



Revista Derecho del Estado

ISSN: 0122-9893

Universidad Externado de Colombia

Soto-Pineda, Jesús Alfonso; Pabón-Almanza, Camilo
La participación de un "no competidor" en un cartel: experiencias
comparadas de Estados Unidos, la unión Europea y Colombia*
Revista Derecho del Estado, núm. 42, 2019, Enero-Abril, pp. 279-309
Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n42.10>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337659164010>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UAEM redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

La participación de un “no competidor” en un cartel: experiencias comparadas de Estados Unidos, la Unión Europea y Colombia***

The participation of a “non-competing actor” in a cartel: comparative experiences of the United States, the European Union and Colombia

RESUMEN

El artículo presenta tres perspectivas comparadas en materia de protección de la libre competencia, relacionadas con la interpretación que en Estados Unidos, en la Unión Europea y en Colombia se hace de aquellos casos en los cuales un agente del sector productivo, que no forma parte de un mercado concreto, es a su vez miembro de un cartel organizado para influenciar los parámetros competitivos de dicho mercado. El documento valora todos los enfoques empleados en dichos sistemas enunciados para hacer frente a la mencionada circunstancia, con vistas a aplicar el derecho administrativo sancionador a conductas de corte colusorio.

PALABRAS CLAVE

Antitrust, cartel, empresa no competidora, Estados Unidos, Unión Europea, Colombia.

* Doctor en Derecho y Ciencia Política de la Universidad Autónoma de Madrid. Investigador del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. Contacto: jesus.soto@uexternado.edu.co ; jesusalfonso.soto@gmail.com.

** Especialista en Derecho Constitucional, Gestión Pública e Instituciones Administrativas. Profesor de Derecho de Consumo y Derecho de la Competencia de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: paboncamilo@hotmail.com

*** Recibido el 25 de octubre de 2017, aprobado el 4 de abril de 2018.

Para citar el artículo: SOTO PINEDA, J. A. y PABÓN ALMANZA, C. *La participación de un “no competidor” en un cartel: experiencias comparadas de Estados Unidos, la Unión Europea y Colombia*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 42, enero-abril de 2019, pp. 279-309.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n42.10>

ABSTRACT

From the competition law perspective, this paper presents three different comparative standpoints of antitrust, related to the interpretation that is given in the United States, the European Union and Colombia, to those cases in which an agent that is not part of a specific market, it is member of a Cartel of companies organized to influence the parameters and conditions of the competition in that market. Thus, the document examines all the different approaches have used in the aforementioned systems to deal with this kind of circumstances, in order to apply the administrative law penalties and analogous consequences to the collusive agreements.

KEYWORDS

Antitrust, Cartel, Non-competing company, United States, European Union, Colombia.

SUMARIO

Introducción. 1. A propósito de las posiciones jurídicas comparadas acerca del papel de un no participante del mercado en un cartel. 1.1. Estados Unidos y la conspiración. 1.2. La solución en el marco de la Unión Europea surgida de la sentencia *AC-Treuhand AG*. 2. En Colombia se sancionan cuatro tipos de carteles, en función de la noción de “empresa”. 2.1. La normatividad que regula los acuerdos anticompetitivos en Colombia. 2.2. La postura dominante: cuatro tipos de carteles. 2.3. La postura débil. Conclusiones. Referencias.

INTRODUCCIÓN

El sistema de protección de la libre competencia configura un elemento primordial de protección de la economía de mercado. Así, como imperativo de la defensa de los intereses de los mercados y de los consumidores, está estructurado en torno a un catálogo de conductas que engloban los comportamientos con capacidad para poner en riesgo el ecosistema competitivo¹. A saber, principalmente, la colusión y los abusos de posición dominante. Conductas conocidas en el ámbito de referencia como prácticas restrictivas de la competencia.

En el plano práctico, la colusión –también referenciada como pactos colusorios, acuerdos colusorios, pactos entre empresas, pactos anticompetitivos, etc.– configura el prototipo de conducta prohibida por la defensa de

1 ELZINGA, K. y BREIT, W. *The Antitrust Penalties: A Study in Law and Economics*. New Haven: Yale University Press, 1976, 9.

la competencia ahí donde ha sido implementada. Esto en virtud de que la colusión constituye el atentado principal contra el ecosistema competitivo, dado que, al practicarla, las empresas reemplazan la aleatoriedad que le debe ser connatural al mercado, por una actuación concertada en la cual la búsqueda de la eficiencia se ve desplazada a un segundo plano².

Así las cosas, en un ámbito como el empresarial, en el cual el comportamiento de las empresas ha demostrado ser afín a la puesta en práctica de la colusión³, un catálogo de principios extraídos de la teoría general del derecho y de materias jurídicas concretas como el derecho comercial, el administrativo, el civil en su faceta de responsabilidad, entre otros, ha venido a nutrir variadas dimensiones de la defensa de la libre competencia, en pro de la protección de los mercados. Así por ejemplo el derecho penal, que ha influido de forma importante en el marco concurrencial, tanto en aquellos sistemas en los que la colusión incorpora consecuencias penales como en aquellos en los cuales una autoridad pública se encarga de sancionar el ejercicio de una conducta anticompetitiva, pues el derecho administrativo sancionador bebe de la teoría penal con asiduidad.

La protección clásica de los mercados basada en la aplicación pública de derecho de la competencia –investigación, detección, sanción, remedio– adhiere análisis y evaluaciones relacionados de forma importante con la teoría penal. Un ejemplo de ello es el referido a la valoración del comportamiento de los sujetos implicados con un cartel, pues, en razón de las distintas intervenciones en el pacto anticompetitivo, las consecuencias de los involucrados son también diversas, a título de instigadores del cartel, autores del ilícito, participantes, etc.

Esta última cuestión relacionada con la teoría penal, que en aquel derecho está en un punto de avance aparentemente adelantado, en el derecho de la competencia de algunos territorios de relevancia internacional aún genera ciertas dudas. Y esto es así por cuanto en aquellos sistemas se sanciona en sede pública a los agentes integrantes de un cartel, precisamente, por su implicación “activa” en el acuerdo anticompetitivo –emulando así el concepto penal de “autor”. Razonamiento que hace que la sanción surgida de la colusión en dichos sistemas, de forma ordinaria, esté sustentada en la condición de autor propiamente dicha. La cual se nutre de un compendio de elementos que coadyuvan a la imposición de la consecuencia al infractor, como, por ejemplo, la “membresía” de los integrantes de un cartel a un mercado en concreto o a una cadena productiva común, ya que la colusión parte de una

2 FRANCIOSI, R. *United States v. Brown University et al.: Why Do Nonprofits Fix Prices?* Discussion Paper 92-99, Universidad de Arizona, 1994, 1-22.

3 CSERES, K. *Controversies of the Consumer Welfare Standard*. En *Competition Law Review*. Vol. 3, n.º 2, 2006, 130 y EASTERBROOK, F. *Workable Antitrust Policy*. En *Michigan Law Review*. N.º 84, 1986, 1702.

base de acuerdo entre competidores, o entre agentes que operan en planos distintos de la misma cadena de distribución. Haciendo, por tanto, que la aplicación sancionatoria de las otras figuras de la participación, a asuntos de libre competencia, esté un tanto difusa.

Con arreglo a aquella circunstancia, la autoría y la participación han sido afrontadas desde diversas perspectivas y con variopintas soluciones por parte de las autoridades de competencia que se han enfrentado a ellas en la solución de supuestos de hecho concretos en los cuales un no competidor –por tanto, no miembro del mercado coludido– forma parte de un cartel. En Estados Unidos –sistema pionero en el marco *antitrust*–, por ejemplo, al conocer un caso en particular de colusión que involucre diversos agentes que no cuentan con identidad en materia de mercado y/o cadena productiva, en distintas facetas del pacto, y desde distintas posiciones, suele aplicarse la figura de la conspiración para llenar los vacíos que conlleva una implicación en particular. En la Unión Europea –sistema que se erige, por su dinamismo, como referente del *antitrust* actual–, al no existir la figura de la conspiración o una equivalente, los debates en torno a la autoría y la participación en materia de libre competencia son más amplios, pues la sanción debe estar siempre sustentada en varios criterios cumulativos. A saber, el grado de implicación del agente y su rol en el acuerdo, el daño objetivo ocasionado a los mercados, la membresía del agente al mercado coludido, la condición de competidor que comparten los implicados, etc. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) en uno de sus fallos recientes –que se desarrolla en apartados posteriores– así lo ha evidenciado.

Al hilo de las diversas soluciones que la autoría y la participación tienen en materia de competencia en sistemas concurrenciales de connotada relevancia donde un no competidor se ha involucrado con un cartel de un mercado ajeno a su actividad económica, cabe formular dos planteamientos que configuran el eje en torno al cual gira el presente documento. El primero, basado en la comprensión de las soluciones planteadas en Estados Unidos y en la Unión Europea a dicho asunto –así como el examen de su idoneidad. Y el segundo, fundado en las inquietudes que genera la cuestión en lo circunscrito al sistema de protección de la libre competencia colombiano, pues algunas decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio (en lo sucesivo, sic), surgidas del análisis de supuestos en los cuales la autoría y la participación debían encontrarse, *per se*, en la valoración de la autoridad, en virtud de que en aquellos casos la identidad de los sujetos cartelizados con el mercado coludido no estaba presente –o no era suficientemente clara–, demuestran que el asunto no ha generado especial desarrollo. Tal vez en virtud de que la sic ha interpretado estos temas como menores, o porque ha asumido que los mismos no influenciaban en demasía la consecuencia por imponer. Siendo por tanto enriquecedor cotejar el tratamiento –directo o transversal– que se le ha otorgado al tema en el sistema colombiano y el que se le ha conferido

en Estados Unidos y en la Unión Europea, pues se parte de la hipótesis de que la valoración del rol de los involucrados en el cartel es fundamental para crear un marco jurisprudencial que permita fundamentar en principios jurídicos sólidos la sanción y el remedio que hace las veces de respuesta al ilícito anti-concurrencial.

En ese sentido, el presente artículo intenta, a través de una metodología descriptivo-analítica, dar respuesta a los dos planteamientos esgrimidos en el párrafo anterior. Para ello, en un primer apartado, presenta los extremos de la cuestión jurídica concurrencial que sirve de epicentro al documento, y sobre la cual no existe una solución dilatada y general en los sistemas de protección de los mercados en sede público-administrativa. A renglón seguido, se muestra la solución a la cuestión al tenor del derecho estadounidense, en atención, principalmente, a la figura de la conspiración. Con posterioridad a la evaluación de la experiencia norteamericana al respecto, se enseñan los avances que se han suscitado en la Unión Europea para darle una solución a la cuestión de la autoría y la participación en materia de libre competencia, atizados por el acaecimiento de un supuesto de hecho concreto que ha involucrado a no competidores en un pacto colusorio. En la parte final del artículo, con antelación a la reflexión final, se evalúa la cuestión en atención al sistema de protección de la libre competencia colombiano, valorando una serie de casos concretos conocidos por la SIC en los cuales, puede interpretarse, resultaba valiosa la evaluación de los grados de implicación –y la condición de autores o partícipes– de los involucrados en la conducta anticompetitiva.

1. A PROPÓSITO DE LAS POSICIONES JURÍDICAS COMPARADAS ACERCA DEL PAPEL DE UN NO PARTICIPANTE DEL MERCADO EN UN CARTEL

Los pactos verticales y horizontales en el marco de la defensa de la libre competencia atienden a un presupuesto común ya enunciado tácitamente que influye en la consecuencia que le puede ser impuesta a sus ejecutores: la afinidad de identidad de mercado y/o de cadena productiva de los agentes involucrados. Razón por la cual algunas eventualidades que en la actualidad no son ajenas a la dinámica jurídico-económica quedan, en principio, sin una respuesta concurrencial clara. Ese es el caso de las responsabilidades que le pueden ser atribuidas en materia de colusión a un agente que tiene un papel determinado en un acuerdo anticompetitivo, sin formar parte del mercado cartelizado o sin tener un rol en la cadena productiva en la cual se perpetra la colusión.

Esta cuestión enunciada tiene una importancia capital en la determinación de responsabilidades concurrenciales. Por lo que valorar el grado de implicación de los sujetos en aplicación de la teoría penal, o aplicar una doctrina concreta que destierre la impunidad que podría cobijar a aquellos en principio no adheridos a ese “ámbito subjetivo”, resulta imperativo, a pesar de las di-

ferencias entre la ciencia penal propiamente dicha y la del llamado “derecho administrativo sancionador”, en el cual sustentan gran parte de sus capacidades las autoridades públicas de competencia. Dicha importancia radica en que estas autoridades deben estar en capacidad de calificar apropiadamente el grado de implicación de todos los agentes, y por lo tanto determinar la sanción/consecuencia que les debe ser aplicada por su participación.

En los últimos años la “colusión que involucra agentes ajenos al mercado cartelizado” ha formado parte, escalonadamente, de la dinámica concurrencial. Dejando al margen las razones por las cuales esta conducta es ahora más habitual que hace algunos años, pues se entiende que son múltiples los motivos de hecho y de derecho –principalmente basados en el encubrimiento de la conducta anticoncurrencial– que le provocan, la solución a dicha cuestión es heterogénea, en atención a las diferencias connaturales que poseen los sistemas del *common law* y del *civil law*. Sin embargo, incluso en sistemas concurrenciales que comparten tradición, los argumentos para darle solución a la cuestión son igualmente heterogéneos. Como también lo es la profundidad argumentativa en torno a la problemática tratada una vez aplicada a un caso concreto.

Es por dicha razón que en el presente documento se procede a realizar una reseña sucinta del desarrollo que ha rodeado la “problemática” enunciada, en tres sistemas de defensa de la libre competencia: el estadounidense, el de la Unión Europea y el colombiano, extrayendo de su tradición y de la jurisprudencia surgida de circunstancias análogas o equivalentes en cada uno de ellos conclusiones acerca de la homogeneidad o heterogeneidad en las consecuencias que han de soportar los agentes coludidos ajenos al mercado cartelizado.

1.1. Estados Unidos y la conspiración

En el derecho de Estados Unidos, y en específico en la defensa de la libre competencia estadounidense, la solución a aquellos supuestos de hecho en los cuales un miembro del cartel no forma parte del mercado cartelizado se ha basado, principalmente, en la figura de la conspiración, que configura un elemento insoslayable de la teoría jurídica –pública y privada– del país norteamericano.

El fundamento jurídico “conspiración”, si bien está estrechamente ligado al derecho penal, tiene incidencia e impacto en otros ámbitos jurídicos como el civil o el mercantil⁴. Dicha conspiración, en términos generales, se produce en aquellos casos en los cuales dos o más personas se ponen de acuerdo para cometer un acto ilegal, o para cometer un acto legal que, en virtud de

4 KUMAR KATYAL, N. *Conspiracy Theory*. En *Yale Law Journal*. N.º 112, 2003, 1307 ss.

la pluralidad de personas involucradas, deviene ilegal⁵. En el marco penal, la conspiración requiere de la intención de cometer un acto que es punible en aplicación de dichas normas penales, mientras que la conspiración de carácter civil requiere de la “colegiatura” de dos o más agentes que con su cohesión en la puesta en marcha de un acto provocan lesiones a un tercero⁶.

La conspiración, como concepto jurídico, tiene un asidero penal de gran relevancia en Estados Unidos. Su configuración requiere de la conjunción de tres elementos cumulativos, a saber: (i) involucrar dos o más personas; (ii) girar en torno a un objeto ilícito o a un objeto lícito logrado mediante actos ilegales, y (iii) suscitar un acuerdo de los involucrados acerca del objeto y la ejecución de los actos necesarios de todos ellos para la obtención de dicho objeto. Así, las partes deben tener la intención de celebrar un acuerdo, pero del mismo modo, la intención de lograr el objeto que suscita la conspiración. La conspiración en términos penales, por tanto, no requiere de la consumación del delito, sino del acoplamiento de los tres criterios enunciados. Circunstancia contrapuesta a la conspiración de carácter civil, pues en esta última la sola concurrencia de los tres elementos esgrimidos no es suficiente, ya que requiere igualmente que la actuación conspiratoria dé lugar a daños y perjuicios.

El derecho norteamericano y su doctrina han realizado esfuerzos por unificar las mencionadas “figuras conspiratorias” –penal y civil. No obstante, las diferencias entre las materias en las cuales se desenvuelven son tan profundas que aquello no ha sido posible. Aspecto que genera ciertos “inconvenientes” en algunas disciplinas jurídicas que beben de ambas materias. Tal y como sucede con el derecho *antitrust*, que por el enfoque dual que incorpora –público y privado–, que conlleva a su vez que una infracción concurrencial pueda suponer consecuencias penales, administrativas y civiles⁷, requiere de la aplicación de los fundamentos de la conspiración en términos civiles (privados) y/o en términos penales –aplicados también por extensión al derecho administrativo sancionador– (públicos).

Así las cosas, la conspiración, como fundamento jurídico del derecho estadounidense, tiene una importancia manifiesta para la defensa de la libre competencia, pero su aplicación a un supuesto de hecho particular está condicionada a la “sede” en la cual se esté tomando una decisión. Aspecto que es preciso valorar, pues para que la conspiración suscite responsabilidades administrativas y/o penales involucradas con un ilícito *antitrust* será necesario que confluyan los tres criterios que valora la ciencia penal en materia

5 LEACH, T. *Civil Conspiracy: What's the Use?* En *Miami Law Review*. N.º 54, 1999, 1.

6 *Michael R. v. Jeffrey B.* Corte de Apelaciones de California, Second Appellate District, División Sexta. 2 de agosto de 1984.

7 De delimitación, por parte de un juez, de los daños y perjuicios causados por un ilícito anticoncurrencial.

de conspiración, mientras que para que provoque responsabilidades civiles requerirá de esos tres elementos, sumados a la generación de un daño.

Aplicando aquella idea al tema del presente artículo, es necesario manifestar que dicha premisa parece sugerir, en principio, que en los casos en los cuales un supuesto de hecho en materia de colusión involucre a uno o varios agentes ajenos al mercado, que a su vez desempeñan un papel importante en el acuerdo anticompetitivo constituido para falsear el mismo, la figura de la conspiración permite configurar responsabilidades penales con mayor sencillez que en el orden civil. Aspecto que no afecta en absoluto la capacidad del instrumento conspiración, pues aun así es el que permite facilitar la imposición de la consecuencia (sanción) a todos aquellos que estén involucrados con la infracción concurrencial, independientemente de si forman parte del mercado coludido, si son ajenos a él, si son instigadores de la conducta, instigados, cooperantes, o similares⁸. Esa es la interpretación que se le ha dado al tema en muchos de los estados del país norteamericano⁹ en los cuales se ha utilizado la conspiración civil para imponer una suerte de responsabilidad “expansiva” de naturaleza vicarial, a aquellos agentes conspiradores –cartelistas– que, de forma comprobada, hayan sido solidariamente responsables de los actos del otro.

El contacto entre la figura jurídica conspiración y el derecho de la libre competencia en Estados Unidos es inequívoco. Esto puede percibirse, además de en lo enunciado en el párrafo anterior, en la fusión de ambos conceptos desde los inicios del *antitrust* estadounidense. El *Sherman Act* de 1890 es prueba de ello, pues en su sección 1 emula conspiración y colusión, manifestando que la primera debe comprender un acuerdo, entendimiento o reunión de criterios entre por lo menos dos agentes competidores –o competidores potenciales– pensado para, o con el efecto de, restringir de forma no razonable el comercio¹⁰. Desde la aparición de la defensa de la libre competencia en el país norteamericano se entendió que combatir el comportamiento inmoderado de las empresas que mostraban proclividad a coludir, requería que la sanción o consecuencia no estuviese supeditada a que se hubiesen creado efectos nocivos en el mercado en razón del acuerdo, a que el pacto tuviese

8 LEACH. *Civil Conspiracy: What's the Use?*, cit., 1.

9 Así, *United States v. Hayter Oil Co.*, 51 F.3d 1265, 1270 (Sexto Cir. 1995), en la cual se determina de forma clara que no se requiere prueba del acto manifiesto, pues la prueba de que el investigado ha llegado a un acuerdo ilícito con conocimiento resulta suficiente. De relevancia, igualmente, *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150, 223-24 & n. 59 (1940); *Summit Health, Ltd. v. Pinhas*, 500 U.S. 322, 330 (1991), toda vez que la consecuencia nociva del acto conspiratorio no resulta tampoco necesaria, pues el daño potencial del acuerdo conspiratorio permite configurar el ilícito. Por lo que, incluso en casos de conspiraciones no exitosas, la sanción por la violación debe ponerse en marcha. Respecto de esta última idea, *United States v. Gravelly*, 840 F.2d 1156, 1161 (Cuarto Cir. 1988).

10 Resaltado por NICHOLS, B. y SCHMITT, E. *Antitrust Violations*. En MARCO COLINO, S. (ed.), *Cartels and Anti-Competitive Agreements*. Vol. 1. Abingdon: Routledge, 1999, 515 ss.

una naturaleza especial o que incorporase una serie de actos relevantes, sino a la propia existencia del acuerdo entre sus integrantes. Siendo aquella premisa, sumada a que la conspiración civil favorece la imposición de una responsabilidad vicarial a actores secundarios de la colusión, la que le da solución en Estados Unidos a la cuestión suscitada por la participación en un cartel de agentes ajenos al mercado coludido.

El asunto *Toys “R” Us* es un ejemplo idóneo de la dinámica descrita. En dicho asunto estuvieron relacionados diversos agentes presentes en el mercado de los juguetes, que se encontraban involucrados en escalones diferenciados de la cadena de valor. Así, por un lado tenía protagonismo en la cuestión el gigante detallista Toys “R” Us, y por el otro, diversos fabricantes de juguetes, cuyos productos tenían presencia en los puntos comerciales del primero.

La cuestión se suscitó porque, al parecer, a finales de los años setenta, Toys “R” Us se encontraba en máxima competencia con nuevos detallistas involucrados con dinámicas comerciales denominadas “Clubs”. Situación que le resultaba un tanto inédita, pues hasta dicho momento había gozado de cierta comodidad y de una fuerte posición en el mercado, favorecida por el hecho de que su competencia directa en los años previos la habían configurado grandes empresas como Walmart o K-Mart —que no ofertaban la variedad de productos de la empresa en cuestión— y tiendas de juguetes tradicionales que al tener un enfoque de negocio diferente no estaban interesadas en rebajar sus precios hasta equipararlos con los del gigante del comercio detallista.

Los mencionados Clubs “incomodaron” a Toys “R” Us, pues aquellos tenían un sistema de venta dirigido en exclusiva a sus socios, que además de pagar una cuota anual gozaban de precios muy bajos que los Clubs se podían permitir, en parte, gracias a que sus ingresos no estaban vinculados exclusivamente a las ventas de productos. Los precios de los juguetes en los Clubs —como el gigante Costco, que en aquel momento se encontraba emergiendo— eran bajos, y por ello nuevos clientes estaban incorporándose a su dinámica.

Para contener el impacto del efecto Clubs y de las promociones que estos dirigían a sus socios, Toys “R” Us estructuró un sistema para limitar la capacidad de los fabricantes de juguetes para ofrecer descuentos a aquellos Clubs. De tal modo, acudió a todos los mencionados fabricantes con la propuesta de que cesaran en dichos descuentos. Los fabricantes se mostraron proclives a hacerlo, siempre y cuando todos y cada uno de sus competidores hiciesen lo propio. Siendo esto lo que sucedió, de acuerdo a lo manifestado por el Séptimo Circuito de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos. Que entendió, igualmente, que Toys “R” Us facilitó una conspiración horizontal entre fabricantes de juguetes —sin ser uno de ellos— con el objetivo de “boicotear” a los Clubs —especialmente a Costco.

En ese sentido, el asunto *Toys “R” Us* tiene una estrecha relación con el tratamiento que en Estados Unidos se le da al criterio “conspiración”. Como

se observa, un agente detallista que no formaba parte del acuerdo propiamente dicho mediante el cual los fabricantes de juguetes eliminaron los descuentos a los Clubs, que no formaba parte de ese escalón de la cadena de valor, y que, por añadidura, no realizó ningún acuerdo con sus competidores, facilitó el acuerdo horizontal entre los mencionados fabricantes.

La referida conducta fue sancionada y remediada por la Federal Trade Commission, que entendió que Toys “R” Us había sido el agente crucial de una conspiración “Hub-and-spoke” en materia de *antitrust*, contraria a la Sección quinta del *Federal Trade Commission Act*. La mencionada consecuencia fue refrendada por el Séptimo Circuito de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos. En dichos fallos se aludió a que la condición de competidor directo de los demás miembros del pacto anticompetitivo no era esencial para determinar la membresía al cartel, pues claramente el detallista Toys “R” Us había tenido un papel esencial, de líder *–hub–* en el acuerdo, que justificaba con suficiencia las consecuencias y remedios que le habían sido impuestos a la empresa por parte la autoridad de competencia.

El Séptimo Circuito de la Corte de Apelaciones fundamentó aún más su decisión aludiendo al fallo de la Suprema Corte, del año 1939, *Interstate Circuit, Inc. v. United States*¹¹, en el cual se había presentado una situación similar. Así, en dicho caso una compañía de exhibición y proyección de cine logró, mediante una trama de notas *–que envió a compañías distribuidoras de cine–*, poner de acuerdo a estas últimas para que implementaran ciertos protocolos que hacían más difícil para otras compañías dedicadas a exhibir material filmográfico prosperar y obtener una mejor cuota de mercado. La conducta anticompetitiva aplicada al mercado no la llevó a cabo la compañía que escribió notas a todas las distribuidoras, y no tuvo participación directa en el plan, pero no por ello se vio excluida de la consideración de conspirador que le impusieron la Suprema Corte de Estados Unidos y el Tribunal de Primera Instancia, al observar una clara trama conspiratoria que involucraba *–en ejecución, participación, facilitación y determinación–* a participantes horizontales y verticales relacionados con el mercado del cine.

La conspiración configura, en ese sentido, un pilar fundamental de la defensa de la libre competencia estadounidense, que facilita extender el marco de acción y el impacto del *antitrust*, en sede pública y privada¹², a todos aquellos agentes *–participantes o no del mercado cartelizado–* que tengan un papel en el surgimiento del pacto anticompetitivo o en su consolidación.

11 306 U.S. 208 (1939).

12 Acerca de las dos facetas del *antitrust*, pública y privada, SOTO PINEDA, J. A. *Public enforcement y descentralización en la aplicación de las normas de libre competencia en la Comunidad Europea y en España*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

Fallos como el del caso *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*¹³ han profundizado en la figura conspiratoria desde el *antitrust*, manifestando que lo esencial para la imposición del remedio y la sanción no es exclusivamente el efecto del pacto en el mercado o las características de los participantes, sino la existencia misma del acuerdo —explícito o tácito—¹⁴. Postura que hace que los análisis acerca de si pueden ser sancionados o no como parte de un cartel aquellos agentes que no forman parte del mercado cartelizado se vean desvirtuados, ya que la dirección del *antitrust* estadounidense está escorada, claramente, a otorgarle prioridad al remedio y la sanción.

En ese sentido, a pesar de que en Estados Unidos se han alcanzado conclusiones similares a aquellas que se han cosechado en el marco de la defensa de la libre competencia de la Unión Europea, aquellas no han sido el sustento comparado que se ha empleado en el seno de la Comisión Europea y en los tribunales de la Unión Europea para fallar supuestos de hecho análogos. Circunstancia que se desarrolla en el apartado siguiente del presente texto.

1.2. La solución en el marco de la Unión Europea surgida de la sentencia AC-Treuhand AG

En el ámbito de la defensa de la libre competencia de la Unión Europea, la cuestión relativa a las consecuencias concurrenciales que pueden recaer en un cartelista no miembro del mercado coludido, no han formado parte del debate del *antitrust* europeo hasta el pasado reciente, en virtud de la aparición del asunto *AC-Treuhand AG*¹⁵.

El caso mencionado configuró el inicio de un debate en torno a la naturaleza de la vinculación de agentes no participantes en un mercado cartelizado, en un cartel creado para viciar el funcionamiento de aquel. Así, en el asunto en cuestión, una empresa consultora de nacionalidad suiza, denominada *AC-Treuhand AG*, asesoró a empresas involucradas en los sectores de esta-

13 Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica. Caso n.º 05-1126, decidido el 21 de mayo del año 2007.

14 En el fallo mencionado, la evaluación de la conspiración en materia de libre competencia se basó, principalmente, en determinar que el llamado “paralelismo consciente” entre empresas de un mismo mercado no es suficiente para comprobar la existencia de una conspiración entre empresas, independientemente de si forman parte del mismo escalón de la cadena de valor o no. De acuerdo a la Corte Suprema de Estados Unidos, las empresas tienen capacidad para elegir poner en práctica acciones similares en la persecución de su objetivo independiente y racional, propio. Se necesitan, por tanto, pruebas adicionales que permitan sustentar la conspiración y que eliminen completamente la posibilidad de que las empresas inmersas en el supuesto de hecho concreto hayan actuado independientemente. Ver, al respecto, los siguientes fallos emitidos en Estados Unidos: *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150, 223-24 & n. 59 (1940), *United States v. Gravelly*, 840 F.2d 1156, 1161 (Cuarto Cir. 1988), *United States v. MMR Corp.*, 907 F.2d 489, 495 (Quinto Cir. 1990), *Summit Health, Ltd. v. Pinhas*, 500 U.S. 322, 330 (1991), *United States v. Hayter Oil Co.*, 51 F.3d 1265, 1270 (Sexto Cir. 1995).

15 TJUE. Sentencia de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14.

bilizadores de estaño y del aceite epoxidado de soja y de los ésteres (en lo sucesivo, sector ESBO/ésteres)¹⁶ para la consolidación de dos carteles dirigidos a coludir en los dos mercados involucrados.

La empresa consultora AC-Treuhand AG, de acuerdo a los méritos del caso, se encargó de la convocatoria, gestión y desarrollo de reuniones entre participantes de los dos mercados mencionados previamente, alentándoles a llegar a acuerdos que favoreciesen el cumplimiento de sus respectivos objetivos empresariales –dentro del sector. AC-Treuhand AG, a cambio, recibió remuneraciones por dichas actividades. Razón por la cual la Comisión Europea, tras realizar una investigación acerca de la implicación de la consultora en los carteles formados en los sectores de estabilizadores de estaño y ESBO/ésteres, decidió imponerle dos multas económicas de hasta € 174.000.

Así las cosas, de acuerdo a la perspectiva de la máxima autoridad de competencia comunitaria¹⁷, el comportamiento de la consultora AC-Treuhand AG configuraba una infracción al artículo 81 del Tratado constitutivo de la Unión Europea –actual art. 101 TFUE– y al artículo 53 (1) del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, pues la conducta de la empresa se ajustaba apropiadamente a los criterios esgrimidos en dichas normas como contrarios al ideario *antitrust*: participar en el objetivo que persigue el cartel, conocer la existencia del mismo, o preverlo. Tal y como sucedió en el caso en cuestión, pues AC-Treuhand AG participó en dos conjuntos de acuerdos y de prácticas concertadas anticompetitivas, al encargarse de organizar reuniones, participar activamente en ellas en busca de acuerdos, comunicar datos, así como hacer de moderador en circunstancias de tensión.

Tras la decisión sancionatoria de la Comisión Europea, AC-Treuhand AG solicitó la anulación de la Decisión C (2009) 8682 final. Suplicando, en defecto de la primera pretensión, la reducción de las multas que le habían sido impuestas en atención a los dos sectores económicos involucrados, arguyendo que la prohibición de colusión en la Unión Europea (art. 81 CE –actual 101–) hacía referencia exclusivamente a las partes del acuerdo, y no, como la Comisión Europea lo había entendido, a agentes que pudiesen estar involucrados en condición de cómplices. La Sala Tercera del Tribunal General de la Unión Europea (en adelante, TJUE) se hizo cargo de la cuestión, confirmando en su sentencia la postura de la máxima autoridad de competencia comunitaria y desestimando en su totalidad el recurso. Razón por la cual AC-Treuhand AG solicitó, tras dicha sentencia, la anulación de esta última, en recurso de casación, argumentando que no se había presentado infracción por su parte del artículo 81 CE –y por consiguiente tampoco del 101– pues

16 Atendiendo a lo determinado al respecto en la sentencia en cuestión, del TJUE.

17 En su resolución al respecto, de 11 de noviembre de 2009, Decisión C (2009) 8682 final.

el ámbito subjetivo de la norma no incorporaba supuestos de complicidad. Lo que provocaba, desde su óptica, una violación al principio de legalidad.

El TJUE determinó que la cuestión conllevaba la necesidad de confrontar una problemática jurídica concreta. Así, en el párrafo 27 de la sentencia señaló que el artículo 81 CE abarca las prácticas acometidas por el asesor, pues “no hay nada en la redacción de esta disposición que indique que la prohibición que establece se refiera únicamente a las partes en tales acuerdos o prácticas concertadas que operen en los mercados afectados por éstos”¹⁸¹⁹.

Por ello, el Tribunal consideró a la recurrente, autora del acuerdo anticompetitivo prohibido por el artículo 81 CE, en virtud de una profunda interpretación jurisprudencial que realizó de la expresión “acuerdo”. Así, en dicha evaluación, extrajo, que aquel término hacía referencia, en exclusiva, a la voluntad concordante de al menos dos partes. No excluyendo del ámbito subjetivo a agentes ajenos al mercado coludido que hubiesen estado implicados en alguna faceta del mismo.

En ese sentido, a propósito del concepto de “acuerdo”, el Tribunal continuó su argumentación manifestando que aquel criterio debía distinguirse de los conceptos (i) de práctica concertada y (ii) de decisión de asociación de empresa, principalmente, en lo alusivo al grado de implicación de las empresas en un acuerdo anticompetitivo concreto²⁰. Configurando, no obstante, todas aquellas expresiones diversas formas de colusión. En todo caso, el Tribunal determinó que AC-Treuhand AG participó de la infracción, pues “intentó contribuir con su propio comportamiento a los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y tenía conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos –o podía de forma razonable haberlos previsto, estando dispuesta a asumir el riesgo–”²¹.

A pesar de la idoneidad de los argumentos del Tribunal de Justicia y de las decisiones precedentes –de la Comisión y del mismo Tribunal– en las cuales aquel fundamentó su razonamiento en la sentencia *AC-Treuhand AG*,

18 “Véanse, en este sentido, las sentencias LTM, 56/65, EU:C:1966:38, p. 358; Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, EU:C:1966:41, pp. 492 y 493; Musique Diffusion française y otros/Comisión, 100/80 a 103/80, EU:C:1983:158, apartados 72 a 80; Binon, 243/83, EU:C:1985:284, apartados 39 a 47, y Javico, C-306/96, EU:C:1998:173, apartados 10 a 14”.

19 TJUE. Sentencia de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14, párr. 26.

20 Valiosos los comentarios al respecto que se encuentran en el párrafo 32 de la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14, así como en los apartados 33 y 34 de la misma.

21 Véanse, en este sentido, las sentencias del TJUE de 8 de julio de 1999, *Comisión/Anic Participazioni*, asunto C-49/92 P, apdos. 86 y 87; y de 7 de enero de 2004, *Aalborg Portland y otros/Comisión*, asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, apdo. 83. Del mismo modo resultan relevantes en materia probatoria las sentencias del TJUE de 8 de julio de 1999, *Hüls/Comisión*, asunto C-199/92 P, apdo. 155, y *Comisión/Anic Participazioni*, asunto C-49/92 P, apdo. 96.

la realidad es que en ninguno de los casos previos se estaba en presencia de una situación tan particular como aquella que suscitaba que un no agente del mercado participase en una colusión de dicho mercado particular. Y es que en ninguno de ellos las empresas sancionadas operaban en mercados distintos del coludido. En todo caso, la similitud principal se presentaba con asuntos como *Musique Diffusion française y otros/Comisión*²², *Binon*²³, y *Javico*²⁴, en los cuales las empresas operaban en distintas fases de un mismo mercado. A pesar de ello, el Tribunal estableció un vínculo atendiendo a la posibilidad de ser parte de un cartel, de forma pasiva, mediante la participación en las reuniones que conllevasen/facilitasen la concreción de las prácticas anticoncurrenciales concertadas. Así, el TJUE se limitó a considerar irrelevante que el actor de una infracción pudiese ejercer presión para restringir la competencia de forma efectiva²⁵, y estimó que la mera participación pasiva en reuniones cuyo fin fuese restringir la competencia²⁶ era –y es– suficiente para ser considerado autor de una infracción del artículo 81 CE²⁷.

Tras observar de forma detenida el artículo 81 CE –actual 101– queda claro, de acuerdo a la perspectiva de los autores del presente texto, que el ámbito subjetivo de la norma no adhiere restricciones para conllevar la aplicación del derecho administrativo sancionador en materia de competencia a agentes de un cartel que no formen parte del mercado coludido. Por lo que la postura del TJUE parece adecuada en el marco de la sentencia *AC-Treuhand AG*.

No obstante aquello, en las conclusiones del Abogado General (en lo sucesivo, AG) Nils Wahl al asunto en cuestión²⁸ se observa un distanciamiento frente a la perspectiva defendida por el TJUE. Así, el AG propuso anular la sanción impuesta a la *AC-Treuhand AG*, pues desde su óptica la cuestión

22 TJUE. Sentencia de 7 de junio de 1983, *Musique Diffusion française y otros/Comisión*, asuntos acumulados 100/80 a 103/80, apdos. 72 a 80.

23 TJUE. Sentencia de 3 de julio de 1985, asunto 243/83, apdos. 39 a 47.

24 TJUE. Sentencia de 28 de abril de 1988, asunto C 306/96.

25 Desde el mismo mercado. Así, el párrafo 33 de la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14, en el cual el fallador determina que de la jurisprudencia del mismo órgano y de los fallos en materia de competencia emitidos por la máxima autoridad de competencia comunitaria “no se deriva que los conceptos de ‘acuerdo’ y de ‘práctica concertada’ presupongan una limitación recíproca de la libertad de acción en un mismo mercado en el que operen todas las partes”.

26 A este respecto, el TJUE ha declarado, en particular, que los modos pasivos de participación en la infracción, como la presencia de una empresa en reuniones en las que se concluyeron acuerdos con un objeto contrario a la competencia, sin oponerse expresamente a ellos, reflejan una complicidad susceptible de conllevar responsabilidades al tenor del artículo 81 CE, apartado 1. En ese sentido, resultan de importancia los comentarios que realizó el mismo Tribunal en la sentencia de 28 de junio de 2005, *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*, asuntos acumulados C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, apartados 142 y 143.

27 Párrafos 31 y siguientes de la sentencia *AC-Treuhand AG*, con especial atención al párrafo 36.

28 Presentadas el 21 de mayo de 2015. ECLI:EU:C:2015:350.

relativa a no formar parte del mercado coludido debía ser atendida en mayor proporción.

Al respecto, el AG concluyó que el artículo 81 CE se considera infringido siempre y cuando “la persona o entidad perseguida –pueda ejercer–, en circunstancias normales, una presión competitiva (*‘competitive constraint’*) sobre los operadores presentes en el mercado, presión que puede ser eliminada o reducida mediante actos de colusión”²⁹. En este sentido, el AG determina que no queda demostrado que la asesora ejerciese dicha presión y que por lo tanto,

... por muy generales que sean los términos recogidos en el Tratado, no pueden quedar comprendidos en la prohibición prevista en el art. 81 CE, apartado 1, los acuerdos que, en sí mismos, no tengan por objeto o por efecto restringir la competencia, sino que se refieren a la prestación de servicios encaminados a permitir que las partes de un acuerdo restrictivo de la competencia puedan adoptar conductas ilegales³⁰.

Así las cosas, de conformidad con la interpretación del AG, no basta tener la intención de restringir la competencia, pues es necesario también poseer la capacidad efectiva de llevar a cabo esta restricción. Por lo que, en atención a su postura, no debería considerarse a AC-Truhand AG autora de infracción alguna al artículo 81 CE.

El AG lleva su valoración un poco más allá y determina que, no pudiendo ser autora, es necesario determinar si AC-Truhand AG podría ser considerada cómplice en virtud de haber prestado consejo y haber asistido a las empresas en la creación y consolidación de las prácticas concertadas involucradas –y, por lo tanto, si podría ser sancionada. Al respecto, el AG afirmó que “la complicidad abarca cualquier contribución a la comisión de una infracción, en particular, mediante una ayuda o asistencia a su autor”³¹, por lo que encuadrar los comportamientos de AC-Truhand AG –reuniones, distribución de información, etc.– no comporta mayor dificultad. Conllevando así, *a priori*, que dicha condición de cómplice en el caso en cuestión exista.

No obstante, el AG defiende, a continuación, que el artículo 81 CE –actual 101 TFUE– no incorpora en su ámbito subjetivo a cómplices, partícipes, cooperantes o agentes ajenos al mercado cartelizado. Por lo que, para ser objeto de consecuencias de derecho administrativo sancionador en materia de competencia, es necesario ser cartelista miembro del mercado coludido. Al no existir en la ley una determinación taxativa a este respecto, de acuerdo al AG, no es posible sancionar a aquellos que han hecho las veces de colaboradores, y por lo tanto no debe sancionarse a la empresa AC-Truhand AG.

29 Conclusiones del AG en el asunto C-194/14 P, *AC-Treuhand AG*, párr. 62.

30 *Ibíd.*, párr. 70.

31 *Ibíd.*, párr. 79.

La inexistencia de apartados concretos en la normativa de la Unión Europea que aludan a la figura del cómplice, de acuerdo a los argumentos del AG, ensombrecen la capacidad de sancionar a agentes “consultores” como AC-Truhand AG. La distinción entre autor y cómplice es propia del derecho penal, y de forma general, en el marco de la Unión Europea, no suele hacerse extensiva al ámbito administrativo –y por lo tanto al derecho de la competencia–, pues esto significaría combinar el nivel nacional y el comunitario. Así, en la Unión Europea, de acuerdo al AG, aquello no es posible, muy a pesar de que, en algunos países miembros, a nivel interno, haya ocurrido. A saber, en el Reino Unido, donde la colusión configura un delito aplicable a personas físicas; en Holanda, donde la figura del facilitador ha sido sancionada en materia concurrencial³²; y en Francia, donde existen precedentes de sanción administrativa a profesionales del derecho por prestar un asesoramiento jurídico relacionado con prácticas concertadas³³.

El AG alude a la cuestión relativa a que la norma europea no incorpora la figura del cómplice, ni figura análoga que permita sancionar a un agente que no sea empresa del sector coludido, y la emplea en la estructuración de sus conclusiones, incluyendo argumentos que incorporan análisis de naturaleza económica. Aunque, no obstante, la mayor parte de dichos razonamientos están dirigidos a retornar a un debate acerca de si las normas deben ser detalladas y especiales para lograr cumplir sus objetivos, o si las mismas, al ser de carácter general, también incorporan dicha capacidad y eficacia con base en su posible interpretación y aplicación a supuestos de hecho concretos que se susciten en el tráfico jurídico. Los argumentos del AG son, por tanto, una invitación transversal a que las normas jurídicas se conviertan en un catálogo prolijo de condicionantes, circunstancias y complementos, que, de acuerdo a su perspectiva, permitirán al fallador emitir decisiones, al margen de toda duda. Premisa en cualquier caso controvertida, pues no puede olvidarse que las fuentes del derecho han demostrado que las normas jurídicas que adhieren mayor detalle no son necesariamente las más eficaces, o las de mayor vocación de permanencia, ya que el dinamismo social implica que, con el objetivo de no entrar continuamente en dinámicas legislativas, las normas deban ser amplias y dinámicas, capaces de ser aplicadas a múltiples supuestos análogos, sin importar las características intrínsecas de aquellos casos propiamente dichos.

32 En virtud de que la Autoriteit Consument & Markt –previamente denominada Nederlandse Mededingingsautoriteit–, como máxima autoridad de competencia holandesa, sancionó en junio del año 2009 a una empresa de ingeniería, por el papel que había tenido, como facilitadora, en un cartel en el sector de la pintura. Holanda. Authority for Consumers & Markets, en: <https://www.acm.nl/en/publications/publication/6749/NMa-fines-two-cartels-in-agricultural-industry/>

33 Así, la sentencia de la Cour d’appel de Paris del 26 de septiembre de 1991, en la cual, en consonancia con el artículo L. 420.1 del *Code de commerce*, no se establece como condición para su aplicación que las partes sean empresas (ya que pueden ser personas físicas).

2. EN COLOMBIA SE SANCIONAN CUATRO TIPOS DE CARTELES, EN FUNCIÓN DE LA NOCIÓN DE “EMPRESA”

Tal y como se ha manifestado previamente, los carteles son una de las mayores preocupaciones del régimen de protección de la libre competencia. El esquema que usualmente viene a la mente cuando se piensa en un cartel corresponde a un conjunto de empresas que desarrollan una misma actividad económica y acuerdan alterar el precio, la calidad del producto, se reparten mercados o afectan cualquier otra variable competitiva (“carteles horizontales”).

En el ámbito colombiano, en ese esquema entrarían casos como los acuerdos entre prestadores de servicios de transporte aéreo³⁴; los acuerdos entre productores de pañales³⁵; los acuerdos entre productores de cuadernos³⁶; los acuerdos entre ingenios azucareros³⁷; los acuerdos entre cementeras³⁸, y también los acuerdos que se celebran entre proponentes para defraudar al Estado en las licitaciones públicas³⁹.

No obstante, como se pasa a explicar, frente a la legislación colombiana y la doctrina de la autoridad de competencia, el esquema que se acaba de describir no es el único a partir del cual se puede conformar un cartel. En Colombia hay una definición legal aplicable para los acuerdos anticompetitivos, así: “Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas” (art. 45 del Dcto. 2153 de 1992).

Al respecto hay (por lo menos) dos posturas en cuanto a los sujetos que pueden ser miembros de un cartel a la luz de la legislación colombiana: según la primera postura, a la que puede llamarse postura dominante, cuando la ley exige la presencia de “dos o más empresas”, en realidad se refiere a “dos o más voluntades”, sin ninguna otra exigencia respecto de la naturaleza jurídica de los cartelistas, o respecto de que todos los cartelistas ejerzan una misma actividad.

En las páginas subsiguientes se evidencia cómo, al amparo de esta postura, en Colombia se han reprochado cuatro tipos de cartel: 1. Cartel horizontal, es decir, uno en el que los cartelistas desarrollan una misma actividad; 2. Cartel vertical, en el que el acuerdo es celebrado por empresas que participan en diferentes niveles de una misma cadena de valor; 3. Cartel celebrado por sujetos que (i) ni desarrollan una misma actividad económica, (ii) ni hacen

34 Cfr. sic. Resolución 36903 de 2001 (archivo).

35 Cfr. sic. Resolución 43218 de 2016 (sanción).

36 Cfr. sic. Resolución 90560 de 2016 (sanción).

37 Cfr. sic. Resolución 38467 de 2007 (aceptación de garantías).

38 Cfr. sic. Resolución 34804 de 2005 (aceptación de garantías), Resolución 26360 de 2006 (declara incumplimiento de garantías), Resolución 49141 de 2013 (apertura).

39 Cfr. sic. Resolución 68972 de 2013 (sanción caso Nule - Bienestarina), Resolución 68967 de 2013 (sanción caso Nule - hogares).

parte de la misma cadena de valor; y 4. Cartel celebrado de una parte por empresas, y de otra parte por sujetos que no desarrollan ninguna actividad económica en el mercado⁴⁰.

La segunda postura, a la que cabe denominar postura débil, identifica la expresión legal “dos o más empresas” con “dos o más sujetos que desarrollen actividades mercantiles”. Más adelante se evidencia también cómo, al amparo de esta lectura, se han dejado de sancionar acuerdos en los que, por ejemplo, los cartelistas ejercen una profesión liberal (v.gr., médicos) y, por tanto, no entran en la definición de empresa.

El propósito del presente título es presentar un grupo de argumentos que conducen a concluir que ni en la legislación colombiana, ni en las decisiones de su autoridad de competencia, se ha exigido que todos los miembros de un acuerdo desarrollen una misma actividad económica para que puedan ser sancionados. Por el contrario, se ha creado un abanico de posibles carteles, en función de sus miembros, que podrían ser sancionados por la autoridad.

2.1. La normatividad que regula los acuerdos anticompetitivos en Colombia

En el régimen general de protección de la competencia en Colombia existen dos cuerpos normativos relevantes para el presente escrito: la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992.

En atención a dicho sustento normativo, en 2017 la Corte Constitucional realizó un examen de constitucionalidad del artículo 1.º de la Ley 155 de 1959, en su sentencia C-032 de 2017, y señaló que la definición prevista en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 sobre lo que se consideraba un “acuerdo” servía para entender el alcance de la prohibición contemplada en la Ley 155 de 1959. Por tanto señaló que, para configurar un acuerdo anticompetitivo de aquellos que prohíbe el artículo 1.º de la Ley 155 de 1959, deben concurrir “dos o más empresas”, en el sentido determinado por el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, que definió el acuerdo como “[t]odo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”.

En el entendimiento de la Corte Constitucional, la mencionada definición de acuerdo configura un planteamiento informativo que ejerce influencia e “informa” a las distintas disposiciones sobre protección de la competencia en Colombia. Y así, por lo tanto, a la Ley 155 de 1959 y a las prohibiciones establecidas en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, previamente aludido. Criterio que influencia la argumentación que se desarrolla en los apartados subsiguientes.

40 Estos últimos, en contravía de la posición mayoritaria en la Unión Europea. Cfr. JONES, A. y SUFRIN, B. *EU Competition Law*. 4.ª ed. New York: Oxford University Press, 2011, 127.

2.2. La postura dominante: cuatro tipos de carteles

A continuación se esgrimen los argumentos preeminentes que permiten determinar los caracteres que en Colombia se han articulado, de forma dominante, y en atención a la normas enunciadas, para darle solución –transversalmente– a la cuestión en torno a la cual gira el presente texto: la referida al no competidor miembro de un cartel.

2.2.1. Pronunciamientos de la Superintendencia de Regulación Económica

Al amparo de la redacción original de la Ley 155 de 1959, la Superintendencia de Regulación Económica⁴¹ (en lo sucesivo, SRE) investigó y sancionó carteles horizontales⁴² y verticales⁴³, sin que en ninguna de sus decisiones se hubiese señalado que un requisito de la ley fuese que todos los cartelistas desarrollasen una misma actividad económica.

Si bien la SRE no hizo un listado exhaustivo de requisitos previstos para la estructuración del acuerdo anticompetitivo, se desprende de sus decisiones que no se excluyó la posibilidad de reprochar un acuerdo conformado por sujetos que desarrollaran actividades económicas diferentes.

Asimismo, en el caso del cartel en el mercado de pieles crudas⁴⁴, se concluyó que una corporación (persona sin ánimo de lucro) era miembro del cartel. Lo que evidencia que la SRE no consideraba que fuera un elemento imprescindible que los cartelistas tuvieran ánimo de lucro, o que desarrollaran actividades mercantiles.

41 Agradecimientos especiales a Andrés Palacios Lleras y Juan David Gutiérrez por el esfuerzo de investigación para conseguir estas decisiones anteriores a 1992 y hacerlas públicas.

42 En la cual determinó que en la ley se prohibían los “monopolios colectivos horizontales”, derivados de los convenios entre varias empresas que fabrican una misma clase de mercancías para eliminar la competencia entre sí. Bajo ese entendimiento, investigó a fábricas de oxígeno, así como a fábricas de fósforos o cerillas, en ambos casos por acordar precios y por asignar cuotas de producción. Según esa primera lectura, el cartel solo podría estar conformado por empresas dedicadas a la misma actividad económica. Pero esa no fue la única lectura de la ley antimonopolios de 1959. Cfr. SRE. Resolución 001 de 1963 y Resolución 011 de 1963 (oxígenos); Resolución 010 de 1963 y Resolución 017 de 1963 (cerillas o fósforos).

43 La entonces SRE investigó y sancionó un cartel en el mercado de pieles crudas del país, conformado por (a) los productores: cinco empresas curtidoras que representaban el 90% del mercado; (b) una persona sin ánimo de lucro en la cual se agruparon esos cinco productores (la Corporación Nacional del Cuero), y (c) cinco firmas compradoras, que fungían como intermediarios entre los productores y los procesadores de cuero. Bajo esta segunda lectura, el acuerdo que se reprochó involucraba a empresas que desarrollaban distintas actividades en varios eslabones de la cadena de valor y una persona sin ánimo de lucro. Cfr. SER. Resolución 005 de 1961.

44 Cfr. SRE. Resolución 005 de 1961.

2.2.2. Pronunciamientos de la Superintendencia de Industria y Comercio (sic)

La sic ha sostenido que son elementos de un acuerdo los siguientes: (i) la pluralidad de empresas (“dos o más empresas”); (ii) la existencia de un acuerdo, en cualquiera de sus cinco modalidades, y (iii) que tenga “por objeto” o “como efecto” alguno de los enlistados en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Se pasa a explicar los dos primeros elementos, en lo que es relevante para el presente escrito.

2.2.2.1. Pluralidad de empresas (“dos o más empresas”)

Cuando en la norma se requiere la presencia de dos o más empresas, la sic ha hecho distintas lecturas: en algunos casos ha entendido por empresa una “unidad de explotación económica”⁴⁵, como “actividad económica organizada”⁴⁶, y, como se pasa a exponer, en otros casos simplemente ha exigido la presencia de dos voluntades distintas, sin importar siquiera si los miembros del cartel desarrollan o no una actividad económica.

A continuación se procede a señalar cuándo se está en presencia de “dos o más empresas”, para poder conformar un cartel.

2.2.2.1.1. “Dos o más empresas”: no se exige que los miembros del acuerdo desarrollen una misma actividad

Existiendo dos voluntades diferentes, ahora procede determinar si esas empresas deben desarrollar una misma actividad económica, para que se configure un cartel. Al respecto, en innumerables casos, la sic ha sostenido que puede haber un cartel entre empresas dedicadas a actividades diferentes, de los cuales destacamos los siguientes.

a. Caso *Corabastos*

En 2001, la sic sancionó un acuerdo celebrado entre (i) tres distribuidores de cebolla larga y (ii) la Corporación de Abastos de Bogotá S.A. (Corabastos), que no desarrollaba la actividad de distribución de cebolla larga⁴⁷.

45 Al respecto, la sic ha señalado que “la noción de empresa en el contexto del derecho de la competencia, se entiende como una unidad de explotación económica”. Cfr. sic. Resolución 36903 de 2001. Esa definición se corresponde, textualmente, con la definición de empresa que trae el Código Sustantivo del Trabajo (art. 194).

46 Cfr. sic. Resolución 8233 de 2001. Esta definición corresponde a la del Código de Comercio (art. 25).

47 Cfr. sic. Resolución de 21 de marzo de 2001.

Cabe destacar que Corabastos era una sociedad de economía mixta⁴⁸ que no fue creada para producir, distribuir, comercializar ni transformar frutas y verduras. Fue creada para “facilitar la distribución al mayoreo de productos alimenticios”⁴⁹, en su rol como administrador de las bodegas para la comercialización de frutas y verduras en una central de alimentos para la capital del país.

No obstante no desarrollar la misma actividad, tanto Corabastos como los distribuidores de cebolla fueron sancionados por la autoridad de competencia, por incurrir en la infracción del artículo 47 numerales 3 y 8 del Decreto 2153 de 1992.

b. Caso *Lonjas de Propiedad Raíz*

Cuatro inmobiliarias y la Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá fueron sancionadas por la sic por un acuerdo que recaía sobre las tarifas que las inmobiliarias cobrarían por sus servicios.

En este caso⁵⁰, la sic dejó claro que un gremio, a pesar de no desarrollar la misma actividad económica que sus afiliados, ni tampoco estar en la misma cadena de valor (pues no produce ningún insumo que reciba otro eslabón para transformarlo)⁵¹, sí puede tener el carácter de miembro de un cartel, pues en la ley se exigen “dos o más agentes económicos”.

c. Caso *Icontec*

La sic investigó al Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación (Icontec) y a 10 empresas que eran miembros de Icontec, por la presunta violación del Decreto 2153 de 1992, artículo 47 numeral 6.

Según aparece en la decisión de la sic, Icontec era una entidad privada, sin ánimo de lucro, integrada por la asociación voluntaria de productores y consumidores. Y, dentro de sus funciones, incluía la de elaborar normas técnicas que sean convenientes para el desarrollo industrial del país.

En dicha investigación, la sic determinó que el requisito de bilateralidad se cumple con la presencia de “por lo menos *dos o más sujetos* [...] independientemente de su naturaleza o formalización”⁵².

48 Según escritura pública 0385 de 2001.

49 Cfr. sic. Resolución 8233 de 2001.

50 Cfr. sic. Resolución 6111 de 2000.

51 La sic ha entendido que “las compañías están ubicadas en una misma cadena de valor [...] si [concurren dos requisitos], [...] que la actividad [se constituya] como *un input de la actividad principal*, y que la actividad *le agregue valor al producto final de manera sucesiva*”. Cfr. sic. Guía de análisis de integraciones empresariales. Resolución 553 de 2013. Concepto 12-058692- -00001-0000.

52 Cfr. sic. Resolución 39016 de 2002.

Nótese entonces que Icontec no desarrollaba la misma actividad económica que sus afiliados, ni tampoco era parte de una misma cadena de valor con los mismos. Para la SIC, eso no fue óbice para investigarlo como miembro del cartel.

d. Caso SMG y las empresas de vigilancia privada

La SIC investigó entre 2015 y 2017 a ocho personas jurídicas y treinta y dos personas naturales por el “cartel de la seguridad privada”⁵³. En ese caso se imputó la infracción del artículo 47, numeral 9, del Decreto 2153 de 2009, correspondiente a la prohibición de coludir en licitaciones y concursos, así como la violación de la prohibición general.

De esas ocho empresas, (i) siete desarrollaban la actividad económica de prestación de servicios de seguridad y vigilancia privada, y (ii) una no participaba prestando esos servicios. Esta última era SMG.

En la versión de algunas de las personas investigadas⁵⁴, SMG era una consultora que se encargaba de prestar “servicios logísticos a diversas empresas”, de orden meramente administrativo. Así, para la SIC⁵⁵ fue indiferente desde la misma apertura de investigación que SMG desarrollara o no la misma actividad que los demás cartelistas, para imputar la realización de un acuerdo anticompetitivo. En este caso, el requisito de “dos o más empresas” fue leído como dos o más voluntades: un acuerdo “tiene como primer presupuesto la existencia de *al menos dos voluntades diferentes*”⁵⁶.

2.2.2.1.2. “Dos o más empresas”: ni siquiera se exige que todos los miembros del cartel desarrollen alguna actividad económica

Si lo anterior no fuera suficientemente explicativo, la SIC se ha pronunciado respecto de carteles en los que participan sujetos que no desarrollan ninguna actividad económica.

A este respecto, consistente con la lectura realizada en otras jurisdicciones⁵⁷, la SIC ha señalado expresamente que para el régimen de competencia las entidades en ejercicio de funciones públicas no desarrollan una actividad económica, pero que pueden afectar el desarrollo de una actividad económica⁵⁸.

Aun así, en opinión de la SIC, una entidad que ejerce funciones públicas y que, por ende, no desarrolla una actividad económica, sí puede ser miembro de un cartel⁵⁹. Esa tesis fue fortalecida en el año 2017, al señalar:

53 Cfr. SIC. Resolución 2065 de 2015.

54 Cfr. SIC. Resolución 19890 de 2017, 84.

55 Cfr. *ibíd.*

56 Cfr. *ibíd.*

57 Cfr. JONES y SUFRIN. *EU Competition Law*, cit., 127.

58 Cfr. SIC. Resolución 25036 de 2014, caso UAESP.

59 Cfr. SIC. Resolución de 28 de diciembre de 2001.

... un determinado oferente interesado en ser el ganador en un proceso de selección contractual del Estado, puede ofrecer incentivos (sobornos o coimas) a uno o varios funcionarios públicos, para diseñar las condiciones del concurso, manipular su trámite, o amañar su resultado y, por esta vía, hacerse al contrato de su interés en clara violación de la libre competencia. Así, *la corrupción de funcionarios públicos se asemeja más a un acuerdo vertical, dada la relación entre el funcionario, como representante del comprador (entidad pública)[,] y el oferente*⁶⁰.

2.2.3. Comentarios conclusivos acerca de la postura dominante

De los anteriores pronunciamientos se extrae que cuando en la norma se exige la presencia de “dos o más empresas”, cobija los supuestos que aparecen en el siguiente cuadro.

TIPO DE CARTEL	ALCANCE DE “DOS O MÁS EMPRESAS”	ALGUNAS DECISIONES QUE ADOPTARON ESA POSTURA
Horizontal: los cartelistas desarrollan la misma actividad económica	Dos o más “unidades de explotación económica”. Dos o más “actividades económicas organizadas”.	1963: fábricas de oxígeno 1963: fábricas de fósforos o cerillas 2006: cementeras 2013: acuerdos entre proponentes de licitaciones
Vertical: los cartelistas están en la misma cadena de valor	Dos o más “unidades de explotación económica”. Dos o más “actividades económicas organizadas”.	1963: cartel de pieles crudas
Los cartelistas no tienen que desarrollar una misma actividad económica	Dos o más “agentes económicos”. Dos o más “sujetos”. Dos o más “voluntades diferentes”.	1999: Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá e inmobiliarias 2001: Corabastos y distribuidores de cebolla 2002: Icontec y otras empresas 2017: seguridad privada
No todos los cartelistas tienen que desarrollar una actividad económica	Dos o más sujetos, uno de ellos siendo servidor público en ejercicio de funciones públicas.	2001: Sercopav 2017: Ruta del Sol 2

La diferenciación entre cada uno de los cuatro tipos de cartel depende de qué lectura le ha dado la sic al requisito de dos o más “empresas”. De los pronunciamientos reseñados surgen supuestos en los cuales “empresa” es sinónimo de “actividad económica organizada” (definición del Código de

60 Cfr. sic. Resolución 5216 de 2017.

Comercio), así como también casos en que “empresa” es sinónimo de “voluntad” o incluso “sujeto”, lo cual amplía el alcance respecto de quién puede ser parte de un cartel.

Entonces, bajo la lectura que la SIC ha dado sobre quiénes pueden ser miembros de un acuerdo anticompetitivo, ni siquiera se exige que las partes tengan que desarrollar una actividad económica. Por sustracción de materia, se puede concluir que no es un requisito que todos los miembros de un acuerdo tengan que desarrollar una misma actividad económica.

2.3. La postura débil

Una vez expuestos los fundamentos de la postura dominante, tiene igualmente valor esgrimir algunos criterios que influyen en Colombia el tema central del presente documento, en el interior de la SIC, con algo menos de asiduidad.

2.3.1. Por la definición de “empresa”

Es cierto que el ámbito de aplicación de la ley de competencia, en términos generales, excede la noción de empresa. Para explicar este punto, se señala que el régimen de competencia es aplicable a “todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica”⁶¹.

Así, existen varios antecedentes en los que la autoridad de competencia se ha pronunciado respecto de ministerios⁶², entidades del nivel nacional en ejercicio de funciones públicas⁶³, entidades del nivel territorial en ejercicio de funciones públicas⁶⁴, empresas industriales y comerciales del Estado⁶⁵ y sociedades de economía mixta⁶⁶.

Pero nótese que ese es el ámbito de aplicación de la Ley 1340 de 2009, el cual abarca mucho más que solo “acuerdos”. Y, para lo que corresponde a “acuerdos”, el alcance se limitó a que se celebren entre dos o más “empresas”. A ese respecto, la SIC ha señalado:

... la noción de empresa contenida en el artículo 25 del estatuto mercantil, contempla dos acepciones: la primera, define a la empresa como una actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, adminis-

61 Ley 1340 de 2009, art. 2.

62 Cfr. SIC. Resolución 80847 de 2015, caso Azúcar.

63 Cfr. SIC. Resolución 5216 de 2017, caso Odebrecht.

64 Cfr. SIC. Resolución 25036 de 2014, caso UAESP.

65 Cfr. SIC. Resolución 04285 de 2002, caso SATENA. Resolución 23621 de 2015, caso SERVICIUMAD.

66 Cfr. SIC. Resolución 8233 de 2011, caso CORABASTOS.

tración y custodia de *bienes*. La *segunda*, concibe a la empresa como la *actividad económica organizada para la prestación de servicios*⁶⁷.

En esta lectura, de entrada se excluye el cuarto tipo de cartel expuesto bajo la postura dominante, puesto que no podrían ser parte de un acuerdo quienes no desarrollen ninguna actividad económica, como es el caso de los servidores públicos en ejercicio de funciones públicas.

Y, adicionalmente, de acuerdo con esta lectura, la sic ha equiparado la noción de “empresa” con la de “comerciante”, de modo que quienes ejercen profesiones liberales, por previsión expresa del Código de Comercio, no serían considerados una empresa y entonces no serían sancionables como parte de un cartel⁶⁸.

No obstante, de los casos en los que la autoridad ha adoptado la posición débil, no aparece que la sic haya exigido que todos los cartelistas tengan que desarrollar una misma actividad económica para que el cartel sea reprochable.

2.3.2. Por la modalidad de acuerdo

Dicho lo anterior, resulta relevante ver que el acuerdo se puede materializar en cualquiera de las cinco modalidades previstas en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992.

Así, en lo alusivo a las prácticas conscientemente paralelas: la sic ha reiterado que los tres elementos que componen esta modalidad (“práctica”, “conscientemente” y “paralela”) se estructuran así:

Práctica: hace referencia al estudio continuado, costumbre o estilo de una cosa. [...] [E]s menester que se presente una sucesión fáctica y no que se agote en la ocurrencia de un simple acto; *Conscientemente*: [Alude a que] la conducta desplegada por los investigados no sea simplemente una mera coincidencia, sino que al asumir una acción *se está en conocimiento de las condiciones en que otros que se dedican a las mismas actividades*; *Paralela*: [En virtud de la cual] *se requiere que exista, en primer lugar, la conciencia de las políticas desarrolladas por los otros competidores y, en segundo lugar, que se decidan a seguirlas o a hacer que se imiten o se sigan las propias, de manera reiterada, de modo que se pierda la autonomía en el actuar*⁶⁹.

Nótese cómo, en la lectura de la sic sobre esta modalidad, debe haber conocimiento de las condiciones de otros “que se dedican a las mismas actividades”,

67 Cfr. *ibíd.* Esta definición corresponde a la del Código de Comercio (art. 25).

68 Cfr. sic. Resolución 41460 de 2001.

69 Cfr. sic. Resoluciones de 2 de noviembre de 2001 y 26 de febrero de 2002.

de las “políticas desarrolladas por los otros competidores”, para imitarlas o no, coordinarse o no.

Así, para imputar la infracción de la ley por prácticas conscientemente paralelas no se admiten, siquiera, los acuerdos verticales, sino, en exclusiva, los horizontales. Esto, se insiste, no se deriva de la noción de “empresa” antes discutida, sino de los requisitos para que se pueda configurar la modalidad de acuerdo comentada.

CONCLUSIONES

En el marco de un supuesto de hecho particular en materia de colusión es posible hallar realidades estructurales y funcionales en el interior de un cartel que involucren, además de a empresas competidoras presentes en el mercado objeto de los acuerdos, a otros agentes ajenos al mercado coludido. Por lo tanto, a agentes no competidores que, no obstante su “no membresía al mercado”, desempeñan un papel en la conducta restrictiva de la competencia. Dicha realidad ha provocado respuestas dispares en materia de protección de la libre competencia, ahí donde se ha suscitado.

En Estados Unidos, la respuesta a este tipo de asuntos se ha dirigido a interpretar que todos los agentes involucrados en un cartel –independientemente de su membresía al mercado coludido o a otro mercado– deben ser objeto de la aplicación del derecho administrativo sancionador. Por tanto, que todos los agentes, siendo participantes o no del mercado cartelizado, en virtud de la figura jurídica de la “conspiración”, se hacen responsables, en términos concurrenciales, por su membresía al acuerdo anticompetitivo. La conspiración, en ese sentido, es la base de la responsabilidad administrativa que surge en un cartelista, con independencia de la relación que exista entre su actividad económica –y el mercado en el cual se desempeña– y la actividad que se desarrolla en el mercado coludido. Razonamiento que demuestra que la defensa de la libre competencia del país norteamericano ha eludido los análisis profundos que se desprenden de esta circunstancia, y ha elegido un camino más práctico, en virtud del cual las circunstancias subjetivas del agente no son importantes para emitir un dictamen administrativo en materia de competencia, como sí lo son las condiciones objetivas, que demuestran que el agente en concreto formó parte de un pacto anticompetitivo que se encuentra prohibido por las normas *antitrust*, en complicidad con otro grupo de agentes dirigidos a consolidar convenios que menoscaban la estabilidad del ecosistema competitivo.

Por otro lado, en la defensa de la competencia de la Unión Europea, los análisis sobre la circunstancia en cuestión –colusión de agentes no competidores– han sido más profundos. La inobservancia legislativa en materia de *antitrust* de criterios vinculados con la participación, la complicidad y figuras análogas, así como la inexistencia de figuras jurídicas de amplitud

temática y práctica como la conspiración, han conducido a que el enfoque de los casos de colusión en los cuales esté involucrado un cartelista no competidor sea más amplio y prolijo. Los debates al respecto en la Unión Europea han transitado en direcciones opuestas. La doctrina del TJUE –apoyada por la Comisión Europea– ha trasladado a un segundo plano la membresía al mercado y ha determinado que lo esencial para ser objeto de sanción es haber contribuido de forma activa en la consecución de los objetivos comunes del cartel y haber conocido los comportamientos de los demás involucrados en ejecución de los acuerdos. Doctrina que demuestra la intención del máximo tribunal europeo de no restringir el marco sancionatorio a una circunstancia subjetiva del agente –la membresía al mercado–, que puede favorecer no solo a agentes ajenos al mercado que coadyuven a la consolidación de los acuerdos, sino a las empresas involucradas con dicho mercado, pues les puede otorgar vías de evasión de sus responsabilidades.

Los criterios defendidos por el TJUE han suscitado críticas, principalmente atizadas por los comentarios a la sentencia en el caso *AC-Treuhand*, realizados por el AG Nils Wahl. La no determinación taxativa de la solución a las situaciones análogas, así como la interpretación de que la normativa europea sugiere que la sanción debe ser impuesta solo a aquellos agentes que estén en capacidad de ejercer presión sobre la competencia en un mercado –y por lo tanto restringirla–, conllevan que una parte de la doctrina europea apoye que solo los agentes del mercado coludido, y no otros que simplemente llevan a cabo actividades de consultoría, asesoría o colaboración en el cartel, sean sancionadas. Doctrina minoritaria que, a pesar del impacto que ha generado en entornos del *antitrust* comunitario, no ha modificado la concepción más general, que se orienta a que los implicados activos en un cartel, que hayan coadyuvado, configurado o favorecido la existencia y ejecución de acuerdos, deben ser objeto de sanciones de defensa de la libre competencia.

Razonamiento que demuestra que, a pesar de adoptar argumentaciones diferentes, tanto la respuesta del *antitrust* estadounidense como la del de la Unión Europea han llegado a la misma conclusión. Así que no resulta necesario que los miembros de un cartel formen parte de un mismo mercado –y por lo tanto sean competidores– para que les sea aplicado el marco sancionatorio propio de la defensa de la libre competencia.

De la investigación que ha suscitado el presente trabajo se pudo concluir, igualmente, en lo que corresponde al sistema colombiano, que tanto en los pronunciamientos de la SRE como en los de la SIC ha quedado claro que, como regla general, no se exige que los miembros de un cartel desarrollen una misma actividad económica. La postura dominante de la SIC ha sido la de entender que ese supuesto se cumple entre dos o más sujetos (i) que desarrollen una misma actividad económica; (ii) que hagan parte de una misma cadena de valor; (iii) entre sujetos que ni desarrollan una misma actividad, ni hacen parte de una misma cadena de valor; (iv) e incluso, entre una empresa y un sujeto

que no desarrolla ninguna actividad económica, como ocurre en el caso de los servidores públicos en ejercicio de funciones públicas. A ese respecto, más allá de que el ámbito de aplicación de la ley de competencia incluya a todo aquel que desarrolle una actividad económica o pueda afectarla, lo cierto es que solo se reprochan los acuerdos “entre dos o más empresas”, dentro de lo cual no cabría el último tipo de acuerdos en sentido estricto.

No obstante, por la modalidad de acuerdo, la sic ha entendido que para el caso de las prácticas conscientemente paralelas sí es necesario que los miembros del cartel desarrollen una misma actividad económica. No ha concluido lo mismo para las demás modalidades de acuerdo (contrato, convenio, concertación o práctica concertada).

La postura débil en la sic ha entendido que ese supuesto se cumple entre “dos o más sujetos que desarrollen actividades mercantiles”, descartando así los carteles entre miembros que ejerzan profesiones liberales o que de otra forma no desarrollen “actividades mercantiles” y, por tanto, no sean “empresas”. Pero, incluso bajo la postura débil, no ha sido un requisito que todos los miembros del cartel ejerzan una misma actividad económica.

Por lo tanto, al amparo de la normatividad y la doctrina colombianas, pueden ser reprochados carteles conformados con personas que no hacen parte del mismo mercado que se ve afectado con la colusión. Lo cual demuestra, de consuno con lo esgrimido en las líneas anteriores, que en el sistema colombiano, al igual que en el de Estados Unidos y en el de la Unión Europea, existe una clara tendencia a privilegiar la defensa del bien jurídico protegido por el derecho de la libre competencia, por encima de la naturaleza, calidades y condiciones del agente o los agentes involucrados con una conducta que ponga en riesgo aquel.

REFERENCIAS

- CSERES, K. *Controversies of the Consumer Welfare Standard*. En *Competition Law Review*. Vol. 3, n.º 2, 2006, 121-173.
- EASTERBROOK, F. *Workable Antitrust Policy*. En *Michigan Law Review*. N.º 84, 1986, 1696-1713.
- ELZINGA, K. y BREIT, W. *The Antitrust Penalties: A Study in Law and Economics*. New Haven: Yale University Press, 1976.
- FRANCIOSI, R. *United States v. Brown University et al.: Why Do Nonprofits Fix Prices?* Discussion Paper 92-99, Universidad de Arizona, 1994, 1-22.
- JONES, A. y SUFRIN, B. *EU Competition Law*. 4.^a ed. New York: Oxford University Press, 2011.
- KUMAR KATYAL, N. *Conspiracy Theory*. En *Yale Law Journal*. N.º 112, 2003, 1307-1398.
- LEACH, T. *Civil Conspiracy: What's the Use?* En *Miami Law Review*. N.º 54, 1999, 1-46.

NICHOLS, B. y SCHMITT, E. *Antitrust Violations*. En MARCO COLINO, S. (ed.), *Cartels and Anti-Competitive Agreements*. Vol. 1. Abingdon: Routledge, 1999, 335-373.

SOTO PINEDA, J. A. *Public enforcement y descentralización en la aplicación de las normas de libre competencia en la Comunidad Europea y en España*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

Jurisprudencia

Colombia

Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017.

Escritura pública 0385 de 2001.

SIC. Resolución 005 de 1961.

SIC. Resolución 001 de 1963.

SIC. Resolución 010 de 1963.

SIC. Resolución 017 de 1963.

SIC. Resolución 6111 de 2000.

SIC. Resolución 8233 de 2001.

SIC. Resolución 36903 de 2001 (archivo).

SIC. Resolución 41460 de 2001.

SIC. Resolución de 21 de marzo de 2001.

SIC. Resolución de 2 de noviembre de 2001.

SIC. Resolución de 28 de diciembre de 2001.

SIC. Resolución 04285 de 2002, caso SATENA.

SIC. Resolución 39016 de 2002.

SIC. Resolución de 26 de febrero de 2002.

SIC. Resolución 34804 de 2005 (aceptación de garantías).

SIC. Resolución 26360 de 2006 (declara incumplimiento de garantías).

SIC. Resolución 38467 de 2007 (aceptación de garantías).

SIC. Resolución 8233 de 2011, caso CORABASTOS.

SIC. Resolución 553 de 2013. Concepto 12-058692- -00001-0000.

SIC. Resolución 49141 de 2013 (apertura).

SIC. Resolución 68967 de 2013 (sanción Nule - hogares).

SIC. Resolución 68972 de 2013 (sanción caso Nule - Bienestarina).

SIC. Resolución 25036 de 2014, caso UAESP.

SIC. Resolución 2065 de 2015.

SIC. Resolución 23621 de 2015, caso SERVICIUDAD.

SIC. Resolución 80847 de 2015, caso Azúcar.

SIC. Resolución 43218 de 2016 (sanción).

SIC. Resolución 90560 de 2016 (sanción).

SIC. Resolución 5216 de 2017, caso Odebrecht.

SIC. Resolución 19890 de 2017.

Estados Unidos

Sentencia de la Corte de Apelaciones de California, Second Appellate District, División Sexta. *Michael R. v. Jeffrey B.* 2 de agosto de 1984.

Sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica. Caso n.º 05-1126, decidido el 21 de mayo de 2007.

Interstate Circuit, Inc. v. United States, 306 U.S. 208 (1939).

Summit Health, Ltd. v. Pinhas., 500 U.S. 322, 330 (1991).

United States v. Gravelly, 840 F.2d 1156, 1161 (Cuarto Cir. 1988).

United States v. Hayter Oil Co., 51 F.3d 1265, 1270 (Sexto Cir. 1995).

United States v. MMR Corp., 907 F.2d 489, 495 (Quinto Cir. 1990).

United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150, 223-24 & n. 59 (1940).

Francia

Sentencia de la Cour d'appel de Paris, de 26 de septiembre de 1991.

Unión Europea

Comisión Europea. Resolución de 11 de noviembre de 2009, Decisión C (2009) 8682 final.

Conclusiones del AG Nils Wahl a la sentencia *AC-Treuhand AG*, asunto C-194/14. Presentadas el 21 de mayo de 2015. ECLI:EU:C:2015:350.

TJUE. Sentencia *Comisión/Anic Partecipazioni*, asunto C-49/92 P.

TJUE. Sentencia de 7 de junio de 1983, *Musique Diffusion française y otros/Comisión*, asuntos acumulados 100/80 a 103/80.

TJUE. Sentencia de 3 de julio de 1985, asunto 243/83.

TJUE. Sentencia de 28 de abril de 1988, asunto C 306/96.

TJUE. Sentencia de 8 de julio de 1999, *Comisión/Anic Partecipazioni*, asunto C-49/92 P.

TJUE. Sentencia de 8 de julio de 1999, *Hüls/Comisión*, asunto C-199/92 P.

TJUE. Sentencia de 7 de enero de 2004, *Aalborg Portland y otros/Comisión*, asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P.

TJUE. Sentencia de 28 de junio de 2005, *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*, asuntos acumulados C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P.

TJUE. Sentencia de 22 de octubre de 2015, *AC-Treuhand AG*, asunto C-194/14.

Legislación colombiana

Código de Comercio.

Código Sustantivo del Trabajo.

Decreto 3307 de 1963.

Ley 155 de 1959.

Ley 1340 de 2009.