



**LA PRÁCTICA RESTRICTIVA DE LA COMPETENCIA EN CUANTO A LA
NEGACION INJUSTIFICADA PARA CONTRATAR COMO MUESTRA DE
ABUSO DE POSICION DOMINANTE**

PROYECTO DE GRADO

DIEGO FERNANDO OBANDO RODALLEGA

Asesor de Investigación

YESID ECHEVERRY

**UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL**

**SANTIAGO DE CALI
2012**

CONTENIDO	PAG.
1. Aspectos Generales e Introducción a Las Prácticas Restrictivas De La Competencia	03
2. Fundamentos Constitucionales	04
3. Alcance De Las Prácticas Restrictivas De La Competencia	08
4. Negativa Injustificada Para Contratar	13
4.1 La Negativa a Contratar en Colombia	16
4.2 La Negativa Injustificada A Contratar Como Práctica anticompetitiva En Estados Unidos	19
5. Conclusión	21
6. Bibliografía	20

Capítulo I

1. ASPECTOS GENERALES E INTRODUCCION A LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

En la actualidad, La normatividad general que regula el Derecho de la competencia está contemplada por la Ley 155 de 1959 reglamentada por el Decreto 2153 de 1992 y por el Decreto 3280 de 2005 y la Ley 1340 de 2009. En cuanto a las prácticas comerciales restrictivas de la competencia son mencionadas por el Decreto 2153, enumerando taxativamente los acuerdos (artículo 47), los actos (artículo 48) y las conductas de abuso de posición dominante (artículo 50).

Aun con la existencia de esta normatividad, consideró que existe un vacío en la normatividad actual en lo que respecta a la *negativa injustificada a contratar*, que es una práctica anticompetitiva que se ha logrado evidenciar en las prácticas comerciales contemporáneas.

Tenemos entonces que gracias a la ausencia de regulación sobre esta materia, la delegación de funciones que para dicho efecto fueron asignadas a la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con la supervisión sobre el cumplimiento de las normas que proponen prevenir y evitar las prácticas comerciales restrictivas consagradas en la Ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias, así como las funciones relacionadas con la imposición de las sanciones por violación de éstas, se ven limitadas, pues la Superintendencia de Industria y Comercio se ha encontrado obligado a sancionar este comportamiento, ya sea dando aplicación al artículo 1 de la Ley 155 de 1959, el cual establece que *“Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) 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”*, o al numeral 3 del Artículo 48 del decreto 2153 de 1992, cuyo enunciado establece que *“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.”*

La negativa injustificada a contratar durante múltiples ocasiones ha sido objeto de estudio en diferentes resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, sin embargo podemos observar que el problema que surge en el ordenamiento

jurídico colombiano es que la sanción de la negativa injustificada a contratar únicamente es aplicada como lo establece el artículo 48 en su numeral 3 (Como retaliación de la política de precios), dejando excluidas otras conductas igualmente nocivas para un desarrollo sano de la competencia en el mercado.

De esta manera planteo el objetivo principal de este trabajo el cual es proponer que la negativa injustificada a contratar este contemplado de manera taxativa en nuestro ordenamiento jurídico como una práctica restrictiva de la competencia.

Así mismo durante el desarrollo y análisis del problema que estoy planteando en este trabajo de grado tratare de hacer un recorrido desde un punto de vista constitucional hasta el orden económico haciendo un especial énfasis en la importancia que tiene los mecanismos de intervención ejercidos por el estado en la economía y el comportamiento de los mercados.

2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES.

De acuerdo con el esquema de jerarquización normativa, las instituciones de derecho mercantil o comercial deben estar cimentadas por principios y directrices constitucionales. Por esta razón es de gran importancia empezar este trabajo con algunas consideraciones o conceptos normativos del orden jurisprudencial o doctrinal con relación a la competencia desleal, a las libertades económicas dentro de un estado y a la posición de un estado intervencionista.

Sobre el régimen económico, nuestra Constitución Política consagra los derechos de contenido económico en los Artículos 332 al 371, título XII.

En el caso colombiano y desde un enfoque constitucional podemos entender que la libre competencia está fundamentada básicamente en el no abuso de la posición dominante, pues si estas conductas concurren en el desarrollo y ejercicio del mercado obstaculizaría el libre desarrollo e impediría que la mano invisible planteada por Adam Smith en su obra La riqueza de las naciones (1776) no actuara de manera natural es decir conforme a las leyes de oferta y demanda limitando una economía auto regulada e incurriendo en condiciones discriminatorias que no permiten una economía en términos de libertad e igualdad.

Asimismo la carta magna de nuestro estado de Derecho establece en su artículo 333 de conformidad con los límites a la libre competencia, que la misma es responsabilidad de todos los que participan en el mercado como agentes, ya sea en calidad de consumidores o en calidad de productores. Tal es así, que el inciso segundo del mismo artículo establece que “(...) *La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades*”, dentro de ese contexto la Corte Constitucional ha manifestado que “*el ejercicio de la libre competencia se debe dar dentro de un marco de igualdad jurídica y material para los participantes; igualdad que se rompe cuando los participantes en el mercado realizan conductas, sean acuerdos o actos individuales, que tengan por objeto o como efecto, atentar contra el derecho de los demás participantes, pero sobre todo, que afecten la libertad de elección de los consumidores como destinatarios finales de los bienes y servicios ofrecidos*”. La Corte Constitucional ha manifestado de manera reiterada que nuestra Constitución prevé un sistema económico de libre mercado que pregona la libertad del particular para emprender actividades comerciales con ánimo de lucro a través del incremento de su patrimonio dentro de los límites del interés social o común. Sin embargo, con el fin de proteger a los sectores débiles o vulnerables, el interés general de la economía siempre primará sobre los intereses particulares. (Sentencia C – 865 de 2004, M.P. ESCOBAR GIL)

La libertad económica “...*ha sido concebida en la doctrina como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio. Las actividades que conforman dicha libertad están sujetas a limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes, por razones de seguridad, salubridad, moralidad utilidad pública o interés social. En términos generales la libertad económica se halla limitada por toda forma de intervención del Estado en la economía y particularmente, por el establecimientos de monopolios o la clasificación de una determinada actividad como servicio público, la regulación de un crédito, de las actividades comerciales e industriales...*”. (Sentencia C – 425 de 1992, MP. Ciro Angarita Barón)

De la misma manera manifiesta que la libertad económica e iniciativa privada se constituyen por la libertad de empresa, libertad que se fundamenta en el postulado de la posibilidad o facultad legal de iniciar cualquier actividad económica Ciro Angarita Barón (Angarita Barón, 1997). Así, el desarrollo de la empresa implica obligaciones, como son la de garantizar que no existan barreras para la participación en los mercados y que existan los medios para propiciar mercados libres de imperfecciones (M.P. Escobar Gil), tal y como lo expresa el inciso tercero del artículo 333 de la Constitución Política: “*La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial*”.

En cuanto a la libertad de la competencia podemos observar que esta le brinda a las empresas el acceso al mercado de la misma forma que les permite a los consumidores tener opciones de elección, pluralidad de servicios, pluralidad de precios y crea generalmente un escenario donde los actores del mercado se encargan de prevenir situaciones de posición dominante.

Para regular estas responsabilidades emanadas de la misma constitución, el Estado debe establecer los mecanismos jurídicos que garanticen la libre competencia entre los particulares, por una parte y por la otra, a las empresas de no dañar o afectar con prácticas restrictivas la libre competencia al mercado. De esta manera, el Estado impedirá que se limite la libre competencia y controlará el intento de limitarla a través de las normas, garantizando unas condiciones mínimas para que el productor de bienes y servicios, pueda participar en el mercado en igualdad de condiciones y el consumidor ejerza el derecho de elegir la mejor oferta en términos de calidad y precio. Los mercados manifiestan comportamientos económicos mercantiles que discriminan y depredan precios, afectando ya sea a los consumidores o a los productores.

Es por todo lo anterior que encontramos en la legislación que contempla el Derecho de la competencia una intención central la cual versa sobre la eliminación de los obstáculos o barreras impuestas por los propios competidores, o por el Estado en algunos casos.

Así como lo menciona la Corte Constitucional en la sentencia C-535 de 1997 del M.P Eduardo Cifuentes Muñoz, *“La libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los mercados”*.

Profundizando en lo mencionado anteriormente se puede establecer que el Estado por mandato legal es responsable de impedir cualquier obstrucción o restricción de la libertad económica y así mismo tiene a su cargo el control de cualquier comportamiento o situación de abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado del país,(Melo Salcedo, Los derechos de contenido económico, 2003. Diciembre, edición 106)

Para dicho fin se expidió la Ley 256 de 1996, la cual cumple un fin específico que es el de 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 Convenio de París, aprobado mediante la Ley 178 de 1994.

De esta forma se hace necesario precisar que las mismas limitaciones previstas para la libertad económica y la iniciativa privada, son predicables de la libre competencia económica, especialmente cuando ella se restringe por el establecimiento de monopolios legales o la reserva por parte del Estado de actividades estratégicas o servicios públicos por razones de soberanía e interés social. (Melo Salcedo, Los derechos de contenido económico, 2003. Diciembre, edición 106)

Finalmente, el artículo 333 en su quinto inciso establece que *“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”*, límites especiales que representan, entre otros, las herramientas que posee el Estado para intervenir en la economía

Ya dentro del campo del intervencionismo estatal en la dinámica económica nos enfrentamos a un Estado que se reserva la facultad de regular determinadas actividades en defensa del interés social, gozando de la prerrogativa encaminada a regular actividades e interviniendo a través de un marco normativo. El Estado, por medio de normas de derecho de la competencia permite contar con mercados competitivos, pues de la competencia depende que los consumidores sean los beneficiarios de que existan reglas claras de participación de las empresas dentro de un mercado. Si el régimen de competencia funciona, el consumidor encontrará, por lo general, la variedad de precios, productos y servicios ideales para su beneficio. (Sentencia C - 176 de 1996, M.P. Martínez Caballero)

Basados en lo mencionado anteriormente, la Corte Constitucional toma una posición a favor de la intervención del Estado en la economía en pro de la libre competencia con el siguiente argumento:

“El objeto tutelado por la Constitución es el proceso mismo de competencia, con independencia de los competidores, sean éstos grandes o pequeños. De ahí la importancia de que el análisis de las medidas legales tome en consideración las condiciones y el contexto reales que en un momento dado se dan en cada uno de los mercados, si en verdad ellas se proponen, como debe serlo, obrar sobre sus fallas estructurales o dinámicas a fin de restablecer o instaurar un margen adecuado de elasticidad y desconcentración.

La Constitución no puede, sin recurrir a la ley, concretar en la realidad el principio de la libre competencia económica. Corresponde a la ley no solamente delimitar el alcance de la libertad económica, sino, además, disponer que el poder público impida que se obstruya o se restrinja y se evite o controle cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.” (Sentencia C - 535 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

El modelo que privilegia la libre competencia fue el modelo de organización del mercado por el que optó la Constitución Política Colombiana, para lo cual se reserva a la ley, la función de velar por que se configuren las condiciones que lo hacen posible. El alcance de la decisión constituyente no se alerta sin antes repasar someramente los estadios que la precedieron, pues ella se coloca al final de un largo discurso histórico que muestra la relación cambiante que vincula el mercado a la sociedad y al Estado.

“Las recurrentes crisis de los mercados y la necesidad de corregir sus excesos y distorsiones, entre los cuales no es el menos grave la tendencia que se advierte a la concentración oligopólica o monopólica, llevó a superar la idea liberal de completa separación entre la economía y la política. El Estado social de derecho, a través de la distribución del ingreso nacional y la prestación de servicios básicos, asume una función preponderante en la creación de condiciones mínimas de igualdad material entre las personas”. (Sentencia C - 535 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Por otra parte, gracias a las diferentes competencias que se le reconocen en el campo económico, el Estado está en la capacidad de intervenir en la evolución y sentido de las principales variables macroeconómicas.

3. ALCANCE DE LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

Como ya la habíamos mencionado, el régimen general colombiano en materia de Derecho de la competencia está compuesto por la Ley 155 de 1959, sus decretos reglamentarios, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009.

Tal como lo indica la exposición de motivos de la Ley 155 de 1959, mediante la cual se dictaron algunas disposiciones acerca de las prácticas comerciales restrictivas, dicha ley fue expedida debido a que en aquella época Colombia era

en ese entonces uno de los pocos países que no contaba con este tipo de normativa y que, debido al proceso de industrialización y de concentración de la riqueza, era necesaria para regular globalización económica a la que se estaba sometiendo el país. Era necesario entonces, garantizar la competencia con el fin de proteger a los consumidores y evitar los abusos de poder provenientes de concentraciones monopolistas a las que se enfrentaba Colombia.

Luego, con la entrada en vigencia la Constitución Política de 1991, el Presidente de la República en ese entonces el Doctor Cesar Gaviria, en ejercicio de las atribuciones constitucionales conferidas por el artículo 20 transitorio, expidió el Decreto 2153 de 1992, el cual brindó las herramientas para la aplicación de la Ley 155 de 1959, y en general permitió que se materializara en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio la efectiva protección al derecho de la competencia a través de la sanción de las prácticas comerciales restrictivas.

Por ultimo en el 2009 con la entrada de la ley 1340 de ese mismo año se actualizó la normatividad vigente en esta materia *“para adecuarla a las condiciones actuales de los mercados, facilitar a los usuarios su adecuado seguimiento y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional.”* (Artículo 1 de la ley 1340 de 2009)

Tal como lo establece el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009, y en general la normatividad que protege la competencia la entidad del orden nacional encargada de la protección de la competencia es la Superintendencia de Industria y Comercio. Teniendo en cuenta lo anterior las conductas y prácticas comerciales constitutivas de prácticas restrictivas son sancionadas por la Súper Intendencia de Industria y Comercio en virtud de la competencia que le otorga el Artículo 44 del Decreto 2153 de 1992. *“La Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo las funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la Ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias, para lo cual podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante.”*

Así pues, se puede entender por lo antes dicho que el derecho de la competencia tiene una vocación fundamental basada en el único fin de que los participantes del mercado ejerzan su derecho a formar empresa, compitiendo con los demás agentes del mercado a través de mecanismos legítimos asociados fundamentalmente a la calidad de los productos o servicios, la eficiencia en la producción, y la transparencia en la imposición de los precios.

Cuando en un mercado existe una competencia entre los diferentes agentes económicos que intervienen en él, nos encontramos frente a un mercado donde su enfrentamiento entre ellos está encaminada a un logro específico: quedarse con el consumidor. Con el objetivo de brindarle protección al consumidor en unas condiciones de mercado competitivo, existen unas reglas que el derecho de la competencia consagra.

Es de esta manera como se crean un conjunto de normas que consagran el derecho a la competencia y que en ellas se contemplan aquellas conductas que o bien pueden ser consideradas como actos de competencia desleal, o prácticas restrictivas de la competencia, materializadas estas últimas a través de acuerdos, actos y abuso de posición dominante.

Una buena definición de las prácticas restrictivas de la competencia es la que hace Berdugo Garavito cuando se refiere a ellas como una *“figura genérica, en tanto y cuando abarca todas las conductas que realizan los empresarios en forma individual, y que consiste en acciones anticompetitivas, ofensivas, capaces de distorsionar gravemente las condiciones de competencia en el mercado, de tal forma que se afecte el interés público. Su objeto es obstaculizar la competencia en el mercado, o impedir el acceso a éste de otros posibles concurrentes.”*

En este orden de ideas, las prácticas restrictivas son las manifestaciones de las actividades o conductas de ciertos agentes económicos, cuya consecuencia inmediata es la afectación a la libertad del mercado o al mercado competitivo.

Tal como quedó establecido anteriormente, los acuerdos restrictivos de la competencia son manifestaciones de las prácticas comerciales restrictivas en el entendido de que son *“comportamientos adelantados por dos o más empresas mediante los cuales arreglan su actuar dentro de un mercado, falseando la competencia, bien porque dejan de competir o porque pretenden eliminar a un competidor.”* (Velandia Mauricio, 2011. Pág. 109.)

Los acuerdos que realicen agentes del mercado en perjuicio de la competencia, pueden clasificarse en acuerdos verticales o acuerdos horizontales dependiendo de la afectación que se dé en el mercado. Los acuerdos verticales se presentan cuando se distorsiona la competencia por la creación de acuerdos entre agentes de diferentes etapas de la cadena de producción. Mientras que los acuerdos

horizontales se da entre empresas que compiten en un mismo segmento de la cadena de producción.

Las normas que buscan garantizar un mercado sano, natural y eficiente a través de la protección de la competencia, son aplicadas a los agentes que en ejercicio del desarrollo de su actividad económica, afecta el mercado, independientemente de la forma en cómo se constituya dicha afectación. Por este motivo, del Artículo 1 de la Ley 155 de 1959 se deriva que son prácticas restrictivas de la competencia los acuerdos, actos o abusos de la posición de dominio.

En el Decreto 2153 de 1992 en su Artículo 47 estableció una lista de acuerdos contrarios a la libre competencia, definiéndolos como *“todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.”* En cuanto a los acuerdo restrictivos de la competencia *“agrupan la prohibición de comportamientos arreglados adelantados por dos o más empresas encaminadas a alterar la competencia, bien sea porque pretenden excluir a un competidor o porque se busca adelantar una colusión entre ellos para dejar de competir. Se trata de comportamientos arreglados entre empresas que se encuentran dentro de un mismo mercado relevante.”* (Velandia, 2008, pág. 68)

Asimismo, el artículo 48 contempla los actos contrarios a la libre competencia, y son entendidos como actos o conductas que restringen la competencia. *“Se diferencian de la posición de dominio en la medida en que para los actos restrictivos no se requiere un sujeto calificado específico, sino que agrupan prohibiciones dirigidas a todo el universo de comerciantes.”* (Velandia, 2008, pág. 140)

También en el artículo 50 se establecen las conductas que se entienden como abusivas de la posición dominante. El Estado busca con esta norma, imponer *“(…) mayores límites al actuar de agentes que ostentan poder de dominio, prohibiéndose algunos comportamientos que en caso de ser adelantados por empresas sin posición de dominio no resultarían calificados como abusivos.”* (Velandia, 2008, pág. 69)

Es necesario para analizar si una conducta determinada constituye una causal de abuso de posición dominante, establecer la existencia de varios supuestos tales como: a) existencia de posición de dominio de un agente del mercado, b) comportamiento abusivo de la posición dominante contrario a la ley, y c) afectación del mercado relevante.

Cuando se ostenta una posición de dominio sin hacer uso negativo de ella para con otros agentes esto no implica estar incurriendo en una práctica restrictiva que afecte de manera negativa el mercado, poniendo en riesgo el mercado, discriminando a consumidores o proveedores, o simplemente obstruyendo el acceso a los mercados a terceros.

Cuando nos referimos al abuso que se ejerce cuando se tiene una posición de dominio en el mercado debe ser objetiva en tanto que se *“refiere a la conducta de una empresa en posición dominante que llega a influenciar la estructura del mercado cuando, como resultado de la propia presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia se debilita y que, recurriendo a métodos distintos de los que configuran la competencia normal en las transacciones comerciales de bienes o servicios tiene el efecto de amenazar el mantenimiento del grado de competencia aún existente en el mercado o el incremento de tal competencia”*. (Tribunal en el asunto Hoffmann-La Roche)

El Artículo 50 del decreto en mención señala 6 comportamientos que deben entenderse como abuso de la posición de dominio, a saber:

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 constituirían 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. *Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.*

4. NEGATIVA INJUSTIFICADA A CONTRATAR.

Antes de iniciar con el análisis de la negativa injustificada a contratar, como una práctica anticompetitiva, es importante establecer la relación que dicha figura tiene con instituciones legales como la libertad de contratación, la cual se deriva del principio de la autonomía de la voluntad, el principio de la buena fe y el abuso del derecho, principios base del sistema jurídico colombiano.

a. La libertad de contratación:

La libertad de contratación, como manifestación de la autonomía de la voluntad, es un principio contractual que tiene como fundamento la persona misma y su dignidad, y por consiguiente, se encuentra íntimamente relacionada con su libertad. De lo anterior, se deriva que la existencia misma del Estado tiene origen en la voluntad individual y que éste, en reconocimiento a dicha voluntad y dignidad, respeta el campo de las relaciones privadas, supuesto base de la teoría general del contrato acogida por el Código Civil Francés.

Para Galgano La autonomía de la voluntad, tiene dos acepciones: una negativa y otra positiva, la primera significa que “nadie puede ser privado de sus propios bienes o constreñido a ejecutar prestaciones a favor de otros contra o, en general independientemente de su propia voluntad” (Alberto Soto Coaguila, 2009), y la segunda se refiere a que las partes pueden obligarse a dar, hacer o no hacer alguna cosa, a favor de otro, mediante un acto de su voluntad.

Es de esta forma como el Estado otorga el derecho a la libertad de contratar, el cual es una “facultad que el ordenamiento jurídico le concede a las personas, para que en ejercicio de su libertad, puedan contratar y determinar libremente el contenido del contrato, creando relaciones contractuales válidas.” (Alberto Soto Coaguila, 2009, pp.51).

Por esta razón no es la libertad contractual un derecho ilimitado, debido a que éste se encuentra circunscrito al marco legal que el Estado ha impuesto en favor del bien común. Aún para el Código Civil, la autonomía de la voluntad tiene sus límites en el orden público y las buenas costumbres, lo que ha exigido una clasificación de la ley mercantil, según la función que cumpla en desarrollo o como

consecuencia de este principio, por ello, se clasifican las normas en imperativas, dispositivas y supletivas (Torre, 2007).

Es entonces como la doctrina ha establecido entre los límites y las limitaciones a la libertad contractual, una distinción entre la primera como los límites naturales intrínsecos de ésta, y en la segunda como las limitaciones extrínsecas impuestas por razones de tipo políticas, económicas, legislativas, etc (Ballesteros Garrido, 1999). Estos límites de los que ya hemos hablado responden a la transición de un Estado liberal al Estado Social de Derecho, teniendo en cuenta que en un principio, los límites a la autonomía de la voluntad eran únicamente los reconocidos por la doctrina civilista, los cuales son: la ley, la moral y el orden público y con el cambio en cuanto a un Estado Social de Derecho, los límites son más rigurosos y se encuentran determinados por un mayor intervencionismo del Estado.

a.1 La libertad de contratación en el Código Civil

Son diferentes factores los que influenciaron en la creación del Código Civil de 1873 entre los que debe resaltarse la libertad contractual, la cual tiene su fundamento en la institución de la propiedad privada. Teniendo en cuenta lo que establece en relación con este tema el código civil en los artículos 1602 SS, en donde se establece que *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”* y que *“conocida la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”*.

Como ya lo he manifestado anteriormente, el Código civil no permite una libertad absoluta a los contratantes para autogobernarse debido a que éstos deben sujetarse a la ley. Como lo establece Gabino Pinzón *“En el Código Civil mismo está ya prevista una determinada subordinación de la libertad contractual al orden legal, pues que es solamente del “contrato legalmente celebrado” del que se predica ese carácter de “ley para los contratantes”* (Pinzón, 1985, pág. 94). Así mismo, se consagran expresamente en el Código Civil otros limitantes a la autonomía de la voluntad, estos son el orden público y las buenas costumbres, en el artículo 16 en donde se estipula que *“No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres.”*

a.2 La libertad de contratación en el Código de Comercio

El ex magistrado Arrubla Paucar, resalta que en el Código de Comercio Colombiano no se realizó una alusión expresa a la autonomía de la voluntad, sino que éste realiza una remisión directa a “Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa (...)” (Código de Comercio, artículo 882.). De esta manera, los límites a la autonomía de la voluntad siguen siendo los mismos, el orden público y las buenas costumbres.

Entonces, es evidente la protección que el sistema jurídico realiza del derecho a la libertad a contratar, como una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad, pero con una precaución, y es que no contraríe el orden público y las buenas costumbres.

b. El principio de buena fe

El principio de la buena fe cobra vital importancia en el análisis de la negativa injustificada a contratar puesto que es en la fase precontractual en la que se manifiesta dicha práctica anticompetitiva.

Tanto en el Código de Comercio como en el Código Civil se hace mención expresa al principio de ejecución de buena fe de los contratos. En el artículo 871 del Código de Comercio se establece que *“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”*. De la misma manera, en el Código Civil, en su artículo 1603 se establece que *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenezcan a ella”*.

Sin embargo, la legislación mercantil en su artículo 863 reguló de forma expresa la buena fe en la etapa preparatoria, al establecer que *“las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que causen”*.

c. Abuso del derecho

El concepto de abuso del derecho cobra importancia en lo relacionado al derecho a la libertad a contratar puesto que si bien es cierto nuestro ordenamiento otorga dicha facultad a los particulares, con la única limitante en el orden público y las buenas costumbres, es también claro que el ejercicio de dicho derecho debe ser con prudencia, de lo contrario puede generar responsabilidad para su titular.

La doctrina le ha otorgado diferentes alcances a dicha institución, así se crearon varias teorías entre las que se encuentra en primera instancia, *el criterio intencional*, en donde se entendía que únicamente se abusaba del derecho subjetivo si se evidenciaba en el titular de ese derecho, la intención de causar el daño. Vale la pena anotar que la Corte Suprema de Justicia ha construido su teoría acerca del abuso del derecho según el criterio intencional. Posteriormente, surgió el *criterio económico* teoría que se encuentra inspirada en lo establecido por Jhering sobre los derechos subjetivos. En ésta teoría el abuso consiste en el ejercicio de los derechos, contrario a la finalidad económica o social del derecho subjetivo.

Para Josserand El acto abusivo consiste en el ejercicio del derecho en forma contraria al objeto de la institución, a su espíritu y finalidad. Finalmente, *la teoría conciliadora o ecléctica* establece que el acto será normal o abusivo según se explique o no por un motivo legítimo.

4.1 LA NEGATIVA A CONTRATAR EN EL DERECHO COLOMBIANO

Habiendo descrito los diferentes alcances de los principios descritos, es necesario establecer la forma en como se ha desarrollado el tema central de este ensayo en Colombia.

Pese a que como se evidenció, Colombia cuenta con normas que regulan la libre competencia y las prácticas comerciales restrictivas, inicialmente mencionaba que existe un vacío en la normatividad actual referente a la negativa injustificada a contratar, sin desconocer que su ocurrencia sea bastante frecuente y que es considerada en diferentes países como una causal de abuso de posición dominante.

Teniendo en cuenta que no se encuentra consagrada expresamente como tal en nuestro ordenamiento jurídico, la Superintendencia de Industria y Comercio se ha

visto en la necesidad de sancionar este comportamiento, bien por la aplicación del Artículo 1 de la Ley 155 de 1959, o por el numeral 3 del Artículo 48 del decreto 2153 de 1992.

Tal y como se ha mencionado, el Artículo 1 de la Ley 155 de 1959 establece que *“Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) 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 norma contiene la cláusula general de prohibición contra toda clase de prácticas restrictivas de la competencia, tanto unilaterales como concertadas, y debe leerse en concordancia con el artículo 46 del decreto 2153 de 1992, que dice textualmente que *“En los términos de la ley 155 de 1959 y del presente decreto, están prohibidas las conductas que afectan la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito”*.

La Superintendencia de Industria y Comercio, se ha referido en la materia cuando esta proviene de una retaliación a la política de precios. El artículo 48 del decreto 2153 de 1992 considera contrario a la libre competencia *“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.”*

En este sentido, la Superintendencia de Industria Comercio expidió la resolución 8310 de marzo 28 de 2003 para resolver una controversia suscitada entre dos empresas por la presunta infracción de una de ella en contra del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y numerales 2 y 3 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992. Además, si quien ejerció la representación legal en la aludida empresa autorizó o ejecuto las conductas contrarias a la libre competencia investigadas, de conformidad con los numerales 15 y 16 del artículo_4 del Decreto 2153 de 1992. En otras palabras, si el comportamiento de la empresa que tiene la distribución exclusiva de un segmento especial del mercado, estuvo dirigido a irrumpir en la capacidad decisoria de los precios de la otra, pues de ser así, tal circunstancia constituiría una amenaza para la libertad que tienen las empresas de participar libremente en los mercados, debido a que el precio constituye una herramienta indispensable dentro de sus políticas comerciales y un instrumento de información general para el mercado, por el cual debe tratar de preservarse libre de externalidades y distorsiones artificiales.

La Super determino en este caso en concreto que la ruptura comercial propiciada por una de las empresas fundamentándose en que la disminución del precio de los productos distribuidos por la otra desestabilizaba el mercado, rebasa los límites de una simple recomendación para adecuarse en la conducta de influencia que proscribe nuestro ordenamiento. Para la Super es confuso cómo la simple falta de observación de una sugerencia en el precio de venta de sus productos pueda derivarse en una ruptura de las relaciones comerciales.

Asimismo esta entidad, en la resolución 13664 del 23 de junio de 2004 debía determinar si las empresas vinculadas al proceso probablemente habrían utilizado medios coercitivos para limitar la comercialización de determinados productos, con el fin de que sus proveedores accedieran a las condiciones desfavorables de contratación que pretendían imponer. De acuerdo con la respectiva resolución de apertura, las empresas investigadas habrían impuesto unilateralmente condiciones desfavorables para la comercialización y distribución de productos, coaccionando a los proveedores para que las acepten, so *pena* de la descodificación de sus productos. Conforme al cargo formulado, se estaría discriminando la venta de productos, para quienes no acepten las condiciones impuestas por los supermercados.

En esta oportunidad, la Super terminó la posible investigación por las presuntas infracciones a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, debido a que los presuntos infractores ofrecieron garantías suficientes en torno a la suspensión de la conducta por la cual se había iniciado la investigación.

La Super ha investigado la negativa injustificada a contratar cuando se trata de una retaliación a la política de precios. No obstante, qué sucede si una empresa que goza de posición de dominio en el mercado se niega a contratar con un tercero sin contar con una justificación y afectando con esa decisión la competencia en determinado sector de la economía?

En efecto, consideramos que esta conducta debería estar prescrita taxativamente en nuestro ordenamiento para que el Estado entre a sancionar estos comportamientos.

La sanción de las prácticas restrictivas de la competencia, tuvo origen en Latinoamérica hacia los años 50. En efecto la ley 155 fue expedida en 1959 para acogerse a la corriente que se venía desarrollando en Latinoamérica. Sin embargo, la negativa injustificada a contratar no fue consagrada expresamente como un causal de abuso de posición dominante, ni tampoco como una práctica

restrictiva de la competencia en los Decretos 1302 de 1964 y 3466 de 1982 que regularon las prácticas restrictivas de la competencia, expedidos con posterioridad a la ley.

De conformidad con la Constitución Política de Colombia, las personas son libres para decidir cómo contratan, en ejercicio de los derechos a la propiedad privada, la libre contratación y la libertad de empresa, entre otros. Sin embargo, nuestro ordenamiento al igual que otras regulaciones de otros países, han considerado que dichas libertades no son absolutas y que cuando una empresa goza de posición de dominio, debe presentar unas justificaciones razonables por las cuales decide no contratar con determinada persona. Así, debe existir una razón válida, objetiva y razonable que permita justificar la negativa a contratar con otra empresa, de lo contrario estamos en el campo de las prácticas restrictivas de la competencia.

4.2 LA NEGATIVA INJUSTIFICADA A CONTRATAR COMO PRÁCTICA ANTICOMPETITIVA EN ESTADOS UNIDOS:

La teoría Estadounidense del *refusal to deal* fue creada por las cortes norteamericanas para analizar los casos en que los competidores de un mercado determinado, de forma concertada, se niegan a contratar con compradores o vendedores de ese mismo mercado. Dicha conducta se encuentra expresamente prohibida por la ley Sherman, la cual establece en la §1 que todo contrato, combinación o conspiración tendiente a restringir la competencia es considerada una conducta ilegal. La Suprema Corte Norteamericana aplicó por primera vez la teoría del *refusal to deal* en el caso *Eastern States Retail Lumber Dealers' Association v. U.S* al declarar la ilegalidad de un acuerdo que existió entre competidores con el objetivo de negarse a contratar con otros

Posteriormente, dentro de los supuestos contemplados por la doctrina del *refusal to deal*, las cortes comenzaron a identificar casos que denominaron “bottleneck cases” los cuales contaban con la particularidad de ser acuerdos o combinaciones entre competidores de un mercado, tendientes a negar el acceso a determinado bien, negativa que es determinante para ingresar al mercado o influencia la viabilidad económica de otros competidores, violando de esa forma la ley antimonopolios.

Las Cortes norteamericanas empezaron a observar que existían casos en los que la negativa a contratar con fines monopolísticos era unilateral, de manera que no encajaban en los supuestos consagrados en la §1 de la ley Sherman. Así, las

cortes comenzaron a analizar los denominados “intent cases”, entre los que se puede mencionar el caso Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co, en donde Eastman Kodak realizó una serie de actos y operaciones tendientes a monopolizar el mercado fotográfico, realizando integraciones verticales para tal efecto. Southern Photo Materials Co rechazó la oferta de compra realizada por Kodak, por lo que ésta última, en retaliación, se negó a venderle sus productos. En éste caso, la Corte falló en contra de Kodak, al establecer que dicha conducta fue realizada con la intención de monopolizar el mercado, y que por ende, fue violatoria de la sección 2 de la ley Sherman disposición que prohíbe tanto la monopolización como el intento de monopolizar cualquier parte del comercio interestatal o internacional. Se presentaron varios casos que la corte falló con base en la misma tendencia. Un ejemplo de ellos es el caso Lorain Journal Co. v. U.S., en el que el único diario de la ciudad, era de propiedad de la empresa Lorain Journal. Dicha empresa se negaba a contratar la publicidad que era ofrecida por los anunciantes que pautaban en emisoras de radio pertenecientes a su área geográfica. Lo anterior con la intención de monopolizar el mercado de la publicidad en su zona de mercado. La corte estableció en éste caso, que la conducta era violatoria de la § 2 de la ley Sherman puesto que de el periódico pretendía monopolizar el mercado de la publicidad, a pesar de gozar del monopolio del mercado de los periódicos, lo cual acarrearía un abuso de poder sobre el mercado relevante.

En resumen, es ilegal la negativa injustificada a contratar cuando ésta tiene por objeto monopolizar el mercado, tenga o no posición dominante en otro mercado.

Es de esta forma como se puede analizar la evolución de la jurisprudencia de las cortes norteamericanas al momento de analizar si una negativa a contratar viola o no, lo dispuesto por la ley Sherman.

5. CONCLUSIÓN

Considero que la falta de estipulación expresa en la legislación colombiana de la negativa injustificada a contratar, como una práctica restrictiva de la competencia, limita las funciones asignadas a la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con la observancia del cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la Ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias, así como las funciones relacionadas con la imposición de las sanciones por violación de éstas.

El hecho de que un agente del mercado que goza de posición de dominio, se ampare en la autonomía privada para justificar una negativa a contratar, debe ser considerado como un abuso de su posición, ya que vulnera los principios constitucionales y legales que fundamentan la libre competencia y la eficiencia del mercado. Si bien es cierto, que cada agente goza de la libertad de determinar con quién y cómo contrata, quien ostenta posición de dominio no puede alterar el mercado, la economía, ni el bienestar de los consumidores, so pretexto de proteger sus propios intereses.

De esta manera, como se encuentra consagrado en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos, es necesario que dentro del sistema jurídico colombiano, exista una norma expresa que tipifique la negativa injustificada a contratar como una causal del abuso de la posición dominante, con el fin de que se sancionen aquellas prácticas restrictivas que hoy en día afectan la libre competencia en el mercado, y sobre todo, que la Superintendencia de Industria y Comercio pueda desarrollar alrededor de ella, una doctrina amplia en la que se analicen diferentes supuestos que puedan afectar el mercado, sus agentes y a los consumidores, y que adicionalmente permita tener un sustento normativo positivo para edificar a partir de él una responsabilidad por los perjuicios que ese tipo de conductas puedan causar a usuarios y competidores de los mercados.

6. BIBLIOGRAFÍA:

ANGARITA BARON, C. (1997). *Constitución Económica Colombiana*. Bogotá: El Navegante.

ARRUBLA PAUCAR, J. A. (2007). *Contratos Mercantiles, Tomo I, Teoría General del Negocio Mercantil*. Ed Dike.

BERDUGO GARAVITO, J (2003). PALACIOS Rodrigo. Conferencia “Aspectos Generales del Derecho a la Competencia y de la Competencia Desleal.

CIFUENTES MUÑOZ, E. *Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C - 535 de 1997*.

COAGUILA SOTO, Alberto C. A. (2009). *El Contrato en una Economía de Mercado*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Colección Internacional No 5.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. *Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C - 815 de 2001*.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. *Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C - 865 de 2004*.

LONDOÑO PINZON, Daniel (2001). *La posición dominante en el mercado financiero colombiano: visión crítica del sistema a la luz de las normas internacionales*. Tesis de grado dirigida por Carlos José Gómez. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

MELO SALCEDO, I. M. (2003. Diciembre, edición 106). Los derechos de contenido económico. *Universitas*. , 96.

TORRE, M. d. (2007). *Principios de Derecho Comercial*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

VELANDIA, M. (2008). *Derecho de la competencia y del consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.