el doctor Jaime Sorzano Serrano (entonces presidente de COLFECAR) denunció ante la Superintendencia de Puertos y Transporte que de las 30.000 empresas de transporte terrestre automotor de carga registradas ante las cámaras de comercio, sólo 2.500 están habilitadas por el Ministerio de Transporte. (SORZANO, Jaime. Revista El Container. Editorial el globo. Año 10. Núm 114. (Abril, 2013). ISSN 2145-7956).

²⁵⁴ Artículos 2 y 3. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2085 (11, junio, 2008). Op, Cit.

la única vía legal que poseen las compañías de transporte para poner en circulación nuevos equipos es mediante la chatarrización de alguno de sus camiones propios, obteniendo un reconocimiento económico fijado por el gobierno nacional²⁵⁵, con el cual no se cubre ni la cuarta parte del costo de la modernización de su flota, o comprando el cupo otorgado a otro propietario que oscila entre \$40.000.000 y \$70.000.000, dependiendo de la clase y capacidad del camión; de cualquier forma, dichas alternativas entrañan cuantiosos gastos, pasibles de ser soslayados por algún competidor que acuda a mecanismos ilícitos y fraudulentos para dotar sus nuevos vehículos del cupo necesario para iniciar su funcionamiento, debiendo ser castigado por el provecho desleal emanado de la violación de las descritas normas sectoriales e incluso del ordenamiento penal, pues con usanza acuden a artimañas que van desde la falsedad en documento público hasta complejas redes o mafias delincuenciales dedicadas a la tramitación de la reposición de camiones, inexistentes o ya homologados, supuestamente hurtados o perdidos.

Como segundo punto, la contravención de las disposiciones que reglamentan la correcta operación de movilización de carga por carretera, también puede erigir la conducta estudiada si, dada la repetitividad de su comisión, es posible inferir un daño o amenaza a la competitividad. Para ejemplificar esta posición, traemos a colación los parámetros establecidos por el Ministerio de Transporte para los horarios de tránsito y para los pesos o dimensiones de los vehículos:

Por un lado, la Resolución 3226 de 2012 restringe el desplazamiento de carga terrestre en las vías nacionales durante algunas temporadas especiales donde el alto volumen de flujo de carros particulares se favorece con la detención de la gran mayoría de vehículos de carga con capacidad de 3.4 toneladas o más y

²⁵⁵ Artículo 10. COLOMBIA. MINISTERIO DE TRANSPORTE. Resolución Número 007036, 31 de julio de 2012. Por la cual se definen las condiciones y el procedimiento para el reconocimiento económico por desintegración física total de vehículos de servicio público de transporte terrestre automotor de carga y para el registro inicial de vehículos de transporte de carga por reposición, y se dictan otras disposiciones.

automotores de carga extradimensionada o extrapesada²⁵⁶, implantando unos horarios de tránsito que deben ser respetados por las empresas transportistas para los puentes festivos, la semana santa, la temporada vacacional de navidad y de año nuevo, y los domingos normales, en los que, verbigracia, se prohíbe la circulación de vehículos de carga entre las 12:00 y las 22:00 horas²⁵⁷.

En otro extremo, la Resolución 4100 de 2004 adopta los límites de pesos y dimensiones para la operación normal de los camiones que transportan carga por las carreteras del país, definiendo los tipos avalados para la prestación del servicio y designando a cada uno de ellos las dimensiones máximas (ancho, altura y longitud)²⁵⁸ y el peso bruto vehicular que por sus características particulares pueden sobrellevar hasta cierto nivel de tolerancia²⁵⁹.

Ambos actos administrativos crean pautas de comportamiento vinculantes para el funcionamiento de las compañías porteadoras, sancionando su omisión como una infracción a las normas de tránsito que amerita la imposición de multas e inmovilización del vehículo²⁶⁰. A pesar de ello, en rutas poco vigiladas, los competidores asumen el riesgo de sortear dichos mandatos con la intención de obtener la preferencia de los consumidores al garantizar mejores tiempos y mayores volúmenes de carga; objetivo que encuadra en la censura efectuada por la conducta desleal que analizamos siempre que, como planteamos en un

²⁵⁶ Artículo 2. COLOMBIA. MINISTERIO DE TRANSPORTE. Resolución Número 003226, 25 de mayo de 2012. Por la cual se establecen unas medidas de tránsito vehicular tendientes a garantizar la movilidad en las vías del país en temporadas especiales y se dictan otras disposiciones.

²⁵⁷ Artículo 3. *Ibidem*.

²⁵⁸ Artículo 7. COLOMBIA. MINISTERIO DE TRANSPORTE. Resolución Número 004100, 28 de diciembre de 2004. Por la cual se adoptan los límites de pesos y dimensiones en los vehículos de transporte terrestre automotor de carga por carretera, para su operación normal en la red vial a nivel nacional.

²⁵⁹ Artículo 8. *Ibidem*.

²⁶⁰ Literales C.14 y D.13. Artículo 131. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 769 (06, agosto, 2002). Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones. Modificado por: Artículo 21. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1383 (16, marzo, 2010). Por la cual se reforma la Ley 769 de 2002 - Código Nacional de Tránsito, y se dictan otras disposiciones.

principio, se perpetre de forma reiterada e idónea para la conquista de la ventaja perseguida.

3.3.3.3 Regulación de las relaciones económicas del sector

En el capítulo precedente, al contextualizar los aspectos generales del transporte terrestre de carga colombiano, abordamos las relaciones económicas que enfrentan las firmas transportistas discriminando dos clases preponderantes para nuestro estudio: en forma ascendente, las derivadas del contrato de transporte celebrado con los generadores de carga, donde el precio pactado por las partes se denomina “flete”; y de manera descendente, las provenientes del contrato de vinculación suscrito con los propietarios del vehículo que realiza la operación, cuya contraprestación se conoce como “valor a pagar”. Además, mencionamos que ellas se regulan por el “régimen de libertad vigilada” normado en el Decreto 2092 del 2011, con el cual el gobierno faculta a los partícipes de la actividad transportadora a convenir libremente los valores que se desprenden de aquel servicio, siguiendo las pautas previstas en su Artículo 3:

“ARTÍCULO 3: Las relaciones económicas entre el Generador de la Carga y la empresa de transporte público, y de esta con los propietarios, poseedores o tenedores de vehículos, serán establecidas por las partes, sin que en ningún caso se puedan efectuar pagos por debajo de los Costos Eficientes de Operación.

El sistema de información SICE-TAC, del Ministerio de Transporte, será el parámetro de referencia.

El generador de carga y la empresa de transporte, tendrán la obligación de informar al Ministerio de Transporte, a través del Registro Nacional de Despachos de Carga RNDC, el Valor a Pagar y el Flete, así como las demás

condiciones establecidas entre el propietario, poseedor o tenedor de un vehículo de servicio público de carga, de conformidad con la metodología y los requerimientos que para tal efecto establezca el Ministerio de Transporte.

El generador de la carga, la empresa de transporte y los propietarios, poseedores o tenedores de un vehículo de servicio público de carga, deberán dar cumplimiento a lo dispuesto en el presente Artículo”

Como corolario de esta disposición, las empresas porteadoras deben acoger los estándares obtenidos de criterios técnicos y logísticos que promedian los costos reportados por los agentes del mercado y los aproximan a un valor mínimo a cobrar por la movilización de mercancías en cada trayecto, tomando un nivel alto de eficiencia, es decir, partiendo de las sumas generadas al competidor que, por su estrategia de trabajo, optimice de la mejor forma los recursos y afronte menos gastos.

Esta exigencia se respalda con las atribuciones de las Superintendencias de Puertos y Transporte y de Industria y Comercio para corregir las situaciones que contradigan la orden de contratar por encima de los costos eficientes de operación²⁶¹, siendo asunto de la última entidad mencionada los detrimentos que, el gobierno juzga, se causan a la sana competencia económica, dentro de los cuales cabe ligar el acto desleal de violación de normas, encarnado en el interés ilegítimo del transportista infractor que busca una preeminencia competitiva vía precios al ofertar sus servicios a un flete inferior al legalmente aprobado atrayendo la preferencia de los generadores de carga, o vía ahorro de costos, al negociar con los propietarios de los vehículos vinculados un valor a pagar menor al que contraen los demás competidores respetuosos de la ley.

²⁶¹ Artículo 5. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2092 (14, junio, 2011). Modificado por: Artículo 4. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2228 (11, octubre, 2013). Op, Cit.

3.3.4 Cláusula general de competencia desleal

El profesor DE LA CRUZ CAMARGO²⁶² hace un esbozo de la evolución legislativa de las normas de competencia desleal, destacando la funcionalidad que en el transcurrir histórico han tenido las cláusulas generales al fomentar la protección del patrimonio del comerciante (cláusula general de la responsabilidad civil extracontractual), de la actividad mercantil (cláusula general del modelo profesional) y de los demás partícipes en el mercado (cláusula general del modelo social), hasta llegar a consolidarse como una figura que moderniza nuestro ordenamiento jurídico, ajustándolo al constante desarrollo de las relaciones mercantiles al permitirle tipificar la deslealtad de algunos supuestos no previstos por su carácter marginal o extraño, capaces de violentar las bases de la sana competencia económica. Así, la prohibición general de actos de competencia desleal surge como norma jurídica que impide la obsolescencia de la regulación positiva ante el continuo avance del comercio, pues remite la definición de conductas indeseadas a principios metajurídicos no positivizados como la buena fe o los usos sociales; característica que podemos evidenciar en el texto del Artículo 7 de la Ley 256 de 1996:

“ARTÍCULO 7: Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial.

En concordancia con lo establecido por el numeral 2o. del Artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a

²⁶² DE LA CRUZ CAMARGO, Dionisio. Origen y desarrollo de la cláusula general en la Ley de Competencia desleal. En: Edición VI Colección Enrique Low Mutra. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2008

afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencias del mercado.”

El examen minucioso de los alcances que posee esta disposición en el sector del transporte terrestre de carga colombiano nos obliga a descomponer su estudio en los tres frentes que estructuran la inclusión de una conducta en la prohibición general de competencia desleal: la inobservancia de la buena fe comercial, la finalidad concurrencial contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia comercial, y la afectación a la libre decisión del consumidor o al funcionamiento del mercado.

Sobre la buena fe comercial es pertinente recordar que en líneas anteriores hemos mencionado su equivalencia con el obrar recto, leal y honesto que se espera de quienes intervienen en el mercado. Esta noción es compartida por la Superintendencia de Industria y Comercio²⁶³ que define la buena fe como la convicción de actuar honestamente, con honradez y lealtad en el desarrollo y cumplimiento de los negocios, ajustando el desempeño habitual u ocasional de las operaciones mercantiles a los parámetros del ordenamiento jurídico en general y comercial en particular; expresando, además, que ella siempre se presume, de tal manera que para vincular el comportamiento de un agente a la vulneración de aquel precepto deberá probarse, en las circunstancias propias de cada caso, su objetivo consciente y primordial de conseguir un fin injusto o ilegal utilizando medios aparentemente amparados en la ley.

Por otra parte, la finalidad concurrencial contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia comercial debe entenderse como el propósito de incrementar la comparecencia propia o de un tercero que resulta del obrar malintencionado capaz de contrariar hechos públicos, uniformes y reiterados que sirven de criterio auxiliar para interpretar la debida forma de competir (sanas costumbres mercantiles) o quebrantar las prácticas generales, locales y

²⁶³ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Despacho del Superintendente de Industria y Comercio. Sentencia Número 011, 10 de noviembre de 2006. Exp. 04-039126.

profesionales que envuelven tácitamente la actividad económica y son reconocidas por todos los miembros del sector productivo damnificado (*opinio juris* de los usos honestos)²⁶⁴. Adicionalmente, reiteramos que la posición actual de la autoridad de competencia nacional frente a estos dos conceptos consiste en concebirlos como imperativos éticos y morales socialmente aceptados, cuya aplicación no exige demostrar la existencia de una fuente de derecho *secundum leggem*²⁶⁵.

Finalmente, respecto de la afectación a la libre decisión del consumidor o al funcionamiento del mercado, aunque no contamos con un pronunciamiento expreso de la Superintendencia de Industria y Comercio, podemos prever que su enunciación en la prohibición general de competencia desleal hace alusión a la proscripción los actos idóneos para menoscabar la pluralidad de ofertas en el mercado, con la cual no sólo se garantiza la variedad de alternativas en manos del consumidor, sino que también se favorecen los fundamentos económicos que postulan, en un escenario de transparencia, la autorregulación del mercado por la relación oferta – demanda.

²⁶⁴ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Despacho del Superintendente de Industria y Comercio. Sentencia Número 002, 26 de febrero de 2007. Exp. 01-107459.

²⁶⁵ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Sentencia Número 016, 23 de marzo de 2011. Op, Cit.

4. CONCLUSIONES

Al interpretar las normas que conforman el 'Derecho de la Competencia' como preceptos de contenido económico acordes con los lineamientos constitucionales del Estado Social de Derecho que regulan la estructura y funcionamiento de la actividad económica nacional, podemos comprender las justas limitaciones que el legislador impone a las libertades de empresa e iniciativa privada para salvaguardar la libre y leal competencia, asignándole a los partícipes del mercado una serie de garantías y obligaciones que armonicen sus intereses de lucro con el interés social que subyace al recto desenvolvimiento de quienes producen, distribuyen, comercializan o consumen bienes y servicios.

Igualmente, ésta acotación explica la adopción tácita de un modelo de economía social de mercado donde el Estado desempeña un papel protagónico como: garante, respetando los núcleos esenciales de las libertades antes descritas; agente de mercado, participando en algunos sectores productivos bien sea compitiendo con particulares o adquiriendo el monopolio de la actividad; y regulador, mediante la creación de leyes que protejan la competencia o prohíban conductas capaces de perjudicarla (como la Ley 1340 de 2009, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 256 de 1996) y el establecimiento de órganos administrativos de inspección, control y vigilancia encargados de requerir su cumplimiento, dentro de los que se destaca la Superintendencia de Industria y Comercio que actúa como Autoridad Nacional de Competencia para defender el libre acceso al mercado y la libre escogencia del consumidor, al tiempo que posee facultades jurisdiccionales idénticas a las de los jueces civiles de circuito para resolver procesos de competencia desleal.

De esta forma, la intervención estatal en materia de competencia tiene la finalidad de corresponder a la realidad institucional de la vida económica nacional que exige orientar la autorregulación del mercado, especialmente ante la presencia de fallas derivadas del poder de los agentes, la asimetría en la información y el surgimiento de externalidades; tornándose indispensable para el buen ejercicio de dicha labor, la admisión de conocimientos, herramientas metodológicas e instrumentos econométricos propios del análisis económico del derecho, en la estimación del impacto social que genera la intromisión normativa del Estado y la consecución de los 'óptimos paretianos' que con ella se persigue.

Por consiguiente, a lo largo de nuestro trabajo sostuvimos que el 'Derecho de la Competencia' es un derecho de síntesis pues entraña el binomio Derecho - Economía, extrayendo contenidos de derecho económico que rigen las relaciones de quienes concurren en el mercado nacional y verificándose, a través del análisis económico del derecho, la eficiencia de aquellas disposiciones en consideración al beneficio empresarial, de los consumidores o del interés público general, según las condiciones particulares del sector en que se apliquen.

Así, tratándose del transporte terrestre de carga, puntualizamos su caracterización como una industria prestadora de un servicio público que, en indicadores macroeconómicos, resulta representativo para la producción nacional, la conexión de mercados regionales y el funcionamiento de otros ramos económicos; mientras que, a niveles microeconómicos, sobresale por su alta competitividad debido a que su esquema y composición organizacional permiten identificar, en el extremo de la demanda, una gran cantidad de generadores de carga distribuidos por todo el país con diversas necesidades en cuanto a cobertura de rutas o tipos de vehículos para

el desplazamiento de sus mercancías y, en el extremo de la oferta, más de 2.000 empresas porteadoras de variada ubicación territorial y naturaleza jurídica, comúnmente formas asociativas simples, habilitadas por el Ministerio de Transporte para prestar aquel servicio a cambio de una remuneración denominada “flete”, empleando vehículos propios o de terceros propietarios que los vinculan a su operación bajo el reconocimiento de un “valor a pagar”, encontrándose ambas contraprestaciones sujetas a respetar unos montos mínimos equivalentes a los “Costos Eficientes de Operación” fijados por el gobierno nacional a partir de la información suministrada por los actores del sector.

Ahora bien, el cotejo normativo pretendido por esta investigación nos condujo, en primer lugar, a confrontar aquellas circunstancias del transporte terrestre de carga colombiano con los estándares generales de aplicación preceptuados por las leyes 1340 de 2009 y 256 de 1996, evidenciando la afinidad de sus actores, actividades y reglamentaciones con los ámbitos subjetivo, objetivo, territorial y temporal; relevando, además, la significatividad de los ‘mercados relevantes’ que en cada ruta realizan cierto tipo de vehículos para satisfacer la demanda de movilización de alguna clase de carga, cuyo impacto en los segmentos de salida y entrada corrobora la aplicación práctica de la protección a la libre competencia, haciendo un llamado a la posibilidad de iniciar sin dubitaciones investigaciones administrativas cuando se adviertan situaciones de peligro para el acceso al mercado de otras empresas transportistas o la libre elección del generador de carga.

Con todo, superado este filtro preliminar de análisis correlacional, juzgamos viable la disertación sobre los alcances que pueden darse en el sector estudiado a los

principales aspectos que abarca el Derecho de la Competencia colombiano, obteniendo los resultados que a continuación se resumen:

Inicialmente, frente a los comportamientos económicos constitutivos de prácticas comerciales restrictivas censuradas por el Decreto 2153 de 1992, hallamos factible la aplicación de las prohibiciones de actos contrarios a la libre competencia como la infracción de normas de publicidad por medio del engaño en campañas comerciales o la confusión de distintivos empresariales portados en los automotores; la indebida influencia a los precios de los usuarios del servicio, cuando se transa el flete del transporte fuera de las justificaciones racionales de costos y expectativa de utilidad, personificando una intromisión infundada en la libertad de precios de la empresa contratante; y actos de negativa o discriminación como retaliación a políticas de precios, aunque reconocemos que la falta de relaciones de distribución en la dinámica organizacional del sector implica que su acaecimiento se restringe únicamente a la facilitación ofrecida por el transportista en la ejecución de esta conducta por cuenta de un generador de carga remitente hacia sus canales de distribución destinatarios.

Por otra parte, examinamos la tipificación de acuerdos anticompetitivos en la actividad transportadora de carga por carretera, señalando cómo en contratos, convenciones, concertaciones, prácticas concertadas o conscientemente paralelas se pueden materializar: arreglos horizontales y verticales de fijación de precios, o alguna de sus variables, en los fletes a cobrar en cada trayecto; acuerdos exclusivamente horizontales entre contendores que segmenten la prestación del servicio por rutas o tipos de carga a transportar, limiten los desarrollos tecnológicos anulando la pugna en avances que nutran logística u operativamente

su funcionamiento, perpetren colusiones en licitaciones o pacten cláusulas accesorias de no competencia en la transferencia de líneas de vehículos como obstrucción de la entrada al mercado; y acuerdos únicamente verticales, en asocio con partícipes de otros eslabones de la cadena de valor, encausados hacia la confección de ventas atadas que comprometan la movilización de carga con la adquisición de servicios conexos, la comercialización discriminatoria para desalentar la concurrencia de otro porteador, o la suscripción de cláusulas desproporcionales de exclusividad que lesionen el bien jurídico del libre acceso. Aunado a lo anterior, comentamos la eventual aplicación de excepciones de bloque, desarrollo e investigación, normas técnicas y facilidades comunes para los mentados acuerdos que aquejan al sector, descartando la existencia de convenios sobre condiciones de venta, asignación de cuotas y alteración de los niveles de producción, en razón a la reglamentación del servicio, la sobreoferta del transporte terrestre y la gran cantidad de vehículos que conforman el parque automotor colombiano.

Finalmente, definimos la noción de posición dominante y, aún cuando la Autoridad Nacional de Competencia no ha conferido este atributo a ningún actor del sector de nuestro interés, pormenorizamos cada uno de los abusos que podría cometer un “dominante hipotético”, estableciendo precios predatorios, imponiendo condiciones discriminatorias, obstruyendo la llegada de nuevos partícipes y efectuando ventas atadas, diferenciadas o seccionales con subsidios cruzados.

Respecto del control previo de concentraciones jurídico-económicas, confirmamos la ilicitud de las integraciones de las firmas porteadoras que, estando incursas en los supuestos del Artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, soslayan los deberes de

notificación o solicitud de autorización a la Superintendencia de Industria y Comercio, lesionando la competitividad al acrecer su cuota de participación y reducir la oferta en sus mercados relevantes mediante fusiones, adquisiciones de control, transferencia de vehículos u otros activos y celebración de contratos de cesión del derecho de reposición y de vinculación de automotores entre competidores. Adicionalmente, como nota al margen de la actual ordenación preventiva consagrada por el régimen antimonopolio colombiano, mencionamos la importancia de la abogacía de la competencia en los proyectos regulatorios que puedan perjudicar la libre competencia en el transporte terrestre de carga, bien sea porque limiten la variedad de competidores, desmejoren su capacidad competitiva, o disminuyan sus incentivos para medir fuerzas en el mercado.

Por último, en atención a los comportamientos desleales reprobados por la Ley 256 de 1996, denotamos sus alcances dentro del transporte terrestre de carga, categorizándolos en tres grupos: los actos que perturban la estructura interna de una empresa porteadora, creando desorganización en sus diversos procesos productivos, violando los secretos que le reportan ventajas ante sus rivales, induciendo a sus trabajadores, clientes y proveedores a terminar sus vínculos negociales, o acordando con ellos pactos de exclusividad que forjen barreras al ejercicio de su objeto social; aquellos actos que deterioran las relaciones del transportador con los generadores de carga a través de la confusión sobre su procedencia empresarial, la imitación de sus prestaciones e iniciativas mercantiles, la comparación artificiosa y desequilibrada de sus ofertas, la explotación o descredito de su buena reputación, el engaño frente al servicio que brinda o la consumación de cualquier otra conducta que represente una desviación de su clientela; y los actos que configuran una violación de las normas sectoriales que reglan la formalización de las firmas transportistas, el ejercicio lícito de su actividad

y las debidas relaciones económicas que orientan la movilización de carga por carretera.

Teniendo en cuenta todos éstos resultados que describen la aplicación y el alcance del derecho de la competencia en el transporte terrestre de carga colombiano, conviene subrayar que en el desarrollo de la presente investigación se pudo matizar el verdadero impacto de aquella rama jurídica cuya efectividad pende, en escenarios separados, de dos juicios de responsabilidad: la administrativa y la civil extracontractual. Por un lado, al profundizar la vulneración del régimen antimonopolio se concluye que implica una corrección administrativa puesto que envuelve el interés general en la libre competencia y, por ende, puede ser denunciada por cualquier persona para que la Superintendencia de Industria y Comercio investigue la infracción cometida, imponiendo sanciones o multas cuando ella sea típica porque contravienen las disposiciones relativas a practicas restrictivas e integraciones empresariales; antijurídica, significativa para restringir la libre entrada al mercado o la libre escogencia del consumidor; y culpable, dada la naturaleza dolosa o culposa del objeto perseguido o los efectos conseguidos. En oposición a esta valoración, de las reflexiones hechas sobre el régimen de competencia desleal, se puede predicar de su violación una responsabilidad civil extracontractual que debe declararse en sede jurisdiccional, esclareciendo los elementos de daño, culpa y nexo causal, entendidos como la reducción o intimidación a la inversión monetaria realizada por un particular al momento de concurrir al mercado, atribuible al comportamiento desplegado por otro actor a título de culpa o dolo en desmedro de la competitividad y al aprovechamiento indebido del derecho ajeno que, por su carácter de enriquecimiento ilícito, no amerita la demostración del elemento subjetivo o intencionalidad.

BIBLIOGRAFIA

ALMONACID, Juan y GARCIA, Nelson. Derecho de la competencia: Abuso de la posición dominante, competencia desleal, uso indebido de la información privilegiada. Bogotá: Legis Editores, 1998.

ANGARITA, Ciro. La libertad económica en la jurisprudencia de la corte constitucional: aproximación fugaz. En: VELILLA, Marco. Constitución Económica Colombiana. Bogotá: El navegante editores, 1997.

ARCHILA, Emilio. Novedades de la Ley 1340 de 2009 para el Régimen de Protección de la Competencia. En: Revista Contexto. Bogotá. Núm. 32 (Tercer cuatrimestre 2010); 7-45. ISSN 0123-6458.

ARCHILA, Emilio y PABÓN, Camilo. Colusión en licitaciones y concursos: el caso paradigmático para las entidades públicas. En: Revista Contexto. Bogotá. Núm. 38 (2012); p 9-32. ISSN 0123-6458.

ARJONA, Ana y RUBIO, Mauricio. El Análisis Económico del derecho. En: Revista Jurídica Precedente, Anuario Jurídico Facultad de derecho y ciencias sociales, Universidad ICESI. 2002, p 117-150. ISSN 1657-6535.

COASE, Ronald. "The problema of social cost". En: *Journal of Law and Economics*, Vol. 3 (Oct., 1960); pp. 1-44.

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Gaceta Constitucional. Bogotá D.C., 1991.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 105 (30, diciembre, 1993). Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C., 1993.

_____. _____. Ley 256 (15, enero, 1996). Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1996

_____. _____. Ley 336 (20, diciembre, 1996). Por la cual se adopta el estatuto nacional de transporte. Bogotá D.C., 1996.

_____. _____. Ley 446 (07, julio, 1998). Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Bogotá D.C., 1998.

_____. _____. Ley 769 (06, agosto, 2002). Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C., 2002.

_____. _____. Ley 1340 (24, julio, 2009). Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2009.

_____. _____. Ley 1383 (16, marzo, 2010). Por la cual se reforma la Ley 769 de 2002 - Código Nacional de Tránsito, y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C., 2010.

_____. _____. Ley 1564 (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C., 2012.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo.
Sección Primera. Fallo de Octubre 09 de 2003. Exp. 8101. Consejero ponente:
DR. GABRIEL EDUARDO MENDOZA.

_____. _____, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.
Fallo de Noviembre 19 de 2009. Exp. 2001-1261. Consejero ponente: DR.
MARCO ANTONIO VELILLA.

_____. _____, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.
Fallo de Enero 28 de 2010. Exp. 2001-00364-01. Consejero ponente: DRA.
MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO.

_____. _____, Sala De Consulta Y Servicio Civil. Fallo de Mayo 18 de
2006. Exp. 1740. Consejero ponente: DR. GUSTAVO APONTE SANTOS.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-265/94. 02 de junio de
1994. Magistrado Ponente: DR. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

_____. _____. Sentencia C-524/95. 16 de noviembre de 1995. Magistrado
Ponente: DR. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

_____. _____. Sentencia T -375 /97. 14 de agosto de 1997. Magistrado
Ponente: DR. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

_____. _____. Sentencia C-535/97. 23 de octubre de 1997. Magistrado
Ponente: DR. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

_____. _____. Sentencia C-624/98. 04 de noviembre de 1998. Magistrado
Ponente: DR. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

_____. _____. Sentencia SU-157/99. 10 de marzo de 1999. Magistrado
Ponente: DR. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

_____. _____. Sentencia C-815/01. 02 de agosto de 2001. Magistrado
Ponente: DR. RODRIGO ESCOBAR GIL.

_____. _____. Sentencia C-150/03. 25 de febrero de 2003. Magistrado
Ponente: DR. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

_____. _____. Sentencia C-992/06. 29 de noviembre de 2006. Magistrado
Ponente: DR. ALVARO TAFUR GALVIS.

_____. _____. Sentencia C-392/07. 23 de mayo de 2007. Magistrado
Ponente: DR. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

_____. _____. Sentencia C-228/10. 24 de marzo de 2010. Magistrado
Ponente: DR. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

_____. _____. Sentencia C-537/10. 30 de junio de 2010. Magistrado
Ponente: DR. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

_____. _____. Sentencia C-263/11. 06 de abril de 2011. Magistrado
Ponente: DR. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

_____. _____. Sentencia C-197/12. 14 de marzo de 2012. Magistrado
Ponente: DR. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Fallo de
Junio 23 de 1958. Magistrado Ponente: DR. ARTURO VALENCIA ZEA.

COLOMBIA. MINISTERIO DE TRANSPORTE. Concepto Número MJ8194, Marzo
03 de 1999.

_____. _____. Resolución Número 004100, Diciembre 28 de 2004. Por la cual se adoptan los límites de pesos y dimensiones en los vehículos de transporte terrestre automotor de carga por carretera, para su operación normal en la red vial a nivel nacional.

_____. _____. Resolución 004959, Noviembre 08 de 2006. Por la cual se fijan los requisitos y procedimientos para conceder los permisos para el transporte de cargas indivisibles extrapesadas y extradimensionadas, y las especificaciones de los vehículos destinados a esta clase de transporte.

_____. _____. Resolución Número 003019, Julio 23 de 2010. Por la cual se derogan las Resoluciones 4294 del 14 de septiembre de 2009 y 5112 del 20 de octubre 2009.

_____. _____. Resolución Número 003226, Mayo 25 de 2012. Por la cual se establecen unas medidas de tránsito vehicular tendientes a garantizar la movilidad en las vías del país en temporadas especiales y se dictan otras disposiciones.

_____. _____. Resolución Número 007036, Julio 31 de 2012. Por la cual se definen las condiciones y el procedimiento para el reconocimiento económico por desintegración física total de vehículos de servicio público de transporte terrestre automotor de carga y para el registro inicial de vehículos de transporte de carga por reposición, y se dictan otras disposiciones.

_____. _____, Oficina de regulación económica. Diagnóstico de la regulación económica en infraestructura y transporte en cada uno de los modos de transporte carga y pasajeros. Bogotá, 2010.

_____. _____, Registro Nacional de Despacho de Carga. Manual de Usuario. Bogotá, 2012.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 (27, marzo, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1971.

_____. _____. Decreto 2153 (30, diciembre, 1992). Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1992.

_____. _____. Decreto 173 (05, febrero, 2001). Por el cual se reglamenta el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor de Carga. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2001.

_____. _____. Decreto 1609 (31, Julio, 2002). Por el cual se reglamenta el manejo y transporte terrestre automotor de mercancías peligrosas por carretera. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2002.

_____. _____. Decreto 2053 (23, julio, 2003). Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Transporte, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2003.

_____. _____. Decreto 4668 (27, diciembre, 2006). Por el cual se establecen unas disposiciones relacionadas con el capital pagado o patrimonio liquido de las empresas asociativas del sector solidario o cooperativas de transporte terrestre automotor. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2006.

_____. _____. Decreto 2085 (11, junio, 2008). Por el cual se reglamenta el ingreso de vehículos al servicio particular y público de transporte terrestre automotor de carga. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2008.

_____. _____. Decreto 2897 (05, agosto, 2010). Por el cual se reglamenta el Artículo 7 de la Ley 1340 de 2009. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2010.

_____. _____. Decreto 2092 (14, junio, 2011). Por el cual se fija la política tarifaria y los criterios que regulan las relaciones económicas entre los actores del servicio público de transporte terrestre automotor de carga y se establecen otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2011.

_____. _____. Decreto 2228 (11, octubre, 2013). Por el cual se modifican los Artículos 1º, 3º, 4º, 5º, 11 y 12 del Decreto 2092 de 2011 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2013.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Circular Externa Número 10, Julio 19 de 2001.

_____. _____. Concepto Número 96048285 de 1996.

_____. _____. Concepto Número 00001365, Marzo 02 de 2000.

_____. _____. Concepto Número 01061487, Septiembre 10 de 2001.

_____. _____. Concepto Número 01086015, Diciembre 12 de 2001.

_____. _____. Concepto Número 11130722, Diciembre 02 de 2011.

_____. _____, Despacho del Superintendente de Industria y Comercio. Sentencia Número 0005, Noviembre 30 de 2005. Exp. 01109729.

_____. _____, Despacho del Superintendente de Industria y Comercio.
Sentencia Número 011, Noviembre 10 de 2006. Exp. 04-039126.

_____. _____, Despacho del Superintendente de Industria y Comercio.
Sentencia Número 002, Febrero 26 de 2007. Exp. 01-107459.

_____. _____, Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Sentencia
Número 016, Marzo 23 de 2011. Exp. 0712960

_____. _____, Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Grupo de trabajo
de competencia desleal. Sentencia Número 592, Septiembre 20 de 2011. Exp.
06086230.

_____. _____, Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Grupo de trabajo
de competencia desleal. Sentencia Número 1451, Diciembre 12 de 2011. Exp.
07070091.

_____. _____, Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Grupo de trabajo
de competencia desleal. Sentencia Número 1647, Diciembre 30 de 2011. Exp.
03105250.

_____. _____, Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Grupo de trabajo de competencia desleal. Sentencia Número 1393, Marzo 30 de 2012. Exp. 030006455.

_____. _____, Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Grupo de trabajo de competencia desleal. Sentencia Número 1953, Abril 30 de 2012. Exp. 1000754.

_____. _____, Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Grupo de trabajo de competencia desleal. Sentencia Número 4058, Julio 30 de 2012. Exp. 10-133564.

_____. _____. Resolución Número 670, Enero 29 de 2001. Por la cual se resuelve un recurso.

_____. _____. Resolución Número 15653, Mayo 10 de 2001. Por la cual se impone una sanción y se prohíbe una conducta.

_____. _____. Resolución Número 04285, Febrero 11 de 2002. Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta.

_____. _____. Resolución Número 5613, Febrero 26 de 2002. Por la cual se ordena la terminación de una investigación.

_____. _____. Resolución Número 25559, Agosto 14 de 2002. Por la cual se ordena la terminación de una investigación.

_____. _____. Resolución Número 35713, Noviembre 07 de 2002. Por la cual se resuelve un recurso de reposición.

_____. _____. Resolución Número 08310, Marzo 28 de 2003. Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta.

_____. _____. Resolución Número 8315, Marzo 28 de 2003. Por la cual se impone una sanción.

_____. _____. Resolución Número 15917, Junio 06 de 2003. Por la cual se resuelve un recurso de reposición.

_____. _____. Resolución Número 21820, Septiembre 01 de 2004. Por la cual se impone una sanción.

_____. _____. Resolución Número 21821, Septiembre 01 de 2004. Por la cual se impone una sanción y se prohíbe la ejecución de una conducta.

_____. _____. Resolución Número 30835, Diciembre 14 de 2004. Por la cual se cierra una investigación.

_____. _____. Resolución Número 03322, Febrero 21 de 2005. Por la cual se cierra una investigación.

_____. _____. Resolución Número 07052, Abril 08 de 2005. Por la cual se da una orden de archivo.

_____. _____. Resolución Número 22624, Septiembre 05 de 2005. Por la cual se impone una sanción.

_____. _____. Resolución Número 22626, Septiembre 15 de 2005. Por la cual se impone una sanción.

_____. _____. Resolución Número 0090, Enero 09 de 2009. Por la cual se resuelve un recurso.

_____. _____. Resolución Número 39016, Noviembre 29 de 2009. Por la cual se cierra una investigación.

_____. _____. Resolución Número 6938, Febrero 27 de 2010. Por la cual se imponen unas sanciones.

_____. _____. Resolución Número 6839, Febrero 27 de 2010. Por la cual se imponen unas sanciones.

_____. _____. Resolución Número 35006, Junio 30 de 2010. Por la cual se imparten instrucciones sobre el procedimiento para la autorización y notificación de las operaciones de integración empresarial y se adoptan unas guías.

_____. _____. Resolución Número 44649, Agosto 25 de 2010. Por la cual se adopta el cuestionario para la evaluación de la incidencia sobre la libre competencia de los proyectos de actos administrativos expedidos con fines regulatorios, a que hace referencia el Artículo 5° del Decreto 2897 de 2010.

_____. _____. Resolución Número 46325, Agosto 31 de 2010. Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar.

_____. _____. Resolución Número 65477, Noviembre 25 de 2010. Por la cual se impone una sanción.

_____. _____. Resolución Número 23890, 29 de Abril de 2011. Por la cual se imponen unas sanciones.

_____. _____. Resolución Número 33141, Junio 21 de 2011. Por la cual se imponen unas sanciones.

_____. _____. Resolución Número 41707, Agosto 05 de 2011. Por la cual se resuelven unos recursos de reposición.

_____. _____. Resolución Número 40901, Junio 28 de 2012. Por la cual se imponen unas sanciones.

_____. _____. Resolución Número 53992, Septiembre 14 de 2012. Por la cual se imponen unas sanciones.

_____. _____. Resolución Número 4839, Febrero 15 de 2013. Por la cual se ordena el cierre de una investigación.

_____. _____. Resolución Número 4851, Febrero 15 de 2013. Por la cual se ordena el cierre de una actuación administrativa.

_____. _____. Resolución Número 4907, Febrero 18 de 2013. Por la cual se imponen unas sanciones.

_____. _____. Resolución Número 12193, Marzo 21 de 2013. Por la cual se señala el procedimiento para la autorización de las operaciones de integración empresarial y se adoptan unas guías.

COLOMBIA. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. Sección Primera. Sub-sección B. Fallo de Noviembre 29 de 2007. Exp. 200101029. Magistrado ponente: DR. FREDY IBARRA MARTÍNEZ.

_____. _____. Sección Primera. Sub-sección A. Fallo de Marzo 04 de 2010. Exp. 200600790. Magistrado ponente: DR. LUIS MANUEL LASSO LOZANO.

COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA. Decisión Número 486, Septiembre 14 de 2000. Régimen común sobre propiedad industrial.

CORREA, Magdalena. Libertad de empresa en el Estado social de derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

CORTÁZAR, Javier. Curso de derecho de la competencia: antimonopolios. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Editorial Temis, 2011.

DE BRIGARD, Camila y HOYOS, María. Reflexiones jurídicas acerca de las integraciones empresariales y sus efectos en el mercado. Bogotá, 2002. Trabajo de grado para optar por el título de abogado. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de ciencias políticas.

DE LA CRUZ, Dionisio. Excepciones y exenciones particulares a la aplicación de la Ley de protección de la competencia por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio. En: Revista Contexto. Bogotá. Núm. 32 (Tercer cuatrimestre 2010); 97-113. ISSN 0123-6458.

_____. Origen y desarrollo de la cláusula general en la Ley de Competencia desleal. En: Edición VI Colección Enrique Low Mutra. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

ESCOBAR, José. Derecho de transporte terrestre. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

HERNANDEZ, Ana; ALVAREZ, Hector y ARANGO, Bibiana. Los Sistemas de Monitoreo Satelital, una propuesta logística integral para el manejo de la cadena de suministro en las Empresas del sector transporte. En: Revista electrónica gestión de las personas y tecnología. Universidad Santiago de Chile. Vol 5, No 13, 2012, p 228 -237. ISSN 0718.

HERRERO, Carmen. Racionalidad individual – irracionalidad social: El conflicto Justicia – Eficiencia. Carmen Herrero, Racionalidad Individual. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Alicante, 2001.

INSTITUTO COLOMBIANO DE NORMALIZACIÓN Y CERTIFICACIÓN. Tipología para vehículos de transporte terrestre de carga. NTC 4788 (30 de agosto de 2000). Bogotá D.C.: El instituto, 2000.

INSTITUTO COLOMBIANO DE NORMALIZACIÓN Y CERTIFICACIÓN. Tipología para vehículos de transporte terrestre de carga. Parte 2: Vehículos para el transporte de carga extradimensionada y/o extrapesada. NTC 4788-2 (21 de noviembre de 2012). Bogotá D.C.: El instituto, 2012.

JAECKEL, Jorge. Apuntes sobre competencia desleal. Artículo electrónico, Centro de Estudios de derecho de la competencia. Universidad Pontificia Javeriana. Bogotá.

KRUGMAN, Paul y WELLS, Robin. Introducción a la Economía: Microeconomía. Traducción de Jesús Ruiz Andújar. Barcelona: Revertè, 2007.

MÁRQUEZ ESCOBAR, Pablo. Introducción a la relación entre el derecho y la economía: Estudios de Análisis Económico del Derecho. En: Colección de ensayos del Centro de Estudios de Derecho y Economía. Bogotá: Javegraf, 2004.

MÁRQUEZ, Felipe. El derecho como instrumento de la economía. En: Colección Centro de Estudios en Derecho y Economía. Pontificia Universidad Javeriana, Departamento de derecho económico, Facultad de ciencias jurídicas. Vol 958 Núm. 1 (Ene – Dic, 2004);129-153.

MENDIETA, Juan y PERDOMO, Andrés. Fundamentos de economía del transporte: teoría, metodología y análisis de política. Bogotá: Universidad de Los Andes, Facultad de Economía, CEDE, Ediciones Uniandes. 2008.

MENENDEZ, Aurelio. La competencia desleal. Madrid: Real Editorial Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1988.

MESA, Mario. Fundamentos de Marketing. Bogotá: Ecoe Ediciones, 2012.

MEXICO. SECRETARIA DE COMUNICACIONES Y TRANSPORTE. Nuevas Tecnologías de Transporte. Instituto Mexicano del Transporte. Publicación Técnica No. 47. Sanfandila, Qro. 1993.

MIRANDA, Alfonso. Origen y evolución del Derecho de la Competencia en Colombia: la Ley 155 de 1959 y su legado. En: Revista Derecho Competencia. Bogotá. Vol. 6, Núm. 6 (Ene – Dic, 2011); 65-148.

MIRANDA, Alfonso y GUTIERREZ, Juan. El control de las concentraciones empresariales en Colombia. En: Revista Derecho Competencia. Vol. 3, Núm. 3 (Ene – Dic, 2007).

MIRANDA, Alfonso y MARQUEZ, Carlos. Intervención pública, regulación administrativa y economía: Elementos para la definición de los objetivos de la regulación. En: Revista Universitas Ciencias Juridicas. Universidad Pontificia Javeriana. 2004, p 71-117. ISSN 0041-9060.

MOCHÓN, Francisco y BEKER, Víctor. Economía: Principios y Aplicaciones. 4 Ed. México: McGrawHill, 2008.

MUÑOZ ROCHA, Carlos. La Ciencia del Derecho. En: Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. 1990 – 1991, no. 20. ISSN 1405-0935.

NACIONES UNIDAS. DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES. Clasificación Internacional Industrial Uniforme. Serie M, No. 4, Revisión 4. Agosto 11 de 2008. p, 210 – 211. ISBN 978-92-1-361237-8.

NIHOUL, Paúl. Introducción al derecho de la competencia: posición de las autoridades, de los consumidores y de las empresas. Traducido por Andrés Aguayo. En Francés, 2005. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

OSSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. 1 Ed. Electronica. Guatemala: Datascan S.A.

PALACIOS LLERAS, Andrés. El Derecho de la competencia: ¿Derecho privado, Derecho público, regulación o Derecho económico?. En: Revista digital de derecho administrativo. Primer semestre de 2013. No 9, pp. 85-100. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

PEÑALOZA, Cesar. Diagnóstico del transporte 2011. Bogotá: Ministerio de Transporte, Oficina Asesora de Planeación, Grupo de Planificación Sectorial, 2011.

ROCHA, Cesáreo. Manual de introducción al derecho. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006.

RODRIGUEZ, Juan y MORENO, José. Aspectos generales del transporte terrestre y del régimen de tránsito aduanero. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

ROEMER, Andrés. Introducción al análisis económico del derecho. México: Fondo de cultura económica, 1994.

ROJAS, Sergio. La abogacía de la competencia en el derecho colombiano: reflexiones sobre su alcance y su ámbito de aplicación. En: Revista Derecho Competencia. Vol. 8, Núm. 8 (Ene – Dic, 2012); 39-83. p, 60-77.

SALAZAR, Jaime. Ensayos sobre el desarrollo del transporte de carga en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William. Economía. Traducción de María Guadalupe Cevallos Almada, Virgilio Hernández y otros. 18 ed. Bogotá: Mc Graw Hill, 2006.

SIERRALTA RÍOS, Aníbal. Introducción a la Juseconomía. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988.

TORRE, Abelardo. Introducción al derecho. 14 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.

UPRIMMY, Rodrigo y ROGRIGUEZ, Cesar. Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho. Bogotá: Dejusticia, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2005.

VELANDIA, Mauricio. Catálogo de acuerdos restrictivos de la competencia. En: Colección de Derecho Económico: Homenaje a Enrique Low Murtra. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Tomo III, 2001.

_____. Derecho de la competencia y del consumo. 2 Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

VELILLA, Marco. Reflexiones sobre la constitución económica colombiana. En:
VELILLA, Marco. Constitución Económica Colombiana. Bogotá: El navegante
editores, 1997, p. 85 – 122.

VESCOVI, Enrique. Introducción al derecho. 22 Ed. Montevideo: Editorial B de F
Ltda., 2011.

WITKER, Jorge. Derecho Económico. México: Harla S.A, 1985.

_____. Derecho de la competencia en América: Canadá, Chile, Estados
Unidos y México. Santiago de Chile: Editorial Fondo de Cultura Económica,
2000.

ENLACES DE INTERÉS

- <http://centrocedec.org>
- <http://derecho.upla.edu.pe>
- <http://lalibrecompetencia.files.wordpress.com>
- <http://revistas.uexternado.edu.co>
- <http://rndc.mintransporte.gov.co>
- <http://unstats.un.org>
- <http://www.alcaldiabogota.gov.co>

- <http://www.ambitojuridico.com>
- <http://www.cenfesac.org.mx/manuales/carga.pdf>
- <http://www.cervantesvirtual.com>
- <http://www.colfecar.org.co>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co>
- <http://www.dejusticia.org>
- <http://www.econ.ucsb.edu>
- <https://www.icesi.edu.co>
- <http://www.javeriana.edu.co>
- <http://www.juridicas.unam.mx>
- <http://www.mauriciovelandia.com>
- <https://www.mintransporte.gov.co>
- <http://www.revistas.usach.cl>
- <http://www.upb.edu.co>
- <http://www.sic.gov.co>