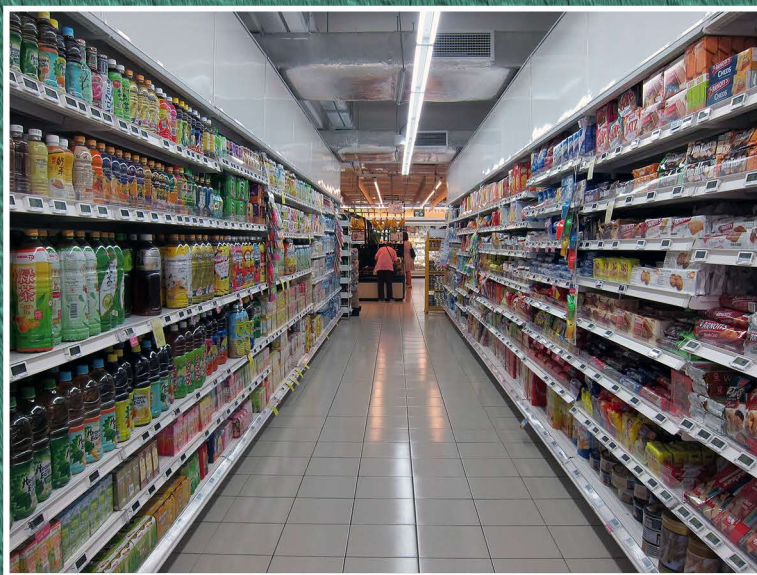


Derecho de consumo

Constitucionalización, prueba, regulación de la competencia y responsabilidad objetiva



EDIMER LEONARDO LATORRE IGLESIAS
MARTHA LUCIA BAHAMÓN JARA
JUAN PABLO SANTRICH ABELLO
ÁNGEL ANDRÉS TORRES HERNÁNDEZ
MARÍA FERNANDA RAMÍREZ GARCÍA
JORGE MIGUEL GUEVARA FRAGOZO



Instituto Latinoamericano de Altos Estudios



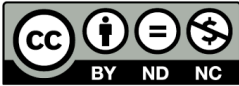
Derecho de consumo. Constitucionalización,
prueba, regulación de la competencia
y responsabilidad objetiva

Derecho de consumo. Constitucionalización,
prueba, regulación de la competencia
y responsabilidad objetiva

EDIMER LEONARDO LATORRE IGLESIAS
MARTHA LUCIA BAHAMÓN JARA
JUAN PABLO SANTRICH ABELLO
ÁNGEL ANDRÉS TORRES HERNÁNDEZ
MARÍA FERNANDA RAMÍREZ GARCÍA
JORGE MIGUEL GUEVARA FRAGOZO

Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–
Federación Nacional de Departamentos –FND–

Queda prohibida la reproducción por cualquier medio físico o digital de toda o un aparte de esta obra sin permiso expreso del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–. Publicación sometida a evaluación de pares académicos (*Peer Review Double Blinded*). Esta publicación está bajo la licencia *Creative Commons Reconocimiento - NoComercial - SinObraDerivada 3.0 Unported License*.



Derecho de consumo: constitucionalización, prueba, regulación de la competencia y responsabilidad objetiva / Edimer Leonardo Latorre Iglesias ... [et al.] - Bogotá: Instituto Latinoamericano de Altos Estudios ; Federación Nacional de Departamentos, 2018.

189 p.

ISBN: 9789588968933

1. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR - LEGISLACIÓN - COLOMBIA 2. REGULACIÓN DEL COMERCIO - COLOMBIA I. Latorre Iglesias, Edimer Leonardo II. Bahamón Jara, Martha Lucia III. Santrich Abello, Juan Pablo IV. Torres Hernández, Ángel Andrés V. Ramírez García, María Fernanda VI. Guevara Fragozo, Jorge Miguel VII. Título

343.071 ed. 21

ISBN 978-958-8968-93-3

© EDIMER LEONARDO LATORRE IGLESIAS, 2018

© MARTHA LUCIA BAHAMÓN JARA, 2018

© JUAN PABLO SANTRICH ABELLO, 2018

© ÁNGEL ANDRÉS TORRES HERNÁNDEZ, 2018

© MARÍA FERNANDA RAMÍREZ GARCÍA, 2018

© JORGE MIGUEL GUEVARA FRAGOZO, 2018

© Federación Nacional de Departamentos –FND–, 2018

© Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2018

Derechos patrimoniales exclusivos de publicación y distribución de la obra

Cra. 18 # 39A-46, Teusquillo, Bogotá, Colombia

PBX: (571) 703-6396, FAX (571) 323 2181

www.ilae.edu.co

Ilustración de portada: STEFANO SERAFINELLI. *Grocery-Store*, 2619380_1920, imagen libre de derechos tomada de [http://www.teacuplab.com/es/revisamos-usabilidad-6-apps-supermercado-online/grocery-store-2619380_1920/].

Diseño de carátula, composición y edición electrónica:

Editorial Milla Ltda. (571) 702 1144

editorialmilla@telmex.net.co

Editado en Colombia

Published in Colombia

FEDERACIÓN NACIONAL DE DEPARTAMENTOS

Presidente

CARLOS JULIO GONZÁLEZ VILLA

Vicepresidente

CARLOS EDUARDO OSORIO BURITICÁ

Director Ejecutivo

CARLOS ERNESTO CAMARGO ASSÍS

CONSEJO DIRECTIVO

Departamento de Boyacá

CARLOS ANDRÉS AMAYA RODRÍGUEZ

Departamento de Bolívar

DUMEK TURBAY PAZ

Departamento de Vichada

LUIS CARLOS ÁLVAREZ MORALES

Gobernación de Amazonas

VÍCTOR HUGO MORENO BANDEIRA

Gobernación de Nariño

CAMILO ERNESTO ROMERO GALEANO

TABLA DE CONTENIDO

CAPÍTULO PRIMERO	
EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR: UNA MIRADA DESDE EL ENFOQUE DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN COLOMBIA	
	13
I. Introducción	13
II. Aproximaciones a la noción del derecho del consumo	17
III. La constitucionalización del derecho	22
IV. Los derechos sociales fundamentales	30
V. Derechos del consumidor y su constitucionalización desde el enfoque de derechos sociales fundamentales en Colombia	36
VI. Conclusiones	40

CAPÍTULO SEGUNDO	
LA PRUEBA EN LOS PROCESOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA: DESAFÍOS DE CARA A LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES	
	45
I. Introducción	45
II. Aspectos generales del derecho de la competencia: contexto internacional y local	50
III. Actos y conductas restrictivas que violentan el derecho de la competencia en Colombia	59
A. Acuerdos anticompetitivos	61
B. Actos que se oponen a la libre competencia	65
C. La prueba en los procesos de defensa de la Competencia en Colombia	65
D. El programa de beneficio por colaboración	69
IV. La Ley 1340 de 2009 y el Decreto 1523 de 2015 frente al programa de beneficio por colaboración	70
A. Términos para acceder al programa de beneficios por colaboración y pérdida de beneficios	74
B. Casos en el ordenamiento jurídico colombiano	76
1. Caso Cartel Empresarial Papeles Higiénicos	76
2. Caso Cartel empresarial de pañales	79
V. Conclusiones	81

CAPÍTULO TERCERO	
REFLEXIONES CRITICAS EN TORNO A LA REGULACION DE LA COMPETENCIA EN EL MARCO DEL NUEVO ESTATUTO DEL CONSUMIDOR EN COLOMBIA	
	85
I. Introducción	85
II. Contexto social y político	87
III. Marco legal de la Libre Competencia	93
IV. Clasificación de los acuerdos anticompetitivos	99
V. Abuso de posición dominante	105
VI. Régimen de las integraciones empresariales	111
VII. Régimen sancionatorio	118
VIII. Análisis jurisprudencial:	
Casos de conductas restrictivas de la competencia	120
A. Cartel de la industria arrocera	120
B. Cartel empresarial de pañales para bebé	122
C. Cartel del azúcar	125
D. Cartel del papel higiénico	126
E. Cartel de los cuadernos	128
F. Caso de abuso de posición dominante	129
IX. Conclusiones	130
 CAPÍTULO CUARTO	
LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR: ¿ES UNA CUESTIÓN DE ESTADO?	
	133
I. Introducción	133
II. Antecedentes de la irrupción de la sociedad del riesgo	137
	137

III. Responsabilidad objetiva en el derecho del consumo en Colombia	143
IV. Responsabilidad por producto defectuoso	146
V. Defectos en el estatuto del consumidor	149
VI. Eximentes de responsabilidad de los productores y proveedores	153
VII. Derecho comparado, legislación española	155
A. Legislación argentina	159
B. Colombia	164
1. Antecedentes	164
2. Consideraciones de la Sala	165
VIII. Conclusiones	167
 BIBLIOGRAFÍA	 169
 LOS AUTORES	 187

CAPÍTULO PRIMERO
EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE
LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR: UNA MIRADA
DESDE EL ENFOQUE DE LOS DERECHOS SOCIALES
FUNDAMENTALES EN COLOMBIA

Edimer Leonardo Latorre-Iglesias

Martha Lucia Bahamón Jara

Juan Pablo Santrich Abello

I. INTRODUCCIÓN

El hombre naturalmente se considera un consumidor debido a que el consumo impregna cada ámbito de su vida cotidiana, puesto que es necesaria la satisfacción de las necesidades básicas para el continuo mejoramiento de la calidad de vida a través de la adquisición de bienes y servicios en el mercado.

Es así que al ser los receptores finales en la cadena de producción, se considera por naturaleza la parte más vulnerable dentro de las relaciones comerciales, debido a las características e imposiciones que se dan

en el mercado, lo cual hace necesaria una protección real y efectiva por parte del ordenamiento jurídico.

De acuerdo a esto, se establece que en el mercado el desarrollo de la economía genera desigualdad dentro de los diversos eslabones productivos, por cuanto los productores y distribuidores de bienes y servicios imponen las condiciones para comercializar los productos, generando beneficios a favor de ellos que en muchas ocasiones vulneran las garantías mínimas de las personas.

Así mismo los cambios tecnológicos, sociales y políticos que se han dado en el proceso de evolución de la sociedad, han conllevado a que diversas especialidades del conocimiento se unan para cimentar las bases que sustenten el vínculo económico y permitan brindar las garantías mínimas de protección a los derechos humanos.

De ahí que surja el novedoso derecho del consumo, el cual se considera de modo relativo un derecho primordial para la humanidad, por lo que es obligación del Estado establecer las normas y mecanismos necesarios para que los sectores productivos garanticen su protección y su ejercicio libre y digno¹.

Como consecuencia de esto, los sistemas jurídicos globales establecieron dentro de sus fines esenciales el bienestar general ligado al mejoramiento de la calidad de vida mediante una economía sostenible, preceptos consagrados en las Constituciones nacionales, por lo cual los derechos del consumidor se encuen-

1 CARLOS ALBERTO GHERSI. *Posmodernidad Jurídica*, Buenos Aires, Gowa, 1995.

tran relacionados constitucionalmente a los postulados dogmáticos emanados de la misma, lo que preserva el orden social de los administrados.

Sin embargo, es importante destacar que los derechos del consumidor, no pueden encasillarse en un contexto económico, pues su desarrollo va más allá de los vínculos comerciales, ya que este implica una serie de singularidades que involucran aspectos sociales del ser humano y su vida en comunidad, regulados por los postulados constitucionales. Por consiguiente es necesario que las mismas no se limiten a la comercialización de bienes y servicios y a la generación de ganancias, sino mas bien que se tenga en cuenta que su fin último es la satisfacción de las necesidades básicas por lo cual los consumidores son sujetos de especial protección.

Del mismo modo debe entenderse que la incorporación del derecho del consumo en los principios constitucionales responde al deber de acondicionar las normas internas a los preceptos internacionales, para llevar a cabo los vínculos de cooperación económica e interacción de los mercados, respetando de forma integral los derechos de los consumidores. De ahí que se tenga en cuenta que los consumidores cumplen un papel fundamental dentro de la sociedad, en especial en la cadena productiva, la cual involucra el desarrollo de vínculos jurídicos². EDIMER LATORRE IGLESIAS señala este proceso como:

2 BELIÑA HERRERA TAPIAS. "La constitucionalización de los derechos del consumidor en Colombia: un análisis desde los derechos sociales fundamentales", *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 13,

Por ende, presenciamos en la era contemporánea (era conceptual o era de la revolución científica) un mundo en donde la empresa paulatinamente ha cercado el escenario de la organización social, desplazando a protagonistas tradicionales como el Estado. De ahí que se haga factible evidenciar una fuerte tendencia: la primacía del mercado y toda su profunda influencia sobre la racionalidad y la lógica social, con su impacto innegable en la definición de un nuevo orden ético que directa o indirectamente inciden en las decisiones y formas de gobierno, para lograr dentro de esta realidad un crecimiento económico sostenido³.

Para el caso de Colombia, la Constitución Política de 1991⁴ contempla en su parte dogmática las obligaciones del Estado para con los administrados, la cual considera la necesidad de preservar un “orden político, económico y social justo”. Es decir, que para desarrollar un sistema económico equilibrado es importante enlazar el crecimiento del mercado de forma competitiva con el ofrecimiento de las garantías adecuadas para que los consumidores interactúen en el

n.º 25, julio-diciembre de 2013, pp. 33 a 48, disponible en [<http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v13n25/v13n25a04.pdf>].

- 3 EDIMER LEONARDO LATORRE IGLESIAS, JACKELINE SARAVIA CABALLERO, MARLENNY DÍAZ CANO y ANDREA CAROLINA RODRÍGUEZ. *Litigio estructural en América Latina: Génesis y tendencias del constitucionalismo progresista*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2015, disponible en [<https://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/handle/11232/930/Litigio%20estructural%20América%20Latina.pdf?sequence=1&isAllowed=y>], p. 10.
- 4 CORTE CONSTITUCIONAL et ál. *Constitución Política de Colombia 1991, Actualizada con los actos legislativos a 2016*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2016, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>].

mismo, para crear así una estabilidad general dentro del ordenamiento jurídico.

De acuerdo a esto, se plantea la pregunta problema de investigación: ¿Se encuentran constitucionalizados los derechos del consumidor en el ordenamiento jurídico colombiano?

El presente trabajo pretende analizar el proceso de constitucionalización de los derechos del consumidor en el sistema jurídico de Colombia, para así establecer una adecuada categorización de estos derechos y determinar la protección real que se brinda a los consumidores a la luz de la Constitución.

La metodología que se utilizará en esta disertación tiene como característica realizar un análisis descriptivo de los conocimientos encontrados. Así se examinará la doctrina y el sistema normativo referente a los derechos del consumidor y el desarrollo del proceso de constitucionalización dentro de los ordenamientos jurídicos iberoamericanos –en especial el colombiano– para establecer la categoría y protección que la Constitución les da a estos derechos.

II. APROXIMACIONES A LA NOCIÓN DEL DERECHO DEL CONSUMO

La noción del derecho del consumo ha evolucionado a tal punto que su concepto ya no solo se enmarca en los preceptos del derecho privado, sino que propende por incluir postulados propios del derecho público que generen igualdad contractual en los negocios jurídicos realizados entre las partes intervinientes, que para este caso son los consumidores y los actores de

los sectores productivos (productores, distribuidores y comercializadores), estos últimos son los que ostentan un estatus dominante en la comercialización de bienes y servicios. Como de nuevo LATORRE IGLESIAS lo precisa:

Este desenfreno del comprar y tirar es el producto de técnicas globales simbólicas mediatizadas que permean las grandes representaciones colectivas a escala global, narraciones discursivas seductoras que han logrado equiparar desarrollo, bienestar y progreso con la capacidad de comprar. Hemos pasado de ser una sociedad que giraba en torno a la reflexión fundante de la modernidad, el clásico “pienso luego existo”, para convertirnos de forma imparable en fervientes admiradores del complejo de emociones que despierta el apotegma posmoderno del “compro luego existo”⁵.

En razón de esto para 1900 se originó en Estados Unidos una tendencia que propiciaba una defensa activa para la protección de los derechos de los consumidores. Sin embargo es en 1962 que el derecho del consumo toma gran relevancia, debido a que la cabeza visible del Gobierno de Estados Unidos, JOHN FITZGERALD KENNEDY⁶ expresó en su discurso nacional que: “consumidores somos todos”. Lo cual generó un cambio de pensamiento no solo en el pueblo ame-

5 EDIMER LEONARDO LATORRE IGLESIAS. “La necesidad de repensar el derecho: Hiperconsumo y MacDonalización de la sociedad”, *Revista Advocatus*, vol. 14, n.º 27, 2016, pp. 175 a 188, disponible en [<http://www.unilibrebaq.edu.co/ojsinvestigacion/index.php/advocatus/article/view/733>], p. 176.

6 Brookline, Massachusetts, 29 de mayo de 1917-Dallas, Texas, 22 de noviembre de 1963. 35.º Presidente de Estado Unidos.

ricano sino a nivel mundial, por lo que muchos ordenamientos jurídicos crearon normas que establecieron la protección de los derechos que les asiste a los consumidores⁷.

Ahora bien, de acuerdo con este fenómeno, el concepto de consumidor ha presentado avances significativos en diversos ordenamientos jurídicos, los que ha conllevado a una regulación más efectiva de las relaciones contractuales que se dan entre los participantes activos del mercado.

Así se parte de la premisa que el consumo en cualquiera de sus esferas, sirve al hombre para solventar sus necesidades básicas y el mejoramiento continuo de su calidad de vida. Por consiguiente, nos convertimos en receptores finales de la cadena de producción de bienes y servicios. Debido a esto, el consumidor se encuentra expuesto a un sinnúmero de actos desleales y a condiciones desventajosas frente a los productores, puesto que nuestro único interés es la adquisición de un producto que permita suplir una necesidad.

Esto ha generado una característica especial al concepto de consumidor, tal como lo es la posición de vulnerabilidad o parte débil dentro de las relaciones contractuales. Este desequilibrio ha tratado de regularse con acciones jurídicas encaminadas a establecer una protección real y efectiva por parte del Estado

7 JUAN CARLOS VILLALBA CUÉLLAR. "La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano", en *Vniversitas*, n.º 119, julio-diciembre 2009, pp. 305 a 340, disponible en [<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14498>], p. 307.

que contemple además la participación activa de los consumidores en los procesos institucionales que promueven su defensa⁸.

Enmarcar los derechos del consumidor dentro de las normas constitucionales, se ha desarrollado gracias a la obligación del Estado de regular no solo el sector económico, sino las relaciones jurídicas, sociales y de consumo que de ellas se derivan fomentando una sociedad menos desigual y más incluyente.

Para NÉSTOR GARCÍA CANCLINI diversos fenómenos político-sociales influyeron de forma positiva para el desarrollo de la noción de consumo y de consumidor, así, los ciudadanos que ejercían derechos legalmente reconocidos por el Estado establecieron con hechos cotidianos de orden social y cultural prácticas de consumo que incidieron de manera significativa en la economía y la necesidad de protección por parte de la norma. De acuerdo a ello se explica:

Siempre el ejercicio de la ciudadanía estuvo asociado a la capacidad de apropiarse de los bienes y a los modos de usarlos, pero se suponía que estas diferencias estaban niveladas por la igualdad en derechos abstractos que se concretaban al votar, al sentirse representado por un partido político o un sindicato⁹.

-
- 8 CARLOS EDUARDO TAMBUSI. "Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos", en *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, año 12, n.º 13, 2014, pp. 89 a 112, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5157806.pdf>], p. 93.
- 9 NÉSTOR GARCÍA CANCLINI. *Consumidores y ciudadanos: Conflictos multiculturales de la globalización*, México D. F., Editorial Grijalbo, 1995, disponible en [<https://antroporecursos.files.wordpress>].

En concordancia con lo anterior, es necesario tener en cuenta una

visión de ciudadanía que reconozca que todas las personas [...] tienen derechos fundamentales que deben ser respetados y garantizados por los Estados, por su carácter universal¹⁰.

Con independencia de la circunscripción al mismo, ya que como seres humanos la titularidad trasciende las fronteras. De ahí que la transformación normativa del derecho del consumo vaya a la vanguardia de los cambios imperantes en la sociedad, en el desarrollo tecnológico y en la comercialización de los bienes y servicios, así como los niveles de riesgos que representan estos productos a los consumidores cuando intentan satisfacer sus necesidades básicas.

Es importante resaltar que los postulados que enmarcan el derecho del consumo incluyen leyes que no solo buscan proteger a los consumidores en el mercado, sino que su finalidad última es analizar las relaciones subjetivas derivadas de los vínculos contractuales generados por la comercialización de bienes y servicios para establecer las garantías necesarias que protejan a la parte débil del mercado.

com/2009/03/garcia-canclini-n-1995-consumidores-y-ciudadanos.pdf], p. 17.

10 MARTHA LUCÍA BAHAMÓN JARA y LORENA MORALES VIDAL. “El territorio como escenario del conflicto en la política internacional contemporánea”, tesis Maestría en defensa de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario ante organismos, cortes y tribunales internacionales, Bogotá, Universidad Santo Tomás, 2013, p. 191.

Una vez explicada la noción de consumo y de consumidor, se procederá a explicar el proceso de constitucionalización del derecho y sus preceptos, para luego establecer la necesidad de constitucionalizar los derechos del consumidor como derechos sociales en el ordenamiento jurídico colombiano.

III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

Se puede afirmar que la constitucionalización del derecho implica una serie de cambios dentro del sistema jurídico de un Estado, el cual resulta estar rodeado por todos los postulados que emanan de la Constitución, estableciendo así condiciones que imperan las leyes de menor jerarquía, la jurisprudencia y la doctrina frente a diversos aspectos sociales¹¹.

Es importante aclarar que se requiere que la Constitución tenga el carácter de fundamental para que se establezca como la ley que irradia todos los estamentos adscritos al sistema jurídico, la cual le otorga una supremacía frente a las demás normas creadas. De igual forma lo que contribuye a que el fenómeno de irradiación se lleve a cabo, son la jurisdicción y rigidez de la Constitución, componentes que permiten que la Carta Magna no sea alterada por cualquier procedimiento ordinario, concediéndole características pro-

11 RICCARDO GUASTINI. "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en MIGUEL CARBONELL SÁNCHEZ (coord.). *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta-Universidad Nacional Autónoma de México -UNAM-, 2009, pp. 49 a 74.

pías del Poder Judicial para su desenvolvimiento en el ordenamiento jurídico.

Como primer elemento que permite la permeabilidad de la Constitución en el ordenamiento jurídico, se encuentra la fuerza vinculante que tiene la misma, es decir, que se establece como norma imperante todos los preceptos fundamentales de la Carta Superior. Así por ejemplo, los conceptos de derechos sociales y su defensa, los cuales se entendía que pertenecían al accionar político dentro de los planes de Gobierno del Ejecutivo, gracias a la interpretación y vinculación de los postulados constitucionales, se han determinado parámetros mínimos para su desarrollo y protección mediante las jurisprudencias de las Cortes Constitucionales¹².

Un segundo elemento primordial que permite llevar a cabo la constitucionalización del derecho, es la denominada sobre interpretación constitucional, la cual analiza desde el punto de vista axiológico la Carta, otorgándole una interpretación basada en valores a la función estatal, a las normas, a las políticas y al ordenamiento jurídico mismo, lo que en muchas ocasiones supera el alcance que quiso dar el constituyente.

12 MIGUEL CARBONELL SÁNCHEZ y RUBÉN A. SÁNCHEZ GIL. “¿Qué es la constitucionalización del derecho?”, en *Quid Iuris*, (Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua), vol. 6, n.º 15, 2011, pp. 33 a 56, disponible [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwiZ17aPpvLeAhXC2IMKHYfjBMQQFjAAegQICRAC&url=https%3A%2F%2Frevistas-colaboracion.juridicas.unam.mx%2Findex.php%2Fquid-iuris%2Farticle%2Fdownload%2F17397%2F15605&usg=AOvVaw3J7ieVF_XiQys-LhM7sc3a], p. 34.

Por lo que cualquier vacío que se prevea en la norma es llenado con el derecho constitucional.

Esta teoría de valores dentro de la Constitución, se ve plenamente desarrollada a la hora de proteger derechos fundamentales, en donde los Tribunales Constitucionales analizan los preceptos normativos de la Carta Magna para brindar unas garantías para el ejercicio y salvaguarda de estos derechos dentro de todo el sistema jurídico.

Como tercer elemento de la constitucionalización del derecho se encuentra el uso y la incidencia directa que tienen las normas constitucionales dentro del ordenamiento jurídico, las cuales irradian no solo a las relaciones que se desarrollan en cumplimiento de los fines del Estado e involucran a entidades y servidores públicos, sino que también rigen a todos los particulares que se encuentren sometidos a un determinado sistema jurídico. A su vez este elemento implica el deber de todos los operadores judiciales en aplicar las leyes, los principios y demás preceptos de la Constitución para fallar en la resolución de conflictos jurídicos.

Un cuarto elemento característico es el análisis de las leyes conforme a las disposiciones constitucionales. Este componente comprende las normas ordinarias que se crean dentro del ordenamiento jurídico y analizan que el cumplimiento de las mismas sea acorde a la Constitución. Así, cuando los jueces deban aplicar una norma que contraríe los postulados constitucionales deberán obviarla y escoger aquella que sí se adecue a ellos.

Como quinto y último elemento se encuentra la influencia de la Constitución en las políticas de Gobierno. de este modo, al presentarse controversias entre diversas entidades del Estado, los preceptos constitucionales tienden a brindar soluciones a dichos conflictos demostrando su injerencia en todas las esferas del sistema jurídico. Esto lo explica GUNNAR FOLKE SCHUPPERT y CHRISTIAN BUMKE que afirman que la inserción de la Constitución en la política no solo demuestra la supremacía de esta, sino que incluye el desarrollo de la política en cumplimiento de la función social y la inclusión de los diferentes actores¹³.

Una vez definidos los elementos, es importante aclarar que el proceso de la constitucionalización no busca solo condicionar las acciones del Estado en cumplimiento de sus fines desde la parte jurídica, sino incluir en las mismas el elemento de los valores para consagrarlos en la parte dogmática de la Constitución para así poder permear todos los ámbitos del ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, incluir la teoría axiológica en los preceptos constitucionales es una función propia del legislador, quien es el encargado de promover estos postulados. Esta característica es particular de los ordenamientos jurídicos descendientes del sistema legal romano, en el cual las leyes regulares están

13 GUNNAR FOLKE SCHUPPERT y CHRISTIAN BUMKE. *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung: Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des –einfachen– Rechts* (Forum Rechtswissenschaft), Baden-Baden, Nomos, 2000.

en consonancia con las directrices políticas implementadas por el Estado, lo que conlleva al desarrollo de la Constitución en la vida social y económica en cumplimiento de los fines esenciales.

Es necesario señalar que el proceso de constitucionalización del derecho en América Latina ha sufrido una serie de cambios, sobre todo en la transición de un Estado meramente legal a uno primordialmente constitucional, cambios producto de los diferentes procesos socio políticos que pretenden sintonizarse con las realidades globales del mundo contemporáneo.

Cabe recordar que el Estado legal se concibió por primera vez en el siglo XIX, el cual fundamenta su actuar en el principio de legalidad, lo que permite el desarrollo de las funciones públicas teniendo en cuenta el imperio de la ley sobre las demás cosas. De acuerdo a esto, todas las normas creadas deben estar dentro del marco de la legalidad, lo que deja en un segundo lugar la conformidad de las leyes con los preceptos constitucionales¹⁴.

De igual forma, la estructura político-jurídica del Estado legal responde a una noción rígida de soberanía, la cual a su vez se encuentra ligada de forma estricta a la ley y a la implementación de las teorías positivistas que respaldan la separación de los poderes

14 GERMÁN ALFONSO LÓPEZ DAZA. "Constitucionalización y protección judicial de los derechos sociales. Una aproximación al caso latinoamericano y colombiano", *Revista Jurídica Piélagus*, 9, 2010, pp. 27 a 41, disponible en [<https://www.journalusco.edu.co/index.php/pielagus/article/download/612/1162>], p. 29.

públicos, elemento clave para potenciar los procesos de fortalecimiento de las instituciones y por ende, los sistemas democráticos efectivos.

Sin embargo, con la evolución del derecho y los cambios sociales que transformaron la vida en comunidad, se dio paso a un nuevo modelo de Estado, donde primaban los derechos fundamentales y sociales del hombre frente al imperio de la ley, por consiguiente, a mediados del siglo xx, surge el modelo de Estado constitucional, donde la Constitución juega un papel primordial en la organización del sistema jurídico por encima de la ley¹⁵.

De tal manera que la Carta Magna contiene todos los postulados que permiten regular el funcionamiento de los poderes públicos, el desarrollo de los derechos y principios que rigen dentro del ordenamiento jurídico y no pueden ser condicionados ni alterados por el Congreso. Sobre esto HUGUES PORTELLI afirma lo siguiente frente a la novedad de inclusión de los derechos fundamentales en el nuevo Estado constitucional:

En el seno de las constituciones, los derechos fundamentales disfrutaban en lo sucesivo de un lugar privilegiado: a diferencia de las disposiciones técnicas, frecuentemente cambiadas, los derechos fundamentales necesitan muy seguido de los mecanismos de revisión particulares más rígidos. Sobre todo su superioridad, como aquella del conjunto de la Constitución, está garantizada por un procedimiento jurisdiccional, el control de constitucionalidad,

15 LUÍS PRIETO SANCHÍS. *Constitucionalismo y positivismo*, 2.^a ed., México D. F., Fontamara, 1999, p. 8.

que da a la jerarquía de las normas, en donde la Constitución está en la cumbre de su efectividad”¹⁶.

Así mismo, la transición al modelo estatal constitucionalista ha promovido la creación de un tribunal de orden constitucional que regule y defienda los postulados de la Carta Superior y mantenga el principio de la supremacía de la misma. Las decisiones emitidas por esta Corte tienen fuerza vinculante para todos los operadores judiciales y el Ejecutivo.

Es importante aclarar que la instauración del modelo constitucionalista en los Estados latinoamericanos, ha conllevado que tribunales constitucionales realicen una función interpretativa de las normas ordinarias, las políticas públicas dictaminadas por el Ejecutivo para el cumplimiento de los fines esenciales, lo que ha generado un proceso de “híper constitucionalización” tal como lo denomina el doctrinante LOUIS FAVOREAU¹⁷⁻¹⁸.

Así vemos que el proceso de híper constitucionalización ha traído como consecuencia dentro del ordenamiento jurídico en primer lugar, que la Constitución establezca los parámetros e influya en la estructura política y organizativa del Estado; en segundo lugar, que la Constitución sea vista por los administrados como una Carta que les abre las puertas a la

16 HUGUES PORTELLI. *Droit constitutionnel. Hypercurso. Cours, documents, exercices*. 5.^ª édition, Paris, Dalloz, 2004, p. 4.

17 Lucq-de-Béarn, Francia, 5 de septiembre de 1936-Aix-en-Provence, Francia, 1.^º de septiembre de 2004.

18 LOUIS FAVOREAU. *Legalidad y constitucionalidad: La constitucionalización del derecho*, Bogotá, Externado, 2000, p. 31.

protección de sus derechos y la solución a todos sus inconvenientes; esto tiene una estricta relación con el tercer elemento el cual es la injerencia en todas las esferas del sistema jurídico de la Constitución, en el campo económico, social, político, direccionando el manejo de la función pública.

Para el caso colombiano, es innegable que todo el ordenamiento jurídico se encuentra impregnado de las teorías constitucionales, debido a que todos los procesos jurídicos se hallan reglados por los postulados constitucionales, ejemplo de ello es que la protección de los derechos fundamentales, las reglas de activismo y participación ciudadana, los aspectos políticos, religiosos y económicos, las directrices para el ejercicio de la fuerza militar y el cumplimiento de la función pública están sometidos al imperio de la Constitución¹⁹.

Debido a esto, es necesario analizar cómo el Estado constitucional ha incidido en la defensa de los derechos sociales fundamentales, en especial en Colombia, para así establecer la protección real y efectiva de los derechos de los consumidores. Puesto que estos como la parte más débil de las relaciones de consumo, como último engranaje de la cadena del mercado, requieren del ofrecimiento de garantías por parte del Estado, de acuerdo a los principios emanados de la Constitución.

19 LÓPEZ DAZA. "Constitucionalización y protección judicial de los derechos sociales. Una aproximación al caso latinoamericano y colombiano", cit., p. 31.

IV. LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

Al crearse el concepto de Estado liberal –mejor conocido como Estado moderno–, la acepción de derechos sociales fundamentales no era incluida en la agenda social, jurídica y política de los Gobiernos. Esto ocasionó que la Organización de Naciones Unidas analizará el tema en cuestión, para determinar el concepto e incidencia dentro de los ordenamientos jurídicos de los derechos económicos, sociales y culturales en adelante DESC.

Los DESC al igual que la concepción de los derechos humanos, provienen del ejercicio y evolución de los derechos civiles y políticos. Dentro de este proceso los derechos sociales fueron tomando una connotación de derechos fundamentales, al considerarse que estos derechos subjetivos tienen gran incidencia en la calidad de vida de los ciudadanos. Del mismo modo, estos derechos tienen la característica de ser derechos positivos que generan una prestación a favor de los administrados, por lo cual el Estado tiene la responsabilidad de cumplir dichas prestaciones, para la salvaguarda y el mejoramiento de la calidad de vida de las personas.

Y es que al analizar la base sobre la cual reposan los derechos sociales fundamentales, estos comprenden un pilar jurídico y filosófico que admite su inclusión en el Estado constitucional, tales como son los elementos de libertad fáctica, íntima relación de estos

derechos a la dignidad humana e igualdad material de estos derechos²⁰.

Entrando a estudiar cada uno de los pilares que sustentan los derechos sociales fundamentales, se encuentra que la libertad fáctica hace alusión y se respalda en la teoría del jurista alemán ROBERT ALEXY, el cual explica que la libertad fáctica se subordina al desarrollo de la función estatal, donde los administrados pueden obtener un ejercicio activo de sus derechos sociales materiales de forma amplia, gracias a las prestaciones que les brinda el Estado. Lo cual condiciona los mismos al mejoramiento de la calidad de vida e igualdad de los administrados²¹.

Frente a la relación de los derechos sociales fundamentales con la dignidad humana, se indican los postulados de ERNST TUGENDHAT, el cual afirma que desde una perspectiva jurídica y filosófica el Estado social de derecho propende por el desarrollo y la protección de los derechos fundamentales, así el individuo es libre y autónomo y esto va íntimamente ligado al ejercicio de los derechos morales, derechos que juegan un papel primordial en la vida del hombre dentro de la sociedad. TUGENDHAT difiere con la teoría de ALEXY al explicar que los derechos sociales fundamentales no pueden analizarse desde un enfoque de derechos y libertades amplias para el hombre, sino que debe te-

20 SEBASTIÁN SALAZAR PIZARRO. "Fundamentación y estructura de los derechos sociales", *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. xxvi, n.º 1, julio de 2013, pp. 69 a 93, disponible en [<https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v26n1/art04.pdf>], p. 71.

21 ROBERT ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 487 y 488.

nerse en cuenta la competencia de cada uno dentro de la sociedad²².

Ahora bien para RODOLFO ARANGO RIVADENEIRA, la relación de la dignidad humana con los derechos sociales fundamentales, se enlaza con el significado de urgencia, es decir, que los derechos sociales fundamentales son de gran relevancia dentro de los ordenamientos jurídicos, que cualquier tipo de trasgresión debe ser prevista por el legislador para implementar una norma que establezca su real protección teniendo en cuenta las situaciones especiales de cada persona. Por consiguiente, cuando un derecho social fundamental se ve vulnerado, es necesario encontrar la causa que ocasiona tal afectación para poder tomar los correctivos necesarios para terminar la trasgresión²³.

Para el caso de la igualdad material, se hace referencia a la necesidad de eliminar cualquier tipo de discriminación normativa en el reconocimiento y la protección de los derechos sociales fundamentales. De ese modo se parte del hecho que la igualdad no se da en toda la sociedad, puesto que hay ciudadanos que se encuentran en condiciones desiguales y vulnerables frente a otros, razón por la cual mediante la aplicación de postulados constitucionales, se deben proteger los derechos sociales fundamentales de los menos favorecidos. Sobre este hecho TOMÁS JORDÁN manifiesta que los derechos sociales fundamentales

22 ERNST TUGENDHAT. *Lecciones sobre ética*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 344.

23 RODOLFO ARANGO RIVADENEIRA. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005, p. 28.

se desenvuelven en un contexto de privaciones donde se requiere implementar una igualdad material de la norma para establecer la protección efectiva de los mismos²⁴.

En este sentido, es importante resaltar que la defensa de los derechos sociales fundamentales debe propender por una inclusión dentro del ordenamiento jurídico, de acuerdo al principio de igualdad y ejercicio de los derechos civiles y políticos los cuales se encuentran íntimamente ligados con los derechos sociales. Por consiguiente el sistema jurídico y la Constitución se encuentran obligados a garantizar el cumplimiento y ejercicio material de estos derechos a favor de sus asociados.

Los derechos sociales fundamentales se caracterizan por ser de índole prestacional, por lo cual en muchas ocasiones no permiten su protección real por parte de las entidades estatales. Sin embargo, la mayor característica de los derechos sociales fundamentales es su condición de derechos subjetivos, teoría que desarrolló claramente HANS Kelsen²⁵ al afirmar que los derechos subjetivos encuadraban en un concepto liberal y su representación se da a través de una declaración de voluntad o acción judicial que involucra un sujeto que vio afectado sus derechos por un hecho ilegal. De tal manera que si una norma concede al

24 TOMÁS PABLO JORDÁN DÍAZ. *La protección de los derechos sociales: Modelos jurisprudenciales comparados de tutela en España y Chile*, Santiago, Universidad Alberto Hurtado, 2006, p. 47.

25 Praga, 11 de octubre de 1881-Berkeley, California, 19 de abril de 1973.

sujeto una situación de defensa de sus bienes jurídicamente tutelables, se origina un derecho subjetivo²⁶.

Ahora bien frente a la titularidad de los derechos sociales fundamentales se indica que estos no pueden ser vistos desde el enfoque de derechos colectivos, dado que su reconocimiento no está circunscrito a una comunidad. Por ello se afirma entonces que al desprenderse de los derechos civiles y políticos, su naturaleza los enmarca dentro de los derechos individuales.

Lo anterior lo confirma ARANGO, al manifestar que los derechos sociales fundamentales son individuales pues se encuentran adscritos a los derechos subjetivos y se fundamentan en la aplicación de la igualdad material para el mejoramiento y la satisfacción de las necesidades de las personas, que están en circunstancias de vulneración dentro de la sociedad. De tal manera que la persona hará exigible la protección de sus derechos sociales al Estado, como ente que debe asumir la carga prestacional de los mismos²⁷.

La carga prestacional de los derechos sociales fundamentales está a cargo principalmente del Estado y en un segundo plano, en cabeza de los particulares. Lo anterior se desglosa a que el Estado dentro de sus funciones tiene como responsabilidad fomentar los derechos y establecer los medios idóneos para su libre ejercicio y salvaguarda mediante actos positivos o

26 HANS KELSEN. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2005, p. 100.

27 ARANGO RIVADENEIRA. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, cit., p. 90.

negativos de la Administración, en pro de conseguir el equilibrio material de la sociedad.

La obligación del Estado involucra todos los organismos adscritos a las ramas del poder público. Así desde la rama Legislativa, los servidores públicos se encuentran comprometidos en que los postulados constitucionales que promulgan los derechos sociales fundamentales se establezcan en las leyes sometidas a control público que se implementen en el ordenamiento jurídico. Desde el análisis de la rama Ejecutiva, su función en defensa de los derechos sociales fundamentales se reduce en la creación e implementación de las políticas públicas que son acordes con la Constitución. Y por último pero no menos importante, la rama Judicial, que tiene la responsabilidad de salvaguardar los derechos sociales fundamentales mediante el proceso de interpretación de las leyes acordes a la Carta Magna²⁸.

En segunda instancia, los particulares tienen el deber de responder por la protección de los derechos sociales fundamentales que se desprenden de los vínculos jurídicos que surgen en la sociedad con base a los postulados constitucionales, lo cual fundamenta el fenómeno que se conoce hoy en día como la constitucionalización del derecho privado²⁹.

Con base en esto y para concluir este acápite, se manifiesta que los derechos sociales fundamentales requieren del accionar positivo y negativo del Estado

28 *Ibíd.*, pp. 95 a 99.

29 JORDÁN DÍAZ. *La protección de los derechos sociales: Modelos jurisprudenciales comparados de tutela en España y Chile*, cit., pp. 56 y 57.

para generar las circunstancias propicias que garanticen el libre ejercicio de estos derechos en un Estado social de derecho que se caracteriza por generar un contexto equitativo de la sociedad³⁰.

V. DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y SU CONSTITUCIONALIZACIÓN DESDE EL ENFOQUE DE DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN COLOMBIA

Al analizar la evolución de los derechos del consumidor en la sociedad moderna, se encuentra que estos se han ido transformando gracias a la convergencia de diferentes disciplinas sociales, que permiten determinar las diversas perspectivas del consumo y conllevan a ofrecer un sinnúmero de garantías que salvaguarden a los consumidores.

De tal manera que al hablar de una sociedad moderna que requiere del consumo, no solo se hace referencia a la satisfacción de las necesidades básicas de las personas para el mejoramiento continuo de su calidad de vida, sino que también se involucran aspectos de índole político y económico, que generan una cultura alrededor del consumo, por lo cual las leyes de los ordenamientos jurídicos deben propender por una protección más efectiva a la parte más débil de las relaciones jurídicas surgidas en el mercado³¹.

30 VÍCTOR ABRAMOVICH y CHRISTIAN COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 21 a 27.

31 JUAN ALBERTO MADLE. *La cultura y los medios de comunicación social*, La Plata, Editorial Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 1987.

La transformación jurídica que ha sufrido el derecho del consumo, ha venido gracias a la influencia que ha generado la adopción de un Estado social de derecho que ha involucrado de manera notoria la teoría de constitucionalización del derecho, donde no solo se analiza el consumo desde una perspectiva económica de comercialización de bienes y servicios, sino que esta hace parte de una integridad que mueve en forma sistemática la economía e involucra temas sociales y políticos que requieren la intervención de un Estado garantista.

La Constitución Política de 1991 en su preámbulo manifiesta los preceptos que implican la salvaguarda de los derechos del consumidor al afirmar: "... dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo". Por lo tanto, se infiere que dentro de los fines esenciales del Estado colombiano se denota la responsabilidad de establecer una protección de orden constitucional de los consumidores y el mercado.

A su vez, el mismo texto constitucional indica que el sistema económico se enmarca en un modelo mixto, el cual contempla el libre desarrollo de una actividad e iniciativa privada dentro del mercado, regulada por los principios de libre ejercicio económico y una competencia sana, frente a la necesidad de regular el mercado a través del direccionamiento del Estado, incluido en el artículo 333 de la Constitución Política.

Este proceso se lleva a cabo mediante la creación de políticas públicas idóneas que permitan la comercialización de bienes y servicios, repartición de las riquezas, protección de la economía y demás fines que

garanticen el acceso de los consumidores al mercado con un mínimo de requisitos para su protección y en especial, para evitar que sean vulnerados sus derechos.

Lo antes relacionado se encuentra sustentado en el artículo 58 de la Constitución Política, que reglamenta el libre ejercicio de la propiedad privada con la finalidad de respaldar el fomento de los sistemas productivos dentro del mercado. De igual forma, el artículo 78 manifiesta la importancia de regular las ofertas de bienes y servicios que circulan en el mercado nacional, estableciendo parámetros de calidad, seguridad e idoneidad en favor de los consumidores.

De acuerdo a esto, el enfoque de los derechos del consumidor no implica solo una noción de derecho económico, puesto que en el mercado se requiere la estabilización de las relaciones jurídicas para evitar generar vulneraciones a las partes que se encuentran en desventaja, es decir, reducir las asimetrías que se pueden dar en las relaciones de compra y venta, donde el consumidor final por lo general es la parte más frágil de la cadena.

De ahí que se requiera una protección constitucional a los consumidores como sujetos de derechos por parte del Estado y se encuadren los mismos como derechos sociales fundamentales que requieren de la aplicación de normas y políticas enlazadas con la Constitución, por la incidencia que tienen los mismos en la dinamización del mercado.

Esto implica que la función administrativa que desarrolla el Estado debe ir acorde a los postulados de igualdad material y libertad fáctica que permiten es-

tablecer dentro del ordenamiento jurídico derechos sociales fundamentales en favor de los consumidores. Debido a que es innegable que dentro de las relaciones económicas en el mercado existen intereses que buscan beneficiar a los grandes productores y distribuidores de bienes y servicios, sin importar que en muchas ocasiones se menoscaben los derechos de los consumidores que buscan –en última instancia– contribuir con la satisfacción de las necesidades básicas de las personas³².

Frente a este panorama, el estatus de vulnerable en el cual se encuentran los consumidores, ha obligado a que los ordenamientos jurídicos globales reestructuren la acepción de estos derechos y le den una connotación más fundamental, en especial en el marco de los derechos sociales fundamentales para brindar una protección más acorde a los postulados constitucionales.

Es por ello que en el proceso de constitucionalización del derecho se ha irradiado al derecho del consumo, el cual enmarca este derecho dentro del grupo de aquellos sociales fundamentales, para poder establecer soluciones jurídicas a la vulneración sistemática de los mismos en el mercado. Por consiguiente, se requiere del accionar del Estado frente a las prestaciones que generar los derechos sociales fundamentales

32 MANUEL REBOLLO. *La actividad administrativa de limitación y la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, en curso sobre el nuevo derecho del consumidor*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo e Instituto Nacional del Consumo, 1990.

para su protección, en pro de garantizar la calidad de vida de los consumidores.

Así las cosas, en los derechos de los consumidores, al ser catalogados como derechos sociales fundamentales, su titularidad radica en cabeza del consumidor como un sujeto individual, el cual adquiere bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades básicas. A su vez, requiere de las acciones del Estado para garantizar el libre ejercicio y la protección de estos derechos en el mercado, debido a la posición dominante que ostenta el productor frente al consumidor.

VI. CONCLUSIONES

La evolución de los ordenamientos jurídicos globales responde a las necesidades y la resolución de conflictos que requieren las sociedades modernas. Así se encuentra que al imperar el Estado legal en un momento determinado de la historia del hombre, sus fines iban enmarcados en el cumplimiento estricto de la ley y las necesidades de los administrados debían ir acordes a este mandato.

Al darse la transición al Estado social de derecho, el sistema jurídico se impregnó de todos los postulados dogmáticos emanados de la Constitución, por lo cual los fines esenciales del Estado giran en torno al hombre y al ofrecimiento de garantías para la protección de los derechos que legalmente les asiste. Así se previó dentro de la Carta Magna una serie de derechos, principios y valores que dignifican la acción del ser humano dentro de la sociedad.

Dentro de esta nueva gama de derechos, surgieron los denominados derechos sociales fundamentales, los cuales son considerados derechos subjetivos con una naturaleza positiva que requiere las prestaciones del Estado en favor del individuo.

Al tener en cuenta lo anterior y con las modificaciones que han presentado los derechos de los consumidores y el proceso de constitucionalización que se ha dado en los ordenamientos jurídicos, se han categorizado estos dentro de los derechos sociales fundamentales, lo que estableció que el sistema económico, político y social de un Estado propende por ofrecer opciones que garanticen un mejor nivel de vida a las personas mediante la satisfacción de sus necesidades básicas³³.

Y es que en la concepción de los derechos sociales fundamentales, en este caso, desde la percepción de los derechos del consumidor, el sujeto afectado (consumidor) siempre se encuentra en una condición de desigualdad manifiesta en las relaciones económicas dentro del mercado, por lo tanto, requiere de la protección del Estado para la salvaguarda de sus derechos y el no menoscabo de su calidad de vida dentro de la sociedad³⁴.

De acuerdo a esta doctrina, lo que se propende es reivindicar la protección de los derechos que les asiste a los consumidores en el sistema económico, el cual le ha dado prelación al desarrollo económico y la libre

33 JEAN BAUDRILLARD. *La sociedad de consumo*, Madrid, Siglo XXI, 1970.

34 JOSEPH STIGLITZ. *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 23.

empresa menoscabando las garantías constitucionales de la parte más débil dentro del mercado.

Esto implica la intervención del Estado en todas las esferas económicas, para regular sus relaciones y establecer patrones de salvaguarda a favor de los consumidores, limitando el accionar y las condiciones que imponen dentro del mercado de los grandes productores y distribuidores, en pro de conseguir sus beneficios.

Y es que el mercado nacional y global se encuentra conformado por grandes estructuras económicas que tienden a condicionar el desarrollo del mismo, sin importar que sus intereses individuales vayan en contraposición de las necesidades y los derechos de los consumidores. Por lo que es necesario que el Estado como garante de los derechos limite su función y sustente la protección a los consumidores teniendo en cuenta que la necesidad de garantías no es económica sino social. A manera de coda es pertinente mencionar las palabras de LATORRE IGLESIAS, cuando señala que las luchas entre lo público y lo privado continúan y es precisamente el campo del derecho, tanto fáctico como simbólico, el espacio donde estas grandes batallas se dirimen:

... vivimos en el mundo de "lo posible y lo imposible", vivimos en una época donde se promueven los sueños tecnológicos más delirantes, pero no existe el suficiente dinero para mantener lo esencial de la especie humana, lo mínimo necesario para sobrevivir. Este escenario es en gran medida el mundo global, que, con las dinámicas propias de los mercados capitalistas, derrumba todos los vínculos societales que generan cohesión. Uno de los grandes afectados es la metáfora fundacional de la modernidad políti-

ca: el contrato social. En la medida en que el capitalismo y sus dinámicas colonizan el espacio público, se obliga a refundar el contrato social atomizándolo en múltiples contratos que giran en torno al consenso, pero este consenso a su vez es un consenso creado [...] lo que conocemos como sociedad de consumidores coloniza el espacio de la política y de la acción ciudadana³⁵.

35 LATORRE IGLESIAS, SARAVIA CABALLERO, DÍAZ CANO y RODRÍGUEZ. *Litigio estructural en América Latina: Génesis y tendencias del constitucionalismo progresista*, cit., p. 30.

CAPÍTULO SEGUNDO
LA PRUEBA EN LOS PROCESOS DE DEFENSA DE LA
COMPETENCIA EN COLOMBIA: DESAFÍOS DE CARA
A LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

Edimer Leonardo Latorre-Iglesias

Martha Lucia Bahamón Jara

Ángel Andrés Torres Hernández

I. INTRODUCCIÓN

Al reflexionar jurídicamente sobre el derecho de la competencia en Colombia, se analizan distintos aspectos dentro de los cuales se incluyen la protección de la competencia frente a los actos y las conductas que la ley establece como anticompetitivos y desleales que son desarrollados por las empresas y tienen una fuerte repercusión en el mercado y los consumidores.

Sin embargo el desarrollo de los procesos de defensa de la competencia representan un desafío para el derecho y las autoridades competentes, ya que la práctica de los actos y conductas anticompetitivas,

deben ser probadas. La prueba juega un papel primordial a la hora de establecer responsabilidades por la trasgresión normativa en la que pueden incurrir las empresas y los particulares.

Al tener en cuenta esto, la defensa de la competencia busca no solo probar la configuración de los actos anticompetitivos, sino que propende determinar y analizar los efectos que pueden impactar en la eficiencia económica, con la finalidad de evitar o mitigar las consecuencias negativas que surgen en el mercado, en razón de la realización de estas prácticas.

La Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad competente designada por la ley, cumple la función de inspeccionar, vigilar y controlar el desarrollo del mercado, con la finalidad de brindar una protección integral a los derechos del consumidor y el desarrollo del libre ejercicio de la competencia. Por lo que en cumplimiento de los preceptos normativos que prohíben el desarrollo de las conductas anticompetitivas, dicha entidad busca regular estas prácticas en el mercado e imponer sanciones para aquellos que infrinjan las leyes establecidas.

Las leyes que desarrollan la protección al derecho de la competencia y regulan sus aspectos legales son: la Ley 155 de 24 de diciembre de 1959³⁶, el Decreto 2153 de 30 de diciembre de 1992³⁷ y la Ley 1340 de

36 *Diario Oficial*, n.º 30.138, de 22 de enero de 1960, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1652186>].

37 *Diario Oficial*, n.º 40.704, de 31 de diciembre de 1992, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30030407>].

24 de julio de 2009³⁸, las cuales establecen aquellas conductas que son consideradas prohibidas y afectan el libre ejercicio de la competencia, y son: a) Todo pacto que se dé entre dos o varias empresas que tenga como finalidad la restricción o distorsión de la competencia; b) Todo acto abusivo que desplieguen las empresas y denoten su posición dominante en el mercado; y c) Aquellos actos que sean de carácter unilateral desarrollados por las empresas en el mercado en pro de sus beneficios y generen perjuicios a la competencia. De igual forma, la ley prohíbe las integraciones de orden económico que no estén acordes a los preceptos de la competencia y que afecten la eficiencia y el rendimiento del mercado en un aspecto negativo³⁹.

Cuando converge en el mercado la práctica de los actos y las conductas relacionadas antes y provocan una serie de efectos negativos en el mismo, los cuales perjudican a las empresas y los consumidores, se hace imperativo recopilar los medios probatorios que permitan imputar responsabilidad a los presuntos implicados, lo cual no es una tarea fácil de llevar a cabo dentro del proceso administrativo que desarrolla la Superintendencia de Industria y Comercio.

Es así como se considera que la prueba debe ser analizada desde distintas perspectivas, con la finalidad de poder establecer primero que todo, el objeto

38 *Diario Oficial*, n.º 47.420, de 24 de julio de 2009, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1677723>].

39 SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. "Prácticas restrictivas de la competencia", 2017, disponible en [<http://www.sic.gov.co/practicar-restrictivas-de-la-competencia>].

probatorio, que en este caso es el acto desleal o la conducta anticompetitiva, así como determinar el o los sujetos procesales, los cuales tienen la responsabilidad de la carga de la prueba.

De esta manera se demuestra que la prueba es un elemento fundamental en el desarrollo de la investigación y el proceso administrativo que permite determinar la trasgresión a la competencia, la cual requiere de un análisis económico del mercado y el derecho, para demostrar que las decisiones tomadas por las empresas para generar beneficios propios, van en contra de los preceptos normativos que protegen el derecho de la competencia.

Es importante resaltar que un aspecto relevante en la Ley 1340 del 2009 recién citada es que se instaura la figura denominada “programa de beneficios por colaboración”, que consiste en la colaboración eficaz y efectiva que brindan las empresas involucradas en la ejecución de conductas anticompetitivas, a través de la entrega de pruebas que conlleven a demostrar la existencia de las mismas, la participación activa de una o varias empresas y las herramientas que estas utilizaron para alterar las condiciones del mercado y así anular la competencia económica, a cambio de beneficios como la exoneración total de la sanción económica que se impone por la práctica de conductas anticompetitivas y protección a los miembros de la empresa delatora frente a las posibles represalias en razón del desmantelamiento de los carteles o los acuerdos pactados entre las empresas infractoras.

Teniendo en cuenta esto, la presente reflexión realizada en el marco del programa *Consuma Caribe*,

busca analizar el sistema procesal y probatorio que aplican en las investigaciones concernientes a la constitución de conductas desleales y anticompetitivas que permitan evidenciar las fortalezas y falencias de la norma en materia de protección de los derechos del consumidor y la libre competencia.

Es así como se plantean los siguientes interrogantes ¿Cuáles son los medios de pruebas empleados en los procesos de defensa de la competencia?; ¿Es del todo efectiva la norma que establece los medios de pruebas en la defensa de la competencia, frente a la protección de los derechos del consumidor y la libre competencia?

La metodología utilizada durante el proceso investigativo es el tipo de investigación analítico descriptiva, en la cual se realizó un rastreo normativo y jurisprudencial de índole nacional e internacional para establecer los conceptos de la prueba y su importancia en la defensa de la competencia y la protección a los derechos del consumidor. Esta tipología de investigación propende por aproximarse a las características de un fenómeno para entenderlo y en el caso de los fenómenos jurídicos para aprehenderlos y, como es obvio, mejorarlos.

Así mismo, se diseñaron herramientas cualitativas como las rejillas de análisis bibliográfico, las rejillas de análisis de datos y la lectura estadística del *software* Horus empleado durante 2016 por el programa Consuma Caribe en tres ciudades del Caribe Colombiano: Santa Marta, Cartagena y Sincelejo. Es necesario señalar que el análisis de la prueba se convierte en el principal obstáculo para la reivindicación de los

derechos, dada su complejidad y desconocimiento en el grueso de la población Colombiana.

II. ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: CONTEXTO INTERNACIONAL Y LOCAL

Terminada la Guerra Civil en Estados Unidos de Norte América⁴⁰, el comercio y la economía comenzaron a evolucionar de forma acelerada, lo que trajo como consecuencia la implantación de una política sobre monopolios, la cual consistía en la asociación de diversos sectores económicos con la finalidad de crear un sistema empresarial que controlará los medios de producción, para fijar precios y dividir el mercado, dada la ausencia normativa del momento, a este fenómeno económico se le denominó los “truts”.

A raíz de esto, el Congreso norteamericano reaccionó con la expedición de una ley antimonopolio, que obligaba al Gobierno a regular e impedir la proliferación de monopolios, lo cual permitiría el desarrollo de la libre competencia. Esta norma se denominó la Ley Sherman⁴¹ de 2 de julio de 1890⁴².

40 1861-1865.

41 Promovida por el Senador JOHN SHERMAN (R-OH) (Lancaster, Ohio, 10 de mayo de 1823-Washibgton D. C., 22 de octubre de 1900). The Sherman Antitrust Act (1890), 26 Stat. 209, 15 U.S.C. §§ 1-7, disponible en [http://www.stern.nyu.edu/networks/ShermanClaytonFTC_Acts.pdf].

42 MARÍA VICTORIA ARCHILA. “Los precios predatorios. Una forma de abuso de posición dominante”, tesis de grado, *Pontificia Universidad Javeriana*, 9 de marzo de 2001, disponible en [<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis13.pdf>].

La Ley Sherman, establece que las relaciones comerciales surgidas en el mercado, que eran propicias para la creación de monopolios, iban en contra del derecho. Por lo tanto esta ley tenía como finalidad controlar la práctica de conductas o acuerdos que permitieran el surgimiento de un monopolio en cualquier sector de la economía. A su vez, instaure preceptos que generen mayor producción, descentralizando el poder económico para obtener una cadena de producción eficaz y eficiente distribuyendo las riquezas de forma equitativa a los diversos sectores de la economía⁴³.

Como consecuencia de lo anterior, con el surgimiento de la Ley Sherman, se da el origen del derecho de la competencia, con la finalidad de brindarles una protección real a los pequeños empresarios y mejores garantías para su inclusión en el mercado, impidiendo así las relaciones y los acuerdos monopolísticos que concentraran el poder en unos pocos.

La Ley Sherman representó un hito en la historia del derecho de la competencia en Norteamérica, sin embargo, esta no regulaba un aspecto fundamental, tal como lo es el régimen de las integraciones empresariales, por lo que se creó la Ley Clayton de 15 de octubre de 1914⁴⁴, norma que buscaba fortalecer la

43 JOHNNY GALVES ALBARRACÍN y MARÍA DEL ROSARIO VELÁSQUEZ TRUJILLO. "Aplicación en Colombia de la regla de la razón (*rule of the reason*) en el análisis de los acuerdos de cartel, dentro del derecho de la competencia", tesis de maestría, Cali, Universidad Icesi, 2015. [https://repository.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bits-tream/10906/78138/1/T00347.pdf].

44 Promovida por el Senador HENRY DE LAMAR CLAYTON JR., (D-AL)

normatividad anterior para prohibir la ejecución y el desarrollo de actos que permitieran la creación de monopolios que restringieran el comercio. Esta nueva ley se caracterizó por impedir la compra de acciones de las empresas, cuando tuviera como objetivo reducir la competencia en el mercado; de igual forma prohibió la compra de activos, las proposiciones de descuentos o tratos especiales a los consumidores y la conformación de grupos, a cambio de la adquisición de sus productos⁴⁵.

En seguida, se expidieron una serie de leyes que permitieron regular los diversos campos del derecho de la competencia, así para 1914 se crea la Ley de la Comisión Federal de Comercio, la cual tiene como objetivo determinar las conductas que son consideradas desleales en el mercado; en 1936 se expide la Ley Robinson-Patman⁴⁶ cuya finalidad es prohibir la fijación de distintos precios a diversos compradores, que se encuentran en igualdad de condiciones, para disminuir en forma ostensible la competencia y el 29 de diciembre de 1950 se implementa la Ley Celler-Ke-

(Savannah, Georgia, 10 de febrero de 1857-Opelika, Alabama, 21 de diciembre de 1929). The Clayton Antitrust Act of 1914, Pub.L. 63-212, 38 Stat. 730, 15 U.S.C. §§ 12-27, 29 U.S.C. §§ 52-53, disponible en [<https://www.justice.gov/atr/file/761131/download>].

45 ARCHILA. "Los precios predatorios. Una forma de abuso de posición dominante", cit.

46 Promovida por el Senador JOSEPH TAYLOR ROBINSON (D-AR) (Lonoque, Arkansas, 26 de agosto de 1872-Washington D. C., 14 de julio de 1937) y el Representante JOHN WILLIAM WRIGHT PATMAN (Hughes Springs, Texas, 6 de agosto de 1893-Bethesda, Maryland, 7 de marzo de 1976). Anti-Price Discrimination Act, Pub. L. No. 74-692, 49 Stat. 1526, 15 U.S.C. § 13.

fauver⁴⁷, para limitar la creación de concentraciones empresariales que restrinjan la competencia mediante el empleo de activos físicos en cabeza de las grandes empresas⁴⁸.

De acuerdo a estos antecedentes históricos, se denota el origen del derecho de la competencia en el sistema jurídico norteamericano, el cual abrió el camino para que otras legislaciones regularan el tema dentro de sus ordenamientos jurídicos, debido a la magnitud y el impacto que tiene el derecho de la competencia en la economía y la eficiencia del mercado.

Es pertinente hacer mención al derecho probatorio en España. El sistema jurídico español en materia de competencia, de acuerdo a las directrices de la Comunidad Europea, contempla la Norma 2006/C 298/11⁴⁹, que implementa las obligaciones fundamentales que deben seguir los países miembros que tengan carteles empresariales para colaborar con las autoridades competentes para la desarticulación de

47 Promovida por el Representante EMANUEL CELLER (D-NY) (Brooklyn, New York, 6 de mayo de 1888-15 de enero de 1981) y el Senador CAREY ESTES KEFAUVER (D-TN) (Madisonville, Tennessee, 26 de julio de 1903-Bethesda, Maryland, 10 de agosto de 1963). P.L. 81-899, 64 Stat. 1125, disponible en [<http://legisworks.org/congress/81/publaw-899.pdf>].

48 MIGUEL EFRAÍN POLO y SALIM KARAM. "Teoría del modelo social en el derecho de la competencia", Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2002. [<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-13.pdf>].

49 "Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel", 8 de diciembre de 2006, disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2006.298.01.0017.01.SPA&toc=OJ:C:2006:298:TOC].

los mismos y así obtener los beneficios señalados en el programa de clemencia.

En 2007 se implementó la Ley 15 de 3 de julio de 2007⁵⁰, mejor conocida como “Ley de Defensa de la Competencia” desarrollada a través del Real Decreto 261 de 22 de febrero de 2008⁵¹, la cual prohíbe taxativamente todos aquellos actos, pactos y acuerdos que tiendan a restringir la competencia económica, repartir el mercado entre varias empresas. Esta norma faculta a la Comisión Nacional de la Competencia a sancionar mediante la imposición de multas por un valor del 10% del total del negocio a las empresas que hayan incurrido en estas prácticas.

Para acceder al programa de clemencia es necesario que la persona natural o jurídica, sujeto adscrito al cartel, aporte a la Comisión Nacional de la Competencia una solicitud sea verbal o escrita, donde acepte los hechos en los que ha participado de manera activa en el cartel empresarial que denuncia, así como la información que incluya la descripción del acuerdo anticompetitivo y las pruebas pertinentes que demuestren la existencia del cartel⁵².

50 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 159, de 4 de julio de 2007, disponible en [<https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-12946-consolidado.pdf>].

51 “Por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia”, BOE, n.º 50, de 27 de febrero de 2008, disponible en [http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rd261-2008.html].

52 ANTONIO GUERRA FERNÁNDEZ (coord.). “Guía Práctica de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el Real Decreto 261/2008 de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia”, Madrid, Uría Menéndez, 2008, disponible en [<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2696/documento/GuiaUM.pdf?id=2931>].

Es de anotar que las empresas que participaron en calidad de promotoras y coaccionaron a otras a integrar el cartel, no podrán hacerse merecedoras de la exención total de la multa, sin que esto afecte la posibilidad de que se hagan acreedoras de una reducción parcial de la multa que se impondrá terminado el proceso sancionatorio.

Para recibir los beneficios establecidos en el programa de clemencia, no solo basta con realizar la solicitud del programa y la entrega de la información relevante, que permita probar la existencia de carteles empresariales. Se requiere, de acuerdo al Real Decreto 261 de 2008 recién citado, que la o las empresas deladoras estén a disposición de la autoridad competente para el recaudo probatorio efectivo que permita:

- Acceder de forma inmediata a las pruebas y a los elementos materiales probatorios;
- Colaborar en cualquier momento con la Comisión Nacional de la Competencia y atender sus requerimientos;
- Permitir la colaboración y la rendición de testimonios de los empleados adscritos a las empresas deladoras;
- No practicar acciones que tiendan a dificultar, encubrir o engañar las pruebas dentro del proceso investigativo;
- No dar a conocer información confidencial de la solicitud y elementos de la notificación del pliego de concreción.

En lo que respecta al derecho de la competencia en Colombia, con la creación de la Constitución Política

de 1991, se estableció que para el buen funcionamiento de la economía y la generación de beneficios en el mercado, era necesario que el Estado, como cabeza que dirige el conglomerado social, garantizará el desarrollo de derechos de índole económica bajo los límites que permitieran una buena convivencia y orden social. Es así como se determinaron derechos económicos fundamentales como la libertad de asociación, la propiedad privada, la libre competencia económica y la libre escogencia de profesión u oficio, preceptos consagrados en la norma máxima⁵³.

La libre competencia económica es definida por el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia, indicando:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

53 ALFONSO MIRANDA LONDOÑO. "El regimen general de la libre competencia. Características principales" Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial, Bogotá, octubre de 1997, disponible en [<https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1-rc3a9gimen-general-de-la-libre-competencia-aml.pdf>].

Así se infiere que la libre competencia se puede analizar desde una perspectiva individual o colectiva. Donde el carácter individual está a favor de la persona natural o jurídica que desee hacer empresa; mientras que se considera de carácter colectivo, dado que su desarrollo permite la generación de beneficios a favor del consumidor a través de la reglamentación en la oferta de bienes y servicios de calidad, con precios reales y el ofrecimiento de garantías.

Estos postulados normativos propenden por la protección real de la competencia y los consumidores en el ordenamiento jurídico colombiano, como sujetos activos en las relaciones de consumo, con base a los principios de eficiencia económica y bienestar general.

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO explica el derecho de la competencia “como el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado en aras del interés público”⁵⁴. Otra definición contempla el concepto de competencia como “la búsqueda consciente de liderazgo respecto a otros empresarios”⁵⁵.

54 ALFONSO MIRANDA LONDOÑO. “Origen y Evolución del Derecho de la Competencia en Colombia. La Ley 155 de 1959 y su legado”, *Derecho de la Competencia*, vol. 6, n.º 6, enero-diciembre de 2011, pp. 65 a 148, disponible en [<https://docplayer.es/32258820-Origen-y-evolucion-del-derecho-de-la-competencia-en-colombia-la-ley-155-de-1959-y-su-legado.html>], p. 69.

55 RAÚL ÓSCAR DICHARA. *Economía industrial. Conceptos y aplicaciones*, Bahía Blanca, Argetina, Universidad Nacional del Sur, 2005, p. 20.

A su vez JOAQUÍN GARRIGUES explica la noción de la competencia, considerándola un fenómeno de orden jurídico, que tiene un impacto en las relaciones sociales y económicas de las personas, las cuales se encuentran sometidas a la ley, lo que indica un límite a la libertad económica del individuo dentro del sistema jurídico. Es decir, que en últimas las personas constitucionalmente tienen derecho a ejercer la libre competencia bajo los preceptos y limitaciones establecidas en la norma⁵⁶.

Para la Corte Constitucional colombiana, la libre competencia debe ser analizada a partir de dos enfoques: desde el enfoque subjetivo se contempla el derecho que implica el uso de facultades y el cumplimiento de obligaciones por parte del individuo, mientras que desde el enfoque objetivo, la libre competencia toma una naturaleza normativa, donde se instauran las reglas que deben seguir los sujetos activos en la economía, la cual debe ser protegida por el Estado en el desarrollo y ejercicio de sus funciones, teniendo como misión primordial favorecer la creación y el sostenimiento de los mercados bajo la óptica de libre competencia económica, al promover la eficiencia de la economía y los intereses de los consumidores para la satisfacción de sus necesidades básicas⁵⁷.

56 JOAQUÍN GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE. *Curso de derecho mercantil*, t. I, Bogotá, Temis, 1987.

57 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-535 de 23 de octubre de 1997, M. P: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-535-97.htm>].

Y es que mientras el Estado regule los preceptos que rigen las relaciones económicas dentro del mercado, esto representa garantías y beneficios al consumidor, dado que tienen diversas opciones para escoger los productos de óptimas calidades, a mejores precios y con las últimas tendencias⁵⁸.

Con base en lo anterior, se concluye que la libre competencia es la oportunidad que tiene cada sujeto participante en la economía de disputar con otros en igualdad de condiciones, la posibilidad de ofertar y comercializar bienes y servicios a los consumidores para la generación de beneficios económicos.

De esta manera el derecho de la competencia permite garantizar que los empresarios compitan en el mercado por la comercialización de sus productos, estableciendo una clientela determinada que le genere ganancias al desarrollar una actividad económica, mientras que los consumidores ostentan la libertad de escogencia dentro del sistema económico, donde la adquisición de bienes y servicios se haga con base al ofrecimiento de condiciones de calidad y efectividad para la satisfacción de sus necesidades básicas.

III. ACTOS Y CONDUCTAS RESTRICTIVAS QUE VIOLENTAN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA

El sistema jurídico colombiano determina un conjunto de normas especiales para regular el derecho de la

58 Ídem.

competencia y el desarrollo de prácticas, actos o conductas que restrinjan la misma; estas normas son la Ley 155 de 1959 citada, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009 citada, que analizan la prohibición taxativa de ejecutar en el mercado acciones que limiten la libre competencia, así como la inclusión y reglamentación de los procesos que permiten determinar a las autoridades competentes, la existencia de violaciones a las leyes para la imposición de las respectivas sanciones.

Acerca de esto, PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO afirma el impacto que tienen estos actos en la economía indicando:

que las conductas restrictivas de la competencia generan desequilibrio en el consumo, ineficiencia económica y mal funcionamiento de los mercados⁵⁹.

De esta manera las normas referenciadas indican un listado de las acciones o conductas que son consideradas prohibidas por su restricción a la competencia, dentro de las cuales están aquellos pactos o alianzas anticompetitivas que se dan entre dos o más empresas; el abuso de posición de dominio que una o varias empresas pueden tener frente a las demás en el mercado y la ejecución de actos de orden unilateral que realice una empresa.

59 PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO. "Los beneficios por colaboración en la persecución de los carteles empresariales", *xxxvi Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Pereira, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2015.

A continuación se explicará la noción de los actos y conductas que son consideradas por la ley como anti-competitivos.

A. Acuerdos anticompetitivos

El artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 citado define el concepto de acuerdo al expresar: “Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”.

Ahora bien, son considerados acuerdos anticompetitivos aquellos contratos, convenios o pactos que se den de forma concertada entre las empresas, pero limiten la competencia dentro del mercado⁶⁰.

Los acuerdos se clasifican en verticales y horizontales, los primeros se caracterizan por ser pactos surgidos entre las empresas que pertenecen a los distintos sectores que conforman la cadena de producción, es decir, aquellos acuerdos surgidos entre un productor con un distribuidor, mientras que los segundos se caracterizan por que surgen acuerdos entre empresas que conforman el mismo sector de producción, por lo tanto, terminan por formar un cartel empresarial.

Los carteles empresariales son constituidos con la finalidad de que las empresas asociadas obtengan beneficios y rendimientos económicos mediante la fijación de precios, el establecimiento de cuotas en la producción y la repartición geográfica del mercado entre unos pocos. De esta manera los efectos que

60 SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. “Prácticas restrictivas de la competencia”, cit.

se generan por estos acuerdos son la eliminación de la competencia directa entre las empresas, ya que el cartel impone las condiciones sobre la producción y comercialización de los productos en el mercado, ofreciendo bienes y servicios más caros, con precios fijos, baja calidad de los mismos y poca variedad, lo que termina perjudicando a la cadena más débil del sistema económico, es decir, el consumidor, que busca con la adquisición de bienes y servicios la satisfacción de sus necesidades básicas.

El artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 citado establece los acuerdos que afectan el derecho de la libre competencia, los cuales son:

- a) Determinar de forma directa o indirecta el valor de los productos en el mercado;
- b) Establecer requisitos para la venta o comercialización de bienes y servicios que excluyan a otras empresas;
- c) Distribuir geográficamente el mercado entre los sujetos participantes en la cadena de producción (productores/distribuidores);
- d) Asignación de cuotas de producción y suministro a las empresas;
- e) Repartir entre las empresas o limitar las fuentes que abastecen los insumos para la fabricación de productos;
- f) Condicionar la venta o entrega de suministros para la fabricación de productos al cumplimiento de ciertas obligaciones que no pertenecen al objeto contractual;

g) Inhibirse de producir bienes y servicios o perjudicar los niveles de producción para la fabricación de los mismos;

h) Acordar la participación en licitación o concursos por parte de las empresas o distribuirse los contratos, los concursos o establecer las condiciones para los términos que deben contener las propuestas; y

i) Dificultar la participación de terceros en el mercado y limitarlos para que accedan a los distintos medios de comercialización.

Respecto de la posición dominante, la Corte Constitucional la explica así:

A partir de las regulaciones contenidas en el Decreto 2153/92, existe posición dominante cuando uno de sus oferentes, en razón de su grado de participación, tiene la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado⁶¹.

De igual forma, la Ley 155 de 1959 indica que

Las empresas comerciales no podrán emplear prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a monopolizar la distribución, ni ejecutar actos de competencia desleal en perjuicio de otros comerciantes.

Con base a lo anterior, se manifiesta que la posición de dominio es la fuerza y el poder que tiene una determinada empresa en establecer las condiciones eco-

61 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-228 de 24 de marzo de 2010, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-228-10.htm>].

nómicas que se dan en el mercado relevante, al cual está adscrito. Es decir, la capacidad de una empresa en instaurar precios, valores de producción y especificar la calidad de los bienes y servicios, sin tener en cuenta las acciones que despliegan las empresas que compiten en el mismo mercado.

El artículo 50 del Decreto 2153 1992 citado fija las acciones que son consideradas como posición dominante, encontrando:

a) La reducción de los precios de los productos por debajo de su valor, con la finalidad de suprimir la competencia o evitar la participación y el crecimiento de las empresas en el mercado;

b) El uso de condiciones que discrimine a empresas en negocios equivalentes o impongan una condición que no sea favorable al consumidor o proveedor frente a otros sujetos que estén en circunstancias iguales;

c) Condicionar la venta o entrega de suministros para la fabricación de productos al cumplimiento de ciertas obligaciones que no pertenecen al objeto contractual;

d) La venta de productos a un comprador bajo preceptos distintos de los que normalmente se dan a otro comprador, con la finalidad de eliminar la participación de la competencia en el mercado;

e) Comercializar bienes y prestar servicios en algunos territorios del orden nacional, por un valor diferente al que se pacta y ofrece en otra parte del país, cuando tengan como objetivo eliminar la participación de la competencia en el mercado, en un lugar especial del territorio nacional y el valor de los produc-

tos no sea el correspondiente a los costos del mismo y la transacción económica; y

f) Dificultar la participación de terceros en el mercado y limitarlos para que accedan a los distintos medios de comercialización.

B. Actos que se oponen a la libre competencia

El artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 define el concepto de acto así: “Todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica”.

Esta misma normativa en su artículo 48 establece que actos son considerados anticompetitivos, afirmando que son aquellos que:

a) Trascender la leyes sobre publicidad que contempla el Estatuto que brinda protección al consumidor;

b) Incidir en las decisiones de una empresa, con la finalidad de que esta aumente el precio de los bienes y servicios que comercializa o que desista de su decisión de bajar los mismos; y

c) Oponerse a comercializar bienes o prestar servicios a una o varias empresas discriminándolas por la política de precios que estas desarrollan en el mercado.

C. La prueba en los procesos de defensa de la Competencia en Colombia

En los procesos de defensa de la competencia, la prueba juega un papel primordial a la hora de establecer la responsabilidad empresarial por la trasgresión normativa. De tal manera que es importante tener en

cuenta tres aspectos fundamentales como : a) El objeto de la prueba, es decir, qué es lo que se va a probar; b) La carga de la prueba, que corresponde a quién debe probar la violación legal por la práctica de conductas anticompetitivas; c) Los medios de prueba, que analizan cómo puede probarse la conducta prohibida; y d) El estándar de la prueba o el nivel de suficiencia de la misma⁶².

De igual forma la autoridad competente en el análisis probatorio deberá demostrar respecto al caso presentado lo siguiente:

- Que las pruebas recaudadas acrediten la apertura de una investigación sobre varias empresas;
- Que las acciones, conductas y actos que se investigan se han desarrollado efectivamente en el mercado;
- Que la ejecución de estas acciones violentaron de manera sistemática el ordenamiento jurídico establecido;
- Que la acción desarrollada sea continua en el tiempo y genere efectos con gran impacto en el mercado;
- La responsabilidad de las empresas participantes en la práctica de las conductas prohibidas; y
- La concurrencia de circunstancias que agravan o atenúan la conducta desplegada por las empresas infractoras.

62 ALFONSO LAMADRID DE PABLO y ANA BALCELLS CARTAGENA. *La prueba de los cárteles en el derecho español*, febrero de 2015, disponible en [https://antitrustlair.files.wordpress.com/2015/02/la-prueba-de-los-cc3a1rteles-en-espac3b1a-lamadrid_balcells.pdf].

Es importante resaltar que en los procesos de investigación desarrollados por la autoridad competente, el objeto probatorio tiene gran incidencia en la imposición de una sanción o constituir un eximente de responsabilidad de las empresas investigadas. De tal manera que se requiere que las pruebas sobre las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio emplea para la apertura formal de una investigación a una o más empresas y a personas naturales, por la práctica de conductas restrictivas de la competencia, sean evaluadas por estándares oportunos que permitan tener una firme convicción de la existencia del acto o conducta prohibida y los efectos que estas generaron en el mercado, la competencia y los consumidores.

En los procesos de defensa de la competencia los medios probatorios que por lo general son utilizados para demostrar la existencia de las conductas anti-competitivas, pueden ser clasificados de la siguiente forma:

- Pruebas documentales decomisadas durante las visitas administrativas que realiza la Superintendencia de Industria y Comercio a las instalaciones de las empresas. En estas se incluyen los correos electrónicos enviados, agendas personales de los directivos o trabajadores, documentos contables, entre otros.

- Pruebas documentales entregadas por las empresas y las personas naturales que se acogen al programa de beneficios por colaboración o a petición de la autoridad competente, en cumplimiento de los compromisos adquiridos por las empresas deladoras

en el marco del convenio de colaboración suscrito entre las partes.

– Pruebas documentales entregadas a la autoridad competente por un tercero, en este caso, sea el denunciante o alguna persona natural o jurídica que desee desarticular el cartel empresarial que genera perjuicios económicos a la competencia y a los consumidores.

– La confesión desde una perspectiva diferente a la solicitud de acceso al programa de beneficios por colaboración, es decir, aquellas que se den en los descargos presentados por las empresas en el proceso investigativo y sancionatorio que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio, donde reconoce total o parcialmente los hechos, la responsabilidad de la comisión de conductas que restrinjan la competencia.

Ahora bien, para la valoración de los medios probatorios tendiente a demostrar la práctica de actos, conductas y acuerdos que limiten el derecho de la competencia, es necesario un análisis transparente y riguroso de la prueba, para así establecer responsabilidades administrativas o eximentes de responsabilidad.

De manera que se encuentra la importancia de ciertos criterios que permiten valorar en forma adecuada una prueba. Estos criterios son: a) La credibilidad del material probatorio y los detalles que estos contengan para demostrar las conductas anticompetitivas desplegadas por las empresas; b) El sujeto que allega las pruebas, si este conoce de forma directa los hechos que se desarrollaron para la comisión de conductas ilícitas; y c) La causa que motivó la existencia de las pruebas.

Para el caso de la prueba del abuso de la posición de dominio, es importante resaltar la necesidad de probar que las empresas desarrollan una conducta de posición dominante en el mercado, la participación que esta tiene en el mismo, la capacidad económica de la empresa que le permite tener una posición de dominio y las limitaciones que impone la empresa para que la competencia acceda al mercado⁶³.

D. El programa de beneficio por colaboración

El sistema normativo de la competencia en Colombia contempla la figura jurídica denominada “beneficio por colaboración”, lo que en otros ordenamientos jurídicos como los países miembros de la Unión Europea conocen como “programa de clemencia” o en Estados Unidos como *leniency*. Esta figura ha generado aspectos positivos frente al desmantelamiento y la restricción de carteles empresariales en los mercados globales. Es así como la Superintendencia de Industria y Comercio, en el desarrollo de las investigaciones que pretendan probar la existencia de actos y conductas que atenten contra la competencia económica, ofrezca este mecanismo a las empresas investigadas, con la finalidad de obtener un material probatorio que confirme la responsabilidad de estas empresas y ayude a la desarticulación de los carteles y acuerdos colusorios⁶⁴.

63 SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. “Prácticas restrictivas de la competencia”, cit.

64 ÁNGELA BIBIANA CAMARGO RODRÍGUEZ. “Análisis de los alcances de la aplicación del programa de clemencia del sistema español fren-

La finalidad del legislador de crear esta figura jurídica no es más que la colaboración eficaz y efectiva que puede brindar una o varias de las empresas participantes en el cartel para su desarticulación, mediante la entrega de pruebas idóneas a cambio de la amnistía total o una reducción considerable de la pena impuesta por la responsabilidad en la práctica de estas conductas, debido a la dificultad que existe para detectar este tipo de acuerdos ilegales en el sistema económico.

IV. LA LEY 1340 DE 2009 Y EL DECRETO 1523 DE 2015 FRENTE AL PROGRAMA DE BENEFICIO POR COLABORACIÓN

El artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 citada afirma:

La Superintendencia de Industria y Comercio podrá conceder beneficios a las personas naturales o jurídicas que hubieren participado en una conducta que viole las normas de protección a la competencia, en caso de que informen a la autoridad de competencia acerca de la existencia de dicha conducta y/o colaboren con la entrega de información y de pruebas, incluida la identificación de los demás participantes, aun cuando la autoridad de compe-

te al beneficio por colaboración o delación en Colombia: esquemas que buscan neutralizar la creación y efectos de los carteles empresariales”, trabajo de grado, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2016, disponible en [<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/9222/4/DERECHO%20COMPARADO%20ENTRE%20ESPAÑA%20Y%20COLOMBIA%20-%20ESQUEMAS%20APLICADOS%20EN%20CONTRA%20DE%20LOS%20CARTELES%20EMPRESAR.pdf>].

tencia ya se encuentre adelantando la correspondiente actuación.

A su vez el Decreto 1523 de 16 de julio de 2015⁶⁵, indica que los beneficios por colaboración contemplan varios aspectos tales como:

– La exención total o parcial de la sanción impuesta, es decir, la reducción total o parcial de la multa que impondría la autoridad competente a las personas naturales o jurídicas investigadas que hayan denunciado la existencia del cartel y sus participantes. De igual forma imposibilita al sujeto que instiga o promueve la acción restrictiva, a que obtenga la exención total de la pena en razón de las cualidades que desarrolla dentro del acuerdo colusorio, sin que ello signifique que no pueda gozar de una reducción porcentual de la pena por brindar una colaboración eficaz.

– La facultad que tiene la autoridad competente –en este caso, la Superintendencia de Industria y Comercio– en establecer si es procedente la consecución de beneficios, de acuerdo al material probatorio entregado y la valoración de las mismas frente a la función, utilidad y calidad que generan cada una en el proceso de investigación administrativo y permitan determinar aspectos relevantes de las conductas anticompetitivas tales como la existencia, duración, modalidad, consecuencias del pacto, identificación de la empresas y su nivel de participación en el acuerdo,

65 *Diario Oficial*, n.º 49.575, de 16 de julio de 2015, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30019955>].

además de las utilidades económicas que obtuvieron por el desarrollo de estas conductas.

– El orden cronológico en el que cada empresa delatora aportó el material probatorio para dismantelar el cartel y establecer responsabilidades, lo cual tiene gran incidencia en la prelación para la aplicación de la figura jurídica del beneficio por colaboración.

Es importante indicar que el Decreto 1523 de 2015 señala que para acceder a los beneficios por colaboración, la persona natural o jurídica que los solicita no debe ser el promotor o instigador de los acuerdos colusivos, ya que este no puede hacerse acreedor de la exoneración total de la sanción. Y en caso que se indique que otra persona es la promotora o instigadora del acuerdo, se deberán aportar las pruebas que acrediten esta condición.

Es así como vemos que si una empresa o persona delatora en el transcurso del proceso investigativo, es confrontada por otro de los sujetos que integran el cartel y este aporta las respectivas pruebas que acreditan la condición de que esta empresa o persona era el líder que instigaba y promovía las acciones anticompetitivas ante la autoridad competente, le serán retirados los beneficios de exención total de la sanción, si fuera el caso, que este ocupará el primer lugar de prelación de beneficios, sin que esto lo imposibilite de gozar de una reducción de la sanción de acuerdo al orden cronológico, siempre que haya una empresa delatora más.

Para acceder al programa de beneficios por colaboración se requieren el cumplimiento de ciertos requisitos, tales como:

- La empresa delatora debe reconocer que participó de manera activa en la creación, desarrollo y ejecución del acuerdo anticompetitivo;

- Proveer la información que indica la existencia del pacto colusorio en el mercado, la configuración y métodos de operación, los bienes o servicios comercializados por los cuales se dio origen al cartel y las personas naturales o jurídicas participantes del mismo.

Cumplidos los requisitos anteriores, la empresa delatora hará parte del programa de beneficios por colaboración de la Superintendencia de Industria y Comercio. Ahora bien, al tener claros los requisitos necesarios para la entrada en el programa, se considera la asignación de beneficios a los solicitantes, de acuerdo al orden de prelación que tengan las empresas deladoras, así como el momento en el cual aportaron las pruebas para desarticular el cartel, además que estas sean relevantes en la investigación desarrollada. Así vemos que el Decreto 1523 de 2015 establece:

- A la primera empresa o persona natural que solicita la aplicación del programa de beneficio por colaboración y aporte el material probatorio y este sea eficaz, se le asignará una exención total de la sanción a imponer, por la responsabilidad de las prácticas restrictivas de la competencia en el mercado;

- A la segunda empresa o persona natural se le asignará una rebaja entre el 30% y el 50% de la sanción impuesta, con base a la utilidad y oportunidad de la entrega de la información en el proceso de la delación;

– Y a la tercera o demás empresas o personas naturales se les asignará una rebaja del 25% de la pena a imponer, con base a la utilidad y oportunidad de la entrega de la información en el proceso de la delación.

A. Términos para acceder al programa de beneficios por colaboración y pérdida de beneficios

De acuerdo al Decreto 1523 de 2015, la oportunidad que tiene el solicitante para acceder al programa de beneficios por colaboración depende del estado de la investigación. Así vemos que este puede realizar la solicitud en cualquier momento, siempre y cuando no se haya iniciado un proceso investigativo formal, mientras que si el solicitante tiene conocimiento de la apertura de una investigación en su contra para determinar la responsabilidad por la práctica de conductas anticompetitivas, tendrá un término de 20 días contados desde el momento de la notificación de la resolución que indica la apertura del proceso investigativo.

Ahora bien, el decreto que regula los preceptos del programa de beneficios por colaboración prevé la pérdida de los mismos, cuando se configuren unas causales que se encuentran expresadas en el artículo 2.2.2.29.3.1 del Decreto 1523 de 2015, las cuales son:

– Que la persona natural o jurídica que sea delatora coloque en duda y debata los hechos a lo largo del proceso de investigación que reconoció y relacione en la solicitud de beneficios por colaboración;

– Que la persona natural o jurídica que sea delatora no brinde colaboración efectiva ni permita la rendición de testimonios de los trabajadores o administradores;

– Que la persona natural o jurídica que sea delatora no cumpla con los mandatos y solicitudes que le ordene la SIC, con la finalidad de verificar y convalidar la información, las pruebas y los hechos relacionados en la solicitud de beneficios por colaboración;

– Que la persona natural o jurídica que sea delatora elimine, modifique e impida acceder al material probatorio de gran relevancia en la investigación y permita determinar la existencia del acuerdo colusivo que limita el desarrollo de la libre competencia;

– Que la persona natural o jurídica que sea delatora sea el sujeto que tiene la calidad de promotor o instigador del pacto que genere conductas restrictivas de la competencia; y

– Que la persona natural o jurídica que sea delatora infrinja o quebrante los preceptos y los compromisos adquiridos en el programa de beneficios por colaboración.

Con base en lo anterior, se concluye que la participación en la investigación que deben dar los delatores es de carácter obligatorio para con la autoridad competente desde el momento en que se adscriben al programa de beneficios, ya que la colaboración que se brinda deber ser recíproca, es decir, que para que la empresa o persona natural reciba el beneficio de exención parcial o total de la sanción a imponer, esta debe otorgar las pruebas y la información pertinente

que permita demostrar la existencia del cartel y los efectos que estos generaron en el mercado.

B. Casos en el ordenamiento jurídico colombiano

En el presente acápite se analizarán dos casos, donde varias de las empresas participantes se acogieron al programa de beneficios ofrecidos por la Superintendencia de Industria y Comercio para desarticular carteles empresariales y colaborar en el proceso investigativo y sancionatorio por las prácticas de conductas que restringen la competencia en el mercado colombiano.

1. Caso Cartel Empresarial Papeles Higiénicos

Empresas Investigadas: Kimberly Colpapeles, Drypers Andina, Productos Familia y Papeles Nacionales y Cartones y Papeles de Risaralda.

Recopilados los elementos probatorios, la Superintendencia de Industria y Comercio inició un proceso de investigación formal en contra de las empresas relacionadas antes, por la formación de un cartel empresarial, cuyo objetivo era fijar los precios del producto papel suave o tisú en el mercado colombiano. Así mismo, la autoridad competente identificó que 42 personas naturales, con cargos directivos de las empresas que conforman el cartel, participaron en la toma de decisiones para la formación y fijación de estrategias por parte del cartel, por lo que formuló cargo a tra-

vés de la Resolución n.º 69518 de 24 de noviembre de 2014⁶⁶.

Las empresas que solicitaron el acceso al programa de beneficios por colaboración y suscribieron el convenio, de acuerdo al orden cronológico son: Kimberly Colpapeles, Productos Familia y Cartones y Papeles de Risaralda. Sin embargo, la Superintendencia de Industria y Comercio, en el avance del proceso investigativo, logró determinar que la Empresa Familia, encubrió información de vital importancia y empleo estrategias de engaños para hacer creer que su nivel de participación en el cartel era bajo, por lo cual se le sancionó con una reducción de la multa en un 50%.

De acuerdo al material probatorio recaudado y la información proporcionada por las empresas deladoras, la Superintendencia de Industria y Comercio logró establecer que el cartel existió durante los periodos comprendidos entre los años 1998 a 2013 y que fijaron los precios de forma directa o indirecta del papel higiénico suave. Además, que estas empresas eran conscientes de las actividades ilícitas que desarrollaban en el mercado y de la comunicación que se daba entre ellas, hecho que fue probado a través de los correos electrónicos donde a cada empresa se le asignaba un seudónimo para que no fueran plena-

66 "Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos", Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio, disponible en [http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/RESOLUCION_69518_DEL_24_DE_AGOSTO.pdf].

mente identificadas, así, se encuentran los siguientes nombres:

- Empresa Kimberly su alias era Kioskos”
- Empresa Familia su alias era “Feos”
- Empresa Papeles Nacionales su alias era “Pitufos”
- Empresa Cartones y Papeles de Risaralda su alias era “Rosas”.

Pese a esto, más adelante la investigación determinó que la empresa Drypers Andina fue desvinculada del proceso, porque no participó en la toma de decisiones para la creación, desarrollo y ejecución del cartel empresarial y sus estrategias en el mercado.

De esta manera el 26 de mayo de 2016, la Superintendencia de Industria y Comercio emitió la Resolución n.º 31739⁶⁷, la cual dio por terminado el proceso investigativo y sancionatorio que se inició, afirmando que las sanciones impuestas son:

- La empresa Colombiana Kimberly y Colpapel S. A. se le impuso una multa por valor de \$68.945.500.000.
- La empresa Cartones y Papeles de Risaralda S. A. se le impuso una multa de \$4.136.730.000.
- La empresa Productos Familia S. A. se le impuso una multa de \$62.050.950.000.
- La empresa Papeles Nacionales S. A. se le impuso una multa de \$48.261.850.000.

67 “Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones”, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio, disponible en [http://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/022018/RES_31739_DE_2016.pdf].

Ahora bien, para las empresas que se acogieron al programa de beneficios por colaboración y de acuerdos a los preceptos y reglamentos establecidos en la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 1523 de 2015, como es el caso de la empresa Kimberly y Colpapel S. A., fue eximida de pagar el 100% de la multa impuesta, así como a la empresa Cartones y Papeles de Risaralda S. A. se le asignó una rebaja del 30% de la multa impuesta.

2. Caso Cartel empresarial de pañales

Empresas Investigadas: Familia con su producto Pequeñín, Drypers con su producto Baby Sec, Tecnosur-Tecnoquímicas con su producto Winny Ultratrim y Kimberly con su producto Huggies.

Las empresas relacionadas antes son investigadas por la comisión de conductas que restringen la competencia, al pactar acuerdos que permitieron la cartelización en los diversos sectores de la cadena de producción del producto pañales desechables para bebés. Del mismo modo, la Superintendencia de Industria y Comercio emitió la Resolución n.º 47.965 de 4 de agosto de 2014⁶⁸, donde dio inicio al proceso de investigación a 44 personas naturales, con cargos

68 "Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos", Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio, disponible en [http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Resoluciones/2014/Resolucion_47965_2014.pdf].

directivos y ex trabajadores de las empresas que conforman el cartel.

Este proceso investigativo inicia en el mes de noviembre de 2013, donde la Superintendencia de Industria y Comercio realiza inspecciones administrativas a las instalaciones de las empresas investigadas, donde se logró que dos de las empresas que conforman el cartel se acogieran al programa de beneficios por colaboración, de acuerdo a los preceptos normativos de la Ley 1340 de 2009 y teniendo en cuenta el orden de prelación para la suscripción del convenio para recibir los beneficios, de manera pues que las empresas son Kimberly con su producto Huggies y Familia con su producto Pequeñín.

Así la autoridad competente determinó –gracias a la información aportada por las empresas deladoras– que el cartel empresarial se dio entre los años 2000 a 2013, y tenía por objeto la fijación y el aumento de precios del producto pañales para bebés, al igual que crear estrategias que permitieran manipular de forma artificial las condiciones del mercado.

A su vez los directivos y trabajadores de estas empresas eran conscientes de las actividades ilícitas que desarrollaban en el mercado y que restringían en forma notable la competencia y de la comunicación permanente que se daba entre ellos, hecho que fue probado a través de los correos electrónicos donde se estipulaban el uso de siglas para transmitir la información, así como el empleo de llamadas telefónicas a los números personales de los directivos y los trabajadores que estuvieran relacionados con los medios

de comercialización del producto, para comunicar las directrices impartidas por los altos mandos.

De esta forma, las empresas que se acogieron al programa de beneficios por colaboración y de acuerdos a los preceptos y reglamentos establecidos en la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 1523 de 2015, como es el caso de la empresa Kimberly con su producto Huggies fue eximida de pagar el 100% de la multa impuesta, así como la empresa Familia con su producto Pequeñín, se le asignó una rebaja del 50% de la multa impuesta, por el apoyo y la colaboración que brindó antes del inicio del proceso sancionatorio y a lo largo de la investigación. Por otra parte, la Superintendencia de Industria y Comercio eximió de la sanción a la empresa Tecnosur, dado que era productor de los pañales y su participación en la comercialización era nula, y fue en este contexto donde se practicaron las conductas restrictivas de la competencia.

Independiente a esto, a la empresa Drypers con su producto Baby Sec se le impuso una multa por valor de \$208.000.000, por la trasgresión normativa y las conductas ilegales que desplegaron en el mercado y afectaron en forma ostensible a la competencia y a los consumidores.

V. CONCLUSIONES

Los resultados y la incidencia de la nueva normatividad en torno a los derechos del consumo en Colombia saltan a la vista: procesos por cartelización a mega industrias como los pañales y los cuadernos, procesos serios y efectivos de freno a la mala publicidad, san-

ciones a operadores como Electricaribe y empresas de telefonía celular como Movistar, así como sanciones al sector financiero por no entregar información adecuada y por el uso de cláusulas abusivas. Así mismo, el freno a las agencias de viajes y la promoción del connotado y popularizado derecho al retracto en la compra, nos dan una panorámica de cambio constante y litigios efectivos por hacer válido y eficaz el nuevo Estatuto del Consumidor.

De ahí que las innovaciones jurídicas propuestas sigan abriendo nuevas posibilidades con miras a fortalecer al eslabón más débil en la cadena: el consumidor final. Las formas que asume la jurisprudencia en torno a esta temática señalarán el camino de los derechos que sin lugar a dudas seguiría enmarcado en el constitucionalismo progresista y el goce efectivo de los derechos. La labor de la promoción y educación de los derechos en un conjunto de acciones como lo posibilitó el Programa Consuma Caribe en tres ciudades del Caribe colombiano, valida la importancia de la pedagogía jurídica en torno a los derechos del consumidor, que potencia el aprendizaje de grupos y comunidades en la defensa de estos derechos.

Para finalizar, es pertinente recordar que el derecho de la competencia tutela jurídicamente la protección y el bienestar de los consumidores. Es así como el Estado, como ente administrador que regula las relaciones económicas y de consumo, tiene la obligación de ofrecerle al consumidor un escenario donde escoja con libertad los productos en el mercado, de buena calidad a precios accesibles para que así logre la satisfacción de sus necesidades básicas, por lo que estas

garantías se logran mediante una salvaguarda de los preceptos que rigen las condiciones del mercado.

Es este sentido el Estado debe garantizar a las empresas un libre ejercicio de la competencia, donde se de igualdad de condiciones para competir en los distintos sectores de la cadena de producción y accedan al mercado y puedan competir sanamente en él. Por lo que en últimas el mayor beneficiado es el consumidor, dado que las empresas innovaran y ofrecerán bienes y servicios de óptimas calidades, a excelentes precios.

Ahora bien el ordenamiento jurídico sanciona la práctica de conductas, actos y acuerdos que restrinjan, limiten o eliminen la competencia económica entre las empresas. De ahí que la prueba cumpla un papel fundamental a la hora de demostrar estas acciones, dado que con ellas la Superintendencia de Industria y Comercio puede determinar, en primer lugar, la existencia de los hechos ilícitos, las empresas participantes en los carteles empresariales, así como los efectos negativos que estas prácticas generan en el mercado y los consumidores.

De tal manera que si bien las pruebas allegadas a los procesos de investigación permiten caracterizar las conductas ilícitas y sancionar a las empresas infractoras, la normatividad no protege a cabalidad a las demás empresas competidoras y al consumidor, puesto que pese a la imposición de altas multas por la comisión de estos hechos, nada obliga a las empresas infractoras a no repetir la conductas ilegales, dado que al acogerse al programa de beneficio por colaboración logran eximirse de la totalidad de la sanción o

de parte de esta, pero no reciben un castigo imperante que no permita la práctica de las mismas.

En forma análoga y desde el punto de vista positivo, el programa de beneficios por colaboración permite la desarticulación de carteles empresariales en el mercado y el recaudo del material probatorio efectivo y eficaz que permita el establecimiento de responsabilidades por la práctica de conductas anticompetitivas.

CAPÍTULO TERCERO
REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO
A LA REGULACION DE LA COMPETENCIA
EN EL MARCO DEL NUEVO ESTATUTO DEL
CONSUMIDOR EN COLOMBIA

Edimer Leonardo Latorre-Iglesias
Martha Lucia Bahamón Jara
María Fernanda Ramírez García

I. INTRODUCCIÓN

El enfoque constitucional que ha permeado al ordenamiento jurídico colombiano, se ve reflejado en el resguardo que ofrece el Estado, como defensor de los principios plasmados en la Constitución Política que permiten el desarrollo y goce de los derechos en cabeza de los administrados.

Esta protección va más allá de una salvaguarda de derechos fundamentales, en la cual se incluyen garantías para el ejercicio de derechos colectivos, sociales, económicos y culturales, que permiten la consecución

teleológica de la visión normativa de la Constitución, en especial, el interés general y el bienestar común, mediante el desarrollo de políticas públicas de orden social, económico y político en cabeza del Estado.

A partir de esta premisa, se indica que la Constitución en su artículo 333 permite el libre ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada, regulada por el Estado que fomenta la participación en el mercado de los interesados teniendo en cuenta los principios que rigen el comportamiento empresarial.

De ahí que surge la necesidad de regular el derecho de la competencia desde los aspectos económicos y sociales que involucran no solo el dinamismo y desarrollo del mercado sino que además se garantice el flujo constante del ciclo económico, en el cual se incluyen a los consumidores como fin último de la cadena productiva que en un momento determinado pueden verse afectados con los empresarios por las prácticas deshonestas e ilegales a las que recurren algunos para la generación de grandes beneficios económicos.

En este orden de ideas, se hace pertinente analizar el régimen de protección del libre ejercicio de la competencia empresarial desde el ámbito constitucional y en un análisis hermenéutico regresar a la normatividad, que indica el sustento jurídico que impulsa las actuaciones administrativas radicadas en cabeza del Estado a través de la Superintendencia de Industria y Comercio, como órgano competente que vigila y mantiene la eficiencia en la economía mediante la competencia sana entre empresas, la libertad económica y la protección real de los derechos de los consumidores.

Teniendo en cuenta lo antes mencionado, se manifiesta la obligación legal de proteger el derecho de los consumidores dentro de la libre competencia de las empresas, a partir del supuesto que el consumidor final es la parte más débil de la cadena de consumo, de tal manera que se hace factible plantear la siguiente pregunta problema: ¿Es realmente efectiva la norma que restringe las prácticas que atentan en contra del derecho de la competencia y que en última instancia repercuten en el libre ejercicio y desarrollo de los derechos del consumidor en Colombia?

Este capítulo de reflexión se propone –con metodologías de la hermenéutica jurídica y del análisis de casos específicos en la coyuntura nacional– analizar, en primer lugar, de qué forma el Estado a través de las leyes que regulan los acuerdos y las conductas restrictivas y el control que ejerce sobre ellas la Superintendencia de Industria y Comercio, ha logrado dirimir la disputa entre una economía neoliberal y un Estado de derecho mediante la garantía de los derechos del consumidor; en segundo lugar, cómo esta regulación protege de forma efectiva los derechos del consumidor y, por último, el estudio por vía jurisprudencial de la posición de la Corte Constitucional y la Superintendencia de Industria y Comercio sobre la temática mencionada con analogía en casos del derecho nacional.

II. CONTEXTO SOCIAL Y POLÍTICO

En un análisis estadístico de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL–, Colombia

cuenta con un Producto Interno Bruto *per cápita* (PIB nominal) de 7.708 miles de millones de dólares estadounidenses calculados para 2015. Tiene una población aproximada de 47,793 millones de personas ubicadas en una superficie de 1.141.750 km², de las cuales su mayoría –77.7%– corresponden a población urbana del país⁶⁹.

Políticamente Colombia está organizada bajo el concepto de República unitaria, integrada por 32 departamentos y Bogotá como el Distrito Capital del país. La gestión de lo público se asume bajo el paradigma de la tridivisión de poderes: la Rama Ejecutiva dirigida por el Presidente de la República; la Rama Legislativa en la cual se encuentra el Congreso de la República compuesto por el Senado y la Cámara de Representantes; y la Rama Judicial que está formada por la Jurisdicción Constitucional en cabeza de la Corte Constitucional, la Jurisdicción Ordinaria bajo la jerarquía de la Corte Suprema de Justicia y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa representada por el Consejo de Estado⁷⁰.

La Republica de Colombia desde lo jurídico se asume como un Estado social de derecho, instituido por la aprobación de la Asamblea Constituyente que llevó a la aprobación de la Constitución de 1991, lo cual im-

69 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMERICA LATINA Y EL CARIBE –CEPAL–. “Objetivos de desarrollo del milenio: Perfiles de países”, 2015, disponible en [http://interwp.cepal.org/perfil_ODM/PDF/COL_ES.pdf].

70 ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS –OCDE–. *Derecho y política de la competencia en Colombia. Examen inter-partes*, Paris, OCDE, 2009, disponible en [<https://www.oecd.org/countries/colombia/44111213.pdf>], p. 11.

plica la obligación a cargo del Estado de brindar los mecanismos necesarios para el ejercicio de derechos, el ofrecimiento de garantías que permitan el desarrollo del bienestar general e interés social de los administrados. Así mismo, nuestro ordenamiento jurídico contempla un orden legal propio del Estado de derecho, donde los principios constitucionales adheridos a la aplicación de la ley, promueven el cumplimiento de las funciones a cargo del Estado⁷¹.

Dentro de la consecución teleológica del Estado, se contempla el desarrollo de un orden económico justo, lo cual conlleva a concebir al derecho público desde una perspectiva económica con la finalidad de organizar los procesos de intervención y liberalización económica del país⁷² de acuerdo a los lineamientos constitucionales que ayuden al análisis de aspectos de gran relevancia como lo es el derecho de consumo, el derecho de la competencia o los sectores económicos entre otros⁷³.

Por consiguiente, la evolución del derecho público económico en el ordenamiento jurídico colombiano,

71 CAMILO ERNESTO OSSA BOCANEGRA. "Fundamentos de la aplicación pública del derecho de la competencia en Colombia", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 44, n.º 120, enero-junio de 2014, pp. 181 a 219, disponible en [<http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v44n120/v44n120a08.pdf>].

72 ÁNGEL JOSÉ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO. "El derecho económico como categoría sistemática", *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas-EDERSA-, 1981, pp. 977 a 1014.

73 RICARDO RIVERO ORTEGA. *Derecho administrativo económico*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 17.

tiene su base en la Constitución de 1991 que incluye tal como lo afirma GASPAR ARIÑO:

el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económico-social de un país, según un orden que se encuentra reconocido en la Constitución⁷⁴.

Es así como el modelo económico establecido constitucionalmente permite la libertad para dinamizar una actividad económica y, por ende, la libre competencia, elementos esenciales que se espera generen el desarrollo del mercado a través de la intervención estatal, al mantener las reglas del juego económico, la corrección de los defectos del mercado y las redistribuciones de las rentas.

El artículo 333 de la Constitución Política indica:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

Frente al concepto anterior encontramos que ALFONSO MIRANDA manifiesta que la libre competencia es

la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores y de formar y mantener una clientela⁷⁵.

74 GASPAR ARIÑO ORTIZ. *Principios de derecho público económico*, Bogotá, Externado, 2003, p. 175.

75 ALFONSO MIRANDA LONDOÑO. "Abuso de la posición dominante:

De igual forma, la Corte Constitucional mediante su Sentencia C-263 de 6 de abril de 2011⁷⁶ indica el concepto de la libre competencia manifestando:

La libre competencia consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones y comprende, de conformidad con jurisprudencia constitucional, al menos tres prerrogativas: (i) La posibilidad de concurrir al mercado; (ii) La libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas; y (iii) La posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. Para garantizar la libre competencia, el Estado es entonces responsable de eliminar las barreras de acceso al mercado y censurar las prácticas restrictivas de la competencia, como el abuso de la posición dominante o la creación de monopolios.

De tal manera que se considera la libre competencia como un derecho colectivo a favor de todas aquellas personas pertenecientes a una sociedad, por tanto, no requiere la participación exclusiva de los agentes activos del mercado. Así, el carácter teleológico que propende es generar un bienestar a los consumidores, desarrollar la eficacia de la economía, la estructura industrial y sobre todo, ofrecer las garantías precisas

Perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado”, ponencia presentada en el programa “Actualización sobre promoción de la competencia e integraciones económicas”, Bogotá, Universidad de los Andes, 26 a 28 de octubre de 1993, disponible en [<https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/8-abuso-de-la-posicion-dominante.pdf>].

76 M. P.: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-263-11.htm>].

para una estabilidad en las relaciones empresariales de acuerdo a los preceptos del derecho de la competencia.

En este constructo argumental es importante resaltar que el derecho de la competencia regula dos áreas: la libre competencia y la competencia desleal. Para el caso de la libre competencia, la función que ejerce el derecho es mantener los preceptos normativos para restringir las prácticas de conductas anticompetitivas, el abuso de la posición dominante y regular el régimen de integración empresarial; mientras que en el ámbito de la competencia desleal, el ejercicio del derecho busca preservar el sistema regulado de una economía a través de la práctica leal de la competencia entre los participantes del mercado para garantizar así una eficiencia económica.

Lo antes enunciado marca los postulados para mantener una estabilidad mediante el ofrecimiento de garantías que permitan el libre desarrollo del mercado, la creación de empresas y la protección a los derechos de los consumidores. En este orden de ideas la libre competencia se reconoce como un principio rector que regula las actividades económicas desarrolladas en el mercado y garantiza un beneficio para el libre ejercicio de la empresa y el beneficio del consumidor en el mercado.

Sin embargo, al ser la libre competencia un derecho colectivo implica responsabilidades, en especial las que se derivan del ejercicio individual de la competencia desarrollado por una persona natural o jurídica y que encuentran su límite en el inicio de la función social de tal derecho, en aras de mantener un equili-

brio en el mercado. A pesar de esto, cuando se rompe el equilibrio y se trastorna el normal funcionamiento del mercado, el Estado en su posición de garante tiene la obligación de sancionar aquellas conductas que van en perjuicio del mercado y sus agentes.

III. MARCO LEGAL DE LA LIBRE COMPETENCIA

Si bien es cierto que el ejercicio de la competencia y la actividad económica en Colombia son libres y tienen su fundamento normativo en la Constitución, existen casos en los cuales este derecho colectivo se encuentra vulnerado por las prácticas anticompetitivas que se generan en el mercado con la finalidad de obtener un desmedido lucro económico.

Es así como la Corte Constitucional indica que la protección de la libre competencia y los consumidores está amparada por la Constitución, que lo establecido como precepto rector de las actividades económicas es la libre competencia, con la finalidad de brindar garantías y beneficios a los consumidores y a las empresas. De manera pues que la ley misma busca generar un mercado de libre acceso para los consumidores y una participación igualitaria a las empresas, al restringir acciones de posición dominante que exploten de manera abusiva la economía⁷⁷.

77 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-240 de 23 de junio de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-240-93.htm>].

Por consiguiente, hablar de libre competencia no solo implica que el legislador cree leyes especiales que regulen el desarrollo de esta actividad en la economía, sino que además se brinde una protección integral a todas las acciones que esta actividad genera. Teniendo en cuenta que la libre competencia y la actividad económica se vislumbran como la capacidad de participar de manera activa en un mercado económico a través de la oferta y demanda de bienes y servicios con base a lineamientos de igualdad y garantías que avalen las relaciones surgidas en las operaciones económicas⁷⁸.

Por ello el legislador creó varias normas que prohíben el desarrollo de las prácticas anticompetitivas y crean la autoridad competente para conocer los casos referentes a las conductas anunciadas y las sanciones correspondientes.

En este sentido, encontramos la Ley 155 de 1959 citada que indica las disposiciones atinentes a las conductas que restringen la competencia, ley que no solo compiló preceptos normativos que definían las acciones anticompetitivas del mercado, sino que representaba una protección más efectiva al consumidor y un avance legal en el ordenamiento jurídico colombiano que le generaba una posición de reconocimiento en el mercado internacional⁷⁹.

78 LICETH DAYANA ALMANZA BARRIOS. "La estructura jurídica del derecho de la competencia en Colombia", trabajo de grado, Barranquilla, Corporación Universitaria de la Costa, 2014, disponible en [<http://repositorio.cuc.edu.co/xmlui/bitstream/handle/11323/1250/TE-SIS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>], p. 17.

79 *Ibíd.*, p. 20.

De la misma forma, la Ley 155 de 1959 contempla una norma de orden procedimental, que permite la creación de una autoridad administrativa competente, que tenga como función primordial el control sobre las prácticas anticompetitivas que violentan el derecho a la libre competencia y afecten el equilibrio económico desarrollado en el mercado⁸⁰.

Sin embargo, encontramos que la Ley 155 de 1959 no fue suficiente para garantizar la protección real del derecho de la competencia, lo que conllevó a que se promulgara el Decreto 2153 de 1992 ya citado que define en forma taxativa los actos, acuerdos y el abuso de la posición dominante que vulneran el derecho a la libre competencia, y la Ley 1340 de 2009 que regula lo concerniente a las integraciones empresariales y la autoridad competente para conocer de los casos de vulneración del derecho a la libre competencia.

La Ley 1340 de 2009 constituye a la Superintendencia de Industria y Comercio como la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, tal como lo indica su artículo 6.º, y expresa que esta entidad tendrá como función conocer de las investigaciones administrativas, sancionar e imponer multas cuando se violente el derecho de la competencia por la práctica de conductas anticompetitivas y competencia desleal.

De igual forma, la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra autorizada por la ley para emi-

80 MARY ELENA LARES COLMENARES. "La competencia desleal ante la Superintendencia de Industria y Comercio y otras autoridades administrativas", *Contexto. Revista de Derecho y Economía*, n.º 19, noviembre 2004, pp. 70 a 87, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/1896>].

tir juicio acerca de los temas de políticas públicas que involucren el ejercicio de la libre competencia en el desarrollo del mercado, tal como lo anuncia el artículo 7.º de la Ley 1340 de 2009 de la siguiente manera

... la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades de regulación informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio de los actos administrativos que se pretendan expedir.

La expedición de estas leyes determinó el camino de protección que ofrece el Estado colombiano a los consumidores al considerarlos y entenderlos como el eslabón más débil en la cadena del mercado, teniendo en cuenta que todas las prácticas y acuerdos anti-competitivos que surgen entre las empresa no solo las afecta entre sí, sino que incluyen a los consumidores quienes adquieren a diario los bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades básicas.

Lo anterior lo expresa la Corte Constitucional al afirmar:

Se concibe la libre competencia económica como un derecho individual y a la vez colectivo, cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo⁸¹.

81 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-815 de 2 de agos-

Ahora en cuanto al régimen de la competencia, este establece todas aquellas acciones que pueden vulnerar el libre ejercicio del derecho de la competencia protegido constitucionalmente. Estas prácticas pueden darse a través de los acuerdos que surgen entre diversas empresas y alteran la competencia en el mercado; de igual forma, se encuentran prohibidas aquellas conductas abusivas que ejercen los intervinientes del mercado y como consecuencia les genera una posición dominante frente a los demás en las relaciones económicas; del mismo modo, se encuentran prohibidos los actos de carácter unilateral que lleven a cabo las empresas y aquellas integraciones económicas que reduzcan el desarrollo de la competencia y no permitan la obtención de beneficios económicos a sus agentes⁸².

Es de anotar que los acuerdos que surgen para la división del mercado entre los competidores, se consideran una conducta anticompetitiva y se encuentran prohibidos en el ordenamiento jurídico colombiano. El artículo 1.º de la Ley 155 de 1959 citada indica la prohibición normativa que tienen las empresas de pactar acuerdos y convenios que de forma directa o indirecta busquen disminuir el ejercicio libre de la competencia, alterando el mercado y sus etapas de producción y distribución para generar una inequi-

to de 2001, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-815-01.htm>]..

82 SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. "Prácticas restrictivas de la competencia", cit.

dad en los precios ofertados en la comercialización de bienes y servicios.

Por otra parte el Decreto 2153 de 1992 en su artículo 46 mantiene la prohibición establecida en la Ley 155 de 1959 sobre la práctica de los acuerdos anti-competitivos que tiendan a afectar la libre competencia en el mercado. Además, el artículo 47 del decreto en comento señala de forma explícita los acuerdos que se consideran anticompetitivos, los cuales son:

1. Aquellos cuya finalidad sea la determinación directa o indirecta de precios de bienes y servicios;
2. Aquellos cuya finalidad sea la imposición de condiciones para la comercialización o venta de bienes y servicios discriminando a terceros;
3. Aquellos cuya finalidad sea la de dividir entre los productores y distribuidores el mercado para el control del mismo frente a la comercialización de bienes y servicios;
4. Aquellos cuya finalidad sea la de establecer cuotas de producción y suministro;
5. Aquellos cuya finalidad sea asignar, repartir o limitar las fuentes que suministran los materiales productivos;
6. Aquellos cuya finalidad sea limitar el desarrollo técnico;
7. Aquellos cuya finalidad sea condicionar el abastecimiento de insumos a obligaciones adicionales que no se estipularon en el objeto contractual;
8. Aquellos cuya finalidad sea inhibirse en la producción de un bien o servicio o perjudicar los diferentes niveles de producción;
9. Aquellos cuya finalidad sea coludir en los concursos, en la distribución que adjudiquen contratos y en la fijación de términos que deban cumplir las propuestas; y
10. Aquellos cuya finalidad sea imposibilitar que terceros

tengan una libre entrada al mercado o a los canales aptos para dar la comercialización.

Siguiendo con las precisiones sobre los acuerdos, el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 afirma que son actos contrarios a la libre competencia los siguientes: 1. Violar las normas que regulan los aspectos concernientes a la publicidad incluidas en el estatuto de protección al consumidor; 2. Incidir en las acciones de una empresa, con la finalidad de que aumente los precios de sus bienes y servicios o desista en la disminución de los mismos; y 3. Realizar actos discriminatorios contra otras empresas o no colocar en su disposición a través de la comercialización de bienes y servicios necesarios en la cadena productiva, como mecanismo de retaliación al régimen de precios fijados por la misma.

IV. CLASIFICACIÓN DE LOS ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS

Para analizar de manera adecuada la clasificación de los acuerdos anticompetitivos en el régimen normativo colombiano, es relevante indicar qué modelo asumió el legislador para implantarlo en nuestro sistema jurídico y así poder formular las características de los mismos.

El primer patrón del cual se desprende nuestra normatividad, es el modelo jurídico de Estados Unidos, sistema que establece que en el mercado pueden surgir ciertos acuerdos entre las empresas que hacia adentro constituyen una amenaza al derecho de la libre competencia, denominados ilícitos *per se*. Lo que indica que

una vez la autoridad competente pruebe la existencia del acuerdo, queda facultada para sancionar a los empresarios, sin que ellos puedan justificar tales acciones con argumentos económicos, dejándoles como una opción de defensa la prueba de su participación en la creación y ejecución del acuerdo en el mercado⁸³.

Esto permite evidenciar que este tipo de acuerdos se presumen de pleno derecho, sin tener en cuenta que en un momento determinado fueron favorables para el mercado y los consumidores.

Por otra parte las acciones catalogadas como restrictivas de la competencia que se desarrollan en el mercado, pueden generar un efecto económico positivo en el mismo, por lo cual se analiza bajo los preceptos de la regla de la razón, que sopesa los beneficios y perjuicios que desencadena cada acuerdo desde la perspectiva de favorabilidad al consumidor y al desarrollo de la libre competencia económica.

Como segundo patrón se encuentra el modelo europeo, el cual determina en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁸⁴, un impedimento que no permite el desarrollo de conductas que restringen la competencia dentro del mercado. Estas acciones comprenden la fijación directa de precios, la limitación de la producción, la distribución del mercado y las fuentes que abastecen la producción⁸⁵.

83 GALVES ALBARRACÍN y VELÁSQUEZ TRUJILLO. “Aplicación en Colombia de la regla de la razón (*rule of the reason*) en el análisis de los acuerdos de cartel, dentro del derecho de la competencia”, cit.

84 *Diario Oficial*, n.º C 326, de 26 de octubre de 2012, pp. 0001 a 0390, disponible en [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>].

85 GALVES ALBARRACÍN y VELÁSQUEZ TRUJILLO. “Aplicación en Colombia

Sin embargo, esta norma restrictiva contempla una serie de exenciones que permiten la configuración de conductas anticompetitivas por generar una eficiencia en el mercado que propenden un beneficio a la producción y distribución de bienes y servicios. De acuerdo a esto, las empresas son vigiladas con la finalidad de indagar sobre los acuerdos de legalidad y así determinar si esta cobijada por una de las exenciones.

Con base en lo anterior, el sistema normativo de la competencia en Colombia ha tomado los criterios de valoración de las reglas *per se* y *las reglas de la razón*, para determinar la ilegalidad de los acuerdos pactados entre las empresas. Estos preceptos se encuentran en su mayoría enunciados en forma tácita en las normas que regulan el derecho de la competencia, sin embargo existen casos en los cuales el legislador no incluyó en la norma ciertas prácticas, lo que permite que el juez o la autoridad competente determine la aplicación para regular estas acciones.

De este modo, para la aplicación de estas reglas se parte de la premisa que todos los intervinientes del mercado conocen los parámetros que la ley establece para el ejercicio de la libre competencia y las garantías que esta ofrece para su protección. Además, el empleo de estas reglas permite a la autoridad competente establecer si el acuerdo pactado genera una vulneración a la competencia económica.

ROBERT BORK explica el concepto de la regla *per se* y la regla de la razón, señalando que desde la óptica

de la regla de la razón (*rule of the reason*) en el análisis de los acuerdos de cartel, dentro del derecho de la competencia”, cit., pp. 17 y 18.

de la regla *per se*, todos los acuerdos que surjan entre los competidores con la finalidad de repartir entre sí el mercado, pactar precios fijos y restringir la producción de la competencia, por sí mismos se configuran y se entienden como anticompetitivos, por lo que no es necesaria la determinación de un efecto negativo en el mercado. Por el contrario la regla de la razón, analiza los efectos que repercuten en el mercado por la práctica de acuerdos competitivos entre las empresas, para determinar la responsabilidad y la sanción que procede por alterar en forma sistemática las condiciones del mercado y que en últimas van en detrimento de los derechos del consumidor y el libre ejercicio de la competencia⁸⁶.

A su vez, ALFONSO MIRANDA indica que las reglas *per se* pueden configurar una presunción de derecho para determinar que ciertas acciones revisten de ilegalidad, aplicándose solo a las causales estipuladas en la ley⁸⁷.

En Colombia existe una discusión frente a la aplicación de los conceptos de la regla *per se* y la regla de la razón, ya que estas no compaginan de forma adecuada con el ámbito de responsabilidad administrativa que determina el ordenamiento jurídico. Así se indica que el precepto de ilegalidad que pregona

86 ROBERT H. BORK. "The Rule of Reason and the *Per Se* Concept: Price Fixing and Market Division", en *The Yale Law Journal*, vol. 74, n.º 5, abril de 1965, pp. 775 a 843, disponible en [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4158&context=fss_papers].

87 MIRANDA LONDOÑO. "El regimen general de la libre competencia. Características principales", cit.

la regla *per se* corresponde a una presunta ilegalidad del derecho aplicable a los acuerdos expresados en el Decreto 2153 de 1992 en sus artículos 47 y 48: mientras que la regla de la razón analiza y mide todos los efectos negativos que surgen en el mercado y se aplica en aquellos casos en los cuales los acuerdos no están previstos en los artículos 47 y 48 del Decreto 2153 de 1992, en los hechos constitutivos de posición dominante e integraciones empresariales⁸⁸.

Por otra parte encontramos que los acuerdos anticompetitivos pueden clasificarse como horizontales o verticales. MIRANDA explica que los acuerdos horizontales se conforman entre las empresas que se encuentran en el mismo plano de competitividad en los procesos productivos, por lo que deciden dividirse el mercado directa o indirectamente para tener el control de precios y la generación de utilidades económicas a su favor⁸⁹.

Del mismo modo, este autor señala que los acuerdos anticompetitivos verticales se caracterizan por que involucran a todas las empresas que desarrollan una actividad en los distintos sectores de la economía, que de forma unilateral pactan acuerdos en contra de otras empresas para obtener una ventaja económica. Aquí se involucran las prácticas que se dan entre un

88 OCDE. *Derecho y política de la competencia en Colombia. Examen inter-partes*, cit., p. 21.

89 ALFONSO MIRANDA LONDOÑO. "Los acuerdos anticompetitivos de repartición de mercados", *Contexto. Revista de Derecho y Economía*, n.º 3, 1998, pp. 21 a 32, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/1699>].

productor y un distribuidor que trabajan en la misma secuencia productiva de un bien o servicio⁹⁰.

Sin embargo, en los acuerdos verticales surgen situaciones en las que, a pesar de ser anticompetitivos, generan un beneficio al mercado y a los consumidores, pese a esto, la Superintendencia de Industria y Comercio podría sancionar a las empresas por estos acuerdos, teniendo en cuenta la violación de la norma que prohíbe tales actos así como se limita el ejercicio de la competencia en el mercado por las demás empresas.

En forma análoga, los acuerdos enunciados al configurarse son sancionados teniendo en cuenta el objeto y los efectos que generan en el mercado. Los acuerdos que surgen por el objeto son aquellos en los que se analizan los actos de los agentes del mercado en pactar unas condiciones que limitan la competencia sana y que les genera grandes utilidades económicas. Para la ley solo es necesario demostrar la condición anticompetitiva del acuerdo, la cual se presume por sí misma para determinar la responsabilidad, no importa si estos en realidad fueron ejecutados con éxito, a estos acuerdos se les denomina “carteles”.

Se entiende por carteles la asociación de varias empresas que tienen como finalidad repartirse el mercado, acordar los precios en el mismo para su comercialización y determinar las cuotas de producción entre los participantes del acuerdo. Las consecuencia de estos pactos se manifiestan en la reducción y eliminación de la competencia que existe en el mercado por parte de las demás empresas, que día a día luchan por

90 *Ibíd.*, p. 24.

ofrecer un producto de óptima calidad a precios bajos y, por ende, obliga a las otras empresas a esforzarse y trabajar para mantener el ciclo competitivo. De ahí que el cartel propende por la generación de rendimientos económicos con la fijación de precios altos e invariables en los bienes y servicios, además de la baja calidad de los mismos, perjudicando potencialmente al consumidor quien es la pieza fundamental en las relaciones de consumo.

Por otra parte, se configura la existencia de acuerdos en los cuales se resalta el efecto anticompetitivo que generan en el mercado. Aquí solo se sanciona el acuerdo que previa verificación de los efectos anticompetitivos causados en el mercado, altere el bienestar de los consumidores, el ejercicio de la libre competencia y la eficiencia económica⁹¹, sin tener en cuenta la intención que tenían los agentes económicos con la consecución del mismo.

V. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

El Estado –de acuerdo a los poderes que le confiere la Constitución– tiene la responsabilidad de prevenir e impedir todas aquellas acciones que provoquen un acaparamiento del mercado por parte de terceros, que buscan generar unos beneficios económicos sin

91 Dichos criterios de economía y eficiencia no solo obedecen a un ámbito del derecho privado, sino a la inclusión de la esfera de lo público, donde debe primar el principio de transparencia, tanto en la inversión de recursos, como en prevenir y combatir el fraude y la corrupción. MARTHA LUCÍA BAHAMÓN JARA. *Elementos y presupuestos de contratación estatal*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2018, p. 99.

importar el menoscabo de los derechos en cabeza de los demás agentes del mercado tales como consumidores, empresas competidoras, distribuidores, entre otros, lo cual impide el sostenimiento de orden económico y social justo como lo pregonan los principios constitucionales.

Dentro de estas conductas anticompetitivas encontramos el abuso de posición de dominio la cual surge en el mercado:

cuando una o más empresas pueden influir sobre las decisiones de otros agentes económicos por medio de una estrategia independiente de tal forma que no puede aparecer y mantenerse en el mercado una competencia practicable y suficientemente eficaz⁹².

De igual manera, se indica entonces que la posición de dominio se configura dentro del mercado cuando una o varias empresas influyen en la comercialización de bienes y servicios, determinando el régimen de precios, la cantidad y calidad de productos ofertados así como la imposición de condiciones para la compra y venta de productos y los requisitos para las garantías de los mismos.

En este sentido, la Corte Constitucional define el abuso de posición de dominio indicando que esta se constituye como una fuerza, un poder dentro del mercado que autoriza a un interviniente económico a desplegar de forma independiente acciones en contra de sus competidores, donde establece de modo unila-

92 MARÍA JESÚS AROZAMENA. *Las concentraciones de empresas en la comunidad europea*, Madrid, Civitas, 1993, p. 64.

teral los precios y las decisiones que rigen una determinada zona de consumo en el mercado⁹³.

FERNANDO MONTOYA MATEUS manifiesta que la posición de dominio por sí misma sustrae la competencia, es decir, que esta permite que una o varias empresas se alejen de los preceptos normativos que rigen la competencia sustancial y establecen a las demás empresas competidoras unas condiciones de negociación dentro del mercado que muchas empresas y consumidores asumen por no tener otras alternativas⁹⁴.

La posición de dominio se caracteriza por ejercer una postura de poder sustancial de una empresa en el mercado, lo cual le permite dificultar la presencia de una competencia efectiva en la economía, teniendo en cuenta que este poder le posibilita actuar de forma independiente de otras empresas y de los consumidores⁹⁵.

El Decreto 2153 de 1992 en su artículo 50 determina de manera explícita las acciones que se despliegan en el mercado que son consideradas anticompetitivas y reflejan un abuso de la posición dominante, estas son: 1. Disminuir considerablemente los precios, estableciendo unos que se encuentran por debajo del rango de costos de producción, con la finalidad de excluir

93 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-375 de 14 de agosto de 1997, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/t-375-97.htm>].

94 FERNANDO MONTOYA MATEUS. "Derecho comercial y libre competencia" en AA. VV. *Homenaje a Fernando Hinestrosa*, t. III, Estudios de Derecho Comercial, Bogotá, Externado, 1993.

95 DELIO GÓMEZ LEYVA. *De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1998.

a varias empresas competidoras o detener la entrada y expansión de las mismas en el mercado; 2. Ejercer acciones discriminatorias por el establecimiento de condiciones en las operaciones equivalentes, que denoten desigualdad y desventaja entre un consumidor o proveedor y otros en situaciones análogas; 3. Aquellos cuya finalidad sea condicionar el abastecimiento de insumos a obligaciones adicionales que no se estipularon en el objeto contractual; 4. La realización de venta de bienes y servicios a un comprador en circunstancias distintas a las que ofrece otro comprador, con el objetivo de eliminar a las empresas competidoras en el mercado; y 5. La venta y prestación de un servicio en distintas zonas del país con diferentes precios en los lugares que se ofrece el servicio y la fijación de precios que no sean consecuentes con el sistema de costos de una transacción, con la finalidad de eliminar la competencia en el mercado.

Las conductas antes señaladas indican la intención de una empresa en perjudicar a los agentes económicos en el mercado, sin importar la categoría o condición que tengan dentro del mismo. Al analizar estas acciones encontramos que la primera representa la intención de una empresa dominante de excluir del mercado a los demás competidores modificando los precios de los bienes y servicios ofertados sin tener en cuenta el costo-beneficio desarrollado en la cadena de producción, debido a que para muchos es imposible competir con una baja significativa de los precios,

dado que esto representa efectos negativos en sus actividades económicas⁹⁶.

Para los numerales 2, 4 y 5 se indica la existencia de una discriminación por parte del agente dominante, teniendo en cuenta que este propende a aislar y dejar maniatados a sus competidores sin importar los efectos negativos que estas prácticas desatan en el mercado. Frente al numeral 3 vemos un estado de indefensión por parte del competidor que depende de la venta del producto por parte de la empresa dominante. Esta se constituye en una indefensión material tal como lo manifiesta la Corte Constitucional en el caso donde la empresa Terpel Sur S. A. aprovechó su posición de dominio como único distribuidor de parafina en la ciudad de Florencia frente al microempresario MARCELINO RODRÍGUEZ, expresando lo siguiente:

En la concreta relación económica trabada entre el actor y aquélla se dan las notas de una manifiesta dependencia económica del primero hacia la última. En efecto, la ruptura del suministro ha colocado al pequeño empresario en una situación cercana a la clausura del negocio. Los costos inherentes a un cambio de proveedor –que bien puede existir– o a la adquisición directa de un determinado producto, no pueden mirarse de manera general, sin tomar en consideración las dificultades que puede afrontar en concreto el pequeño empresario para quien asumir esta línea

96 ANA BETHY ESTUPIÑÁN MESA, ADRIANA CRISTINA CALDAS y MARÍA DE LOS ÁNGELES ORTIZ. “Abuso de la posición dominante en el mercado su tratamiento en la Constitución Política de 1991”, *Ciencias Jurídicas*, n.º 11, enero-diciembre de 2014, pp. 45 a 60, disponible en [<https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/4335815/2+ABUSO+DE+LA+POSICIÓN+DOMINANTE.pdf/be3768e2-ac70-41b7-a38c-d24a142d05d8>].

de conducta puede no solamente ser arduo sino imposible. La dependencia, de otro lado, es todavía más acusada, puesto que la parafina, cuyo suministro se ha suspendido, constituye el insumo esencial del proceso productivo que realiza el actor. No parece que esta situación de dominio económico hubiese pasado desapercibida para la sociedad demandada⁹⁷.

Dentro de los campos donde puede darse el abuso de la posición dominante en las relaciones contractuales y en el mercado. En las relaciones contractuales con las entidades financieras los consumidores son considerados la parte más endeble, debido a que las condiciones para adjudicar un crédito, las cláusulas de los contratos y el interés de los créditos en su mayoría no son negociables, teniendo en cuenta que la empresa que ofrecen los servicios financieros se encuentra en una posición de dominio frente al cliente que en aras de satisfacer una necesidad se ve impedido para discutir las mismas.

Para estos casos ERNESTO RENGIFO explica que estas situaciones se dan en lo profundo del negocio jurídico mientras que en el mercado el dominio se manifiesta en un contexto amplio donde el agente dominante somete y estipula las reglas de juego a los demás empresarios, consumidores o distribuidores, entre otros⁹⁸.

El abuso de la posición dominante de una empresa debe demostrarse por la autoridad competente,

97 Sentencia T-375 de 1997, cit.

98 ERNESTO RENGIFO GARCÍA. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogotá, Externado, 2004, pp. 399 a 412.

para nuestro caso, la Superintendencia de Industria y Comercio debe probar que en efecto una empresa ha incurrido en un acto prohibido de posición dominante en el mercado. De hallar responsable a la empresa infractora la sanción será impuesta de forma automática sin tener en cuenta los efectos negativos que estos hechos generaron en el mercado y en los consumidores, teniendo en cuenta que lo que se sanciona es la falta en la que incurrió la empresa en cometer una conducta ilegal prohibida por la ley⁹⁹.

VI. RÉGIMEN DE LAS INTEGRACIONES EMPRESARIALES

La normatividad dispuesta para regular el régimen de integraciones y adquisiciones de empresas, tiene como objetivo primordial ejercer un control y una vigilancia sobre el poder económico que pueden tener ciertas sociedades al llevar a cabo este tipo de procesos. Es importante resaltar que la ley no busca prohibir el desarrollo de estas actividades, sino que obliga a las empresas a que informen de manera oportuna de acuerdo a los preceptos normativos, la fusión o adquisición para aprobar su viabilidad y determinar la eficiencia económica que genera en el mercado¹⁰⁰.

El marco legal que regula las integraciones empresariales en Colombia comprende el artículo 4.º de la Ley 155 de 1959; los artículos 6.º y 7.º del Decreto

99 OCDE. *Derecho y política de la competencia en Colombia*, cit., p. 25.

100 ARCHILA. "Los precios predatorios. Una forma de abuso de posición dominante", cit., p. 69.

1302 de 1.º de junio de 1964¹⁰¹; los artículos 2.º, 4.º, 12 num. 4, 14, 45 num. 4 y 51 del Decreto 2153 de 1992 ya citado; el Título VII de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio Resolución n.º 22195 de 25 de agosto de 2006¹⁰² y por último pero no menos importante la Ley 1340 de 2009 ya citada. Estas normas indican la regulación que da el Estado a la economía a través de su intervención para conocer y autorizar las integraciones empresariales, siempre y cuando estas no vayan en contra del principio de eficiencia económica y los derechos de la libre competencia y los consumidores.

En nuestro ordenamiento jurídico existe un control previo antes de materializarse las fusiones empresariales entre aquellas empresas que tengan como objeto social la misma actividad económica o pertenezcan al mismo proceso de producción. Es así como a la empresas les asiste el deber de informar a la Superintendencia de Industria y Comercio acerca de todos aquellos procesos que desean fusionar mediante el cumplimiento de los requisitos que indique la autoridad antes mencionada¹⁰³.

101 *Diario Oficial*, n.º 31.922, de 3 de mayo de 1966, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1263055>].

102 “Por la cual se modifica la Circular Única en materia de Integraciones Económicas y Competencia Desleal”, *Diario Oficial*, n.º 46.374, de 28 de agosto de 2006, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Resolucion/4039586>].

103 FELIPE SERRANO PINILLA. “El concepto de ‘control’ en el régimen colombiano de integraciones empresariales y sus implicaciones frente a la adquisición de participaciones minoritarias”, *Revista Derecho de la Competencia*, vol. 10, n.º 10, enero-diciembre de 2014,

Como se mencionó antes, la finalidad de las normas es vigilar que las integraciones empresariales en sus operaciones económicas no trasgredan ni limiten el desarrollo del derecho a la libre competencia. Sin embargo existen casos en los que estas prácticas restringen la competencia a través de acciones que producen efectos unilaterales o efectos coordinados en el mercado. Las primeras se caracterizan por que una vez dada la fusión, eliminan la competencia de los bienes y servicios ofertados por las demás empresas en el mercado, estableciendo una posición de dominio donde este ente fusionado impone las reglas de operación en las relaciones de consumo. Las segundas se caracterizan por fortalecer a las empresas fusionadas en un contexto de una futura desintegración, situación que genera que estas empresas compitan entre ellas finalizada la unión, aniquilando a los demás agentes económicos¹⁰⁴.

El artículo 9.º de la Ley 1340 de 2009 considera el tema de las integraciones empresariales al expresar que aquellas empresas que tengan como objeto social el desarrollo de actividades económicas igualitarias o en su defecto, tengan injerencia en la cadena de valor y deseen fusionarse, adquirir el control de otra empresa o integrarse, deben cumplir con la obligación de

pp. 457 a 497, disponible en [<https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/9-el-concepto-de-control.pdf>].

104 INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. "ICN merger guidelines workbook", Quinta Conferencia Anual de la ICN en Cape Town, abril de 2006, disponible en [<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc321.pdf>].

informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las acciones a realizar como:

... 1. Cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio; 2. Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio. En los eventos en que los interesados cumplan con algunas de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% del mercado relevante, se entenderá autorizada la operación. Para este último caso se deberá únicamente notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación...”.

La ley establece dos presupuestos que al materializarse indican la obligación de las empresas de informar a la Superintendencia de Industria y Comercio la fusión que desean realizar. Estos presupuestos son el subjetivo y el objetivo. Dicha Superintendencia indica que el presupuesto subjetivo se da en las integraciones horizontales y en las integraciones verticales, entendiéndose que las primeras integran a agentes del mercado que desarrollan su actividad económica en la misma cadena de valor, mientras que las segundas integran a varios agentes del mercado que desarrollan actividades en los diferentes niveles de producción para la obtención de un producto en la misma cadena de valor¹⁰⁵.

105 SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución n.º

Dentro de las operaciones en las que se constituye este presupuesto objetivo, se encuentran aquellas que se desarrollan de una forma activa en el mercado, como por ejemplo, las fusiones, las adquisiciones de control y la compraventa de activos. El concepto de fusión es definido por JOSÉ NARVÁEZ quien afirma que esta

es la unión jurídica de dos o más sociedades que se penetran recíprocamente para que una sola de ellas, como organización jurídica unitaria, sustituya la pluralidad de entes de derecho¹⁰⁶.

El Código de Comercio¹⁰⁷ indica en su artículo 172 que aplica la fusión en las relaciones comerciales cuando una o varias sociedades se disuelven sin llevar a cabo el proceso de liquidación, estas pueden ser absorbidas por otras o pueden constituir una nueva sociedad.

En los eventos de la adquisición de control, el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 establece su definición, al indicar que esta es la probabilidad de ejercer influencias directas o indirectas de una

5545 de 6 de febrero de 2014, “Por la cual se adiciona una operación de integración”, Caso Empresa de Energía de Bogotá –EEB– e Isagen, disponible en [http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Publicaciones_Despacho_3/sicdecisiones2/RESOLUCIONES_COMPETENCIA_ANOS/2014/RESOLUCION_5545_DE_06_DE_FEBRERO_DE_2014_CONDICIONA_UNA_INTEGRACION_EEB_ISAGEN.pdf].

106 JOSÉ IGNACIO NARVÁEZ GARCÍA. *Teoría general de las sociedades*, Bogotá, Legis, 1998, p. 250.

107 Decreto 410 de 27 de marzo de 1971, *Diario Oficial*, n.º 33.339, de 16 de junio de 1971, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=41102>].

determinada empresa en las políticas empresariales de otra, así como el inicio, variación o finalización del objeto social de la misma, o la disposición sobre los bienes y derechos esenciales que se requieren para el desarrollo y la ejecución de las actividades empresariales.

La influencia anunciada se da en los casos en los que una sociedad compra una participación en una empresa con carácter vertical y adquiere unos derechos para la toma de decisiones de la misma, con lo cual se demuestra el control que tiene sobre ella. Un ejemplo claro de esto se da cuando una sociedad somete la voluntad de otra por tres razones que establece en el artículo 261 del Código de Comercio: 1. Cuando la empresa matriz ostenta un porcentaje de acciones equivalente al 50% del capital, sea directa, intermedia o por el concurso de las empresas subordinadas a ella, o de las subordinadas a la cual someten a la voluntad del mayor accionista, sin que esto represente un computo de acciones con dividendos preferenciales y sin derecho a voto; 2. En los casos en los que la empresa matriz y las empresas subordinadas tengan en conjunto o separadas el derecho de expedir un voto que constituye la mayoría mínima requerida para la toma de decisiones en la junta o asamblea de socios, o en su defecto, tengan los votos necesarios para poder elegir y designar los miembros mayoritarios de la junta directiva, en los casos que la hubiere; y 3. En los casos en que la empresa matriz de forma directa, por intermedio o con el apoyo de sus empresas subordinadas, por el hecho de tener un negocio con la sociedad contratada, ejerza una presión e influencias

sobre la toma de decisiones de los órganos que administran la sociedad.

Este artículo finaliza con la existencia de la subordinación por parte de personas naturales o jurídicas que tengan una naturaleza no societaria, que posean de forma directa, por intermedio o por el concurso de entidades el porcentaje equivalente al 50% del capital o en su defecto, se constituya la mayoría requerida para ejercer influencia en la toma de decisiones de la entidad.

Y por último, en los casos donde se establece una integración por la compra de activos, se refleja cuando el nuevo dueño puede explotar un negocio a raíz de la compra de ese activo, es decir, que antes no podía llevarlo a cabo por que no tenía participación alguna en la línea de negocio. Esto a la luz del régimen de la competencia constituye una integración. Este hecho es analizado por la Superintendencia de Industria y Comercio al expresar que:

La venta de activos intangibles, entre empresas competidoras, puede dar lugar a una operación de integración económica, cuando quiera que se obtenga posibilidad de producir la línea de bienes y adquirir el *good-will* que tenía un competidor, aumentando con ello la concentración en el mercado¹⁰⁸.

108 SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución n.º 21819 de 1.º de septiembre de 2004, “Por la cual se impone una sanción”, Caso Industria Colombiana de Artefactos –ICASA– y Haceb, disponible en [http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Publicaciones_Despacho_3/sicdecisiones2/RESOLUCIONES_COMPETENCIA_ANOS/2004/RESOLUCION_21819_DE_01_DE_SEPTIEMBRE_DE_2004.pdf].

Después de analizar este contexto jurídico, es pertinente analizar casos que denotan cómo se construyen las tendencias que hoy dinamizan la jurisprudencia en torno a la regulación del derecho a la libre competencia.

VII. RÉGIMEN SANCIONATORIO

Para el régimen sancionatorio por violación a las disposiciones legales referentes al ejercicio de la competencia, se aplican los preceptos estipulados en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 en los casos atinentes a personas jurídicas y para las personas naturales lo dispuesto en el artículo 26 de la misma ley.

Así vemos que la ley en el artículo 25 enuncia que todas aquellas empresas que incurran en una violación a los postulados establecidos en el régimen de la competencia, estarán obligadas a pagar una multa hasta de 100.000 salarios mínimos y para los casos en que la infracción sea superior, deberán pagar hasta el 150% de las ganancias obtenidas por la práctica de la conducta anticompetitiva. Para la imposición de la multa se tendrá en cuenta parámetros como: 1. El impacto que se genere en el mercado por la realización de una conducta anticompetitiva; 2. Las dimensiones en las que se logró afectar en el mercado, por la constitución de una conducta anticompetitiva; 3. Los beneficios que obtuvo la empresa culpable por la comisión de la conducta; 4. Los niveles de participación de las empresas involucradas; 5. Las actuaciones procesales de las empresas investigadas; 5. La cuota de mercado establecida a la empresa culpable, al igual

que los activos y ventas involucrados en las conductas anticompetitivas; y 6. El patrimonio económico de la empresa o empresas infractoras.

De igual forma, la ley contempla circunstancias de agravación con la finalidad de graduar la sanción imposita, indicando que estas son: 1. Si persiste en el tiempo la empresa en el mercado con conductas anticompetitivas; 2. Si existen registros de antecedentes con base a conductas que violaron el régimen que protege la competencia; 3. Si existe el incumplimiento de las obligaciones acordadas u órdenes dadas por la autoridad competente; y 4. El actuar como líder, provocador o causante en el desarrollo del acuerdo anticompetitivo

Así mismo, la propia ley prevé atenuación de la sanción por una colaboración activa del infractor durante la investigación.

En los casos donde se sanciona a las personas naturales adscritas a las empresas infractoras por permitir y ejecutar las conductas anticompetitivas, el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 establece que la multa será hasta 2.000 salarios mínimos y se graduará de acuerdo a los siguientes factores: 1. Si persiste la empresa y sus funcionarios en el mercado con conductas anticompetitiva; 2. El impacto que se genere en el mercado por la realización de una conducta anticompetitiva; 3. La reiteración de las conductas anticompetitivas; 4. Las actuaciones procesales de las empresas y los funcionarios investigadas; y 5. Los niveles de participación de las empresas y los funcionarios involucrados.

Adicional a lo dicho, en los casos donde las empresas infractoras o las personas naturales desean aco-

gerse al beneficio por colaboración por haber participado en una conducta anticompetitiva al entregar información a la autoridad competente que permita esclarecer los hechos investigados y determinar responsabilidades, deberá cumplir con los requerimientos estipulados por el legislador en el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009:

Artículo 14. *Beneficios por colaboración con la autoridad.* 1. Los beneficios podrán incluir la exoneración total o parcial de la multa que le sería impuesta. No podrán acceder a los beneficios el instigador o promotor de la conducta. // 2. La Superintendencia de Industria y Comercio establecerá si hay lugar a la obtención de beneficios y los determinará en función de la calidad y utilidad de la información que se suministre, teniendo en cuenta los siguientes factores: // a) La eficacia de la colaboración en el esclarecimiento de los hechos y en la represión de las conductas, entendiéndose por colaboración con las autoridades el suministro de información y de pruebas que permitan establecer la existencia, modalidad, duración y efectos de la conducta, así como la identidad de los responsables, su grado de participación y el beneficio obtenido con la conducta ilegal. // b) La oportunidad en que las autoridades reciban la colaboración”.

VIII. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: CASOS DE CONDUCTAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

A. Cartel de la industria arrocera

Para 2004 la Superintendencia de Industria y Comercio realizó una investigación en la industria del arroz la cual involucraba a cinco empresas nacionales a saber: Molinos Roa S. A.; Arroz Diana S.

A.; Molino Flor Huila S. A.; Unión de Arroceros S. A. y Procesadora de Arroz Ltda. Las consideraciones analizadas por la Superintendencia tienen en cuenta el nivel de participación en el mercado que para el caso objeto de estudio, demuestra que en 2004 las productoras de arroz Roa S. A. y Florhuila S. A. ostentaban un cuota del 36.4% y en conjunto, la cuota de las empresas adscritas al cartel representaba un 71.6%, lo cual los coloca en una situación de dominio en el mercado, imponiendo las condiciones en la venta de arroz *Paddy*¹⁰⁹.

La Superintendencia encuentra culpables a estas empresas por infringir el numeral 1 del artículo 47 del Decreto de 2153 de 1992, “los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios”. Los cuales fueron aplicados en el mercado del arroz durante 2004. Dentro del análisis probatorio con la cual la Superintendencia estableció la sanción se tiene en cuenta:

- 1) precios de compra idénticos para productores durante un período de seis meses (enero-junio 2004);
- 2) idéntica variación el tiempo y el valor de los precios de compra, en seis ocasiones, que sumaban el 100% de las variaciones producidas en el período;
- 3) pruebas de haberse realizado reuniones entre las empresas para definir precios

109 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución n.º 22625 de 15 de septiembre de 2005, “Por la cual se impone una sanción”, Caso Carteles arroz Paddy, disponible en [http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Publicaciones_Despacho_3/sicdecisiones2/RESOLUCIONES_COMPETENCIA_ANOS/2005/RESOLUCION_22625_DE_15_DE_SEPTIEMBRE_DE_2005.pdf].

de compra; 4) falta de explicaciones económicas para las variaciones observadas (ausencia de movimientos de la demanda; ausencia de relación entre los inventarios y la demanda estacional); 5) la investigación reveló que todas las características que propician la conducta de cartel estaban presentes en este mercado (alta concentración, altas barreras de entrada, productos homogéneos, funciones de producción similares y la existencia de una asociación comercial)¹¹⁰.

Así, el 15 de septiembre de 2005 mediante la Resolución n.º 22625 ya citada, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso una condena al pago de una multa por valor de \$ 2.461 millones a las empresas productoras de arroz y a sus representantes legales por la fijación directa de precios de ese producto en el mercado para 2004.

B. Cartel empresarial de pañales para bebé

En 2016, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso una multa de \$208 mil millones de pesos a las empresas Tecnoquímicas S. A.; Productos Familia S. A. y Colombiana Kimberly y Colpapel S. A. y a sus funcionarios por incurrir durante los períodos de 2001 a 2012 en una conducta anticompetitiva para fijar los precios de los pañales para bebés, anulando la competencia de las demás empresas en el mercado por una década.

110 OCDE. *Derecho y política de la competencia en Colombia*, cit., p. 76.

Sumado a lo anterior, la Superintendencia sancionó a altos directivos de las empresas adscritas al cartel por permitir y dirigir la ejecución de conductas que restringieron y violentaron el régimen de la libre competencia. Es de anotar que la multa impuesta no supera el 8% del patrimonio de las empresas sancionadas ni se considera el 7% de los ingresos que generan por las operaciones económicas que realizan anualmente¹¹¹.

Para 2013 la Superintendencia inició las investigaciones pertinentes para dismantelar el cartel, encontrando que las empresas Kimberly y Familia se ofrecieron como deladoras en el proceso y en consecuencia, asumieron su responsabilidad dentro del cartel. Colaboraron con la autoridad competente para el aporte de pruebas con la finalidad de recibir los beneficios que ofrece la ley por colaboración.

Las investigaciones arrojaron que las empresas Tecnoquímicas, Familia y Kimberly implementaron dentro de su política de dinamismo económico, las conductas desplegadas en el cartel, apoyadas por los altos directivos. Por lo que estos incurrieron en actos desleales al buen manejo empresarial y vulneraron el principio constitucional de mantener una competencia sana en la economía, al alterar las condiciones del mercado colombiano y afectar los derechos de los

111 SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución n.º 43218 de 28 de junio de 2016, "Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones", Caso Cartel de Pañales para bebé, disponible en [http://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/022018/RES_43218_DE_2016.pdf].

consumidores y las empresas intervinientes en la cadena de valor al fijar de forma unilateral los precios artificiales de los pañales¹¹².

En el análisis probatorio la Superintendencia descubrió que el cartel de pañales al fijar los precios en el mercado entre un 15 y 60% arriba de los precios de la competencia, obtuvo una participación del 85% del mismo. De esta manera no solo afectaron a las empresas competidoras sino que afectaron a los consumidores en los hogares que tenían niños entre las edades de cero a dos años pertenecientes a los estratos 0, 1 y 2¹¹³.

Para el caso de las multas, están se mantuvieron para las personas jurídicas, es decir las empresas sancionadas deberán cancelar un valor de \$ 68.945.500.000. Mientras que las personas naturales de la empresa Kimberly y Colpapel S. A., por ser la primera empresa que se ofreció como colaboradora con la justicia, sus funcionarios condenados recibieron el beneficio por delación con una exoneración del 100% de la multa impuesta, mientras que las personas naturales de la empresa Familia S. A. recibieron el beneficio por colaboración con una exoneración del 50% de la multa impuesta.

112 OCDE. *Derecho y política de la competencia en Colombia*, cit.

113 Sobre los estratos en Colombia ver: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA –DANE–. “Estratificación socioeconómica para servicios públicos domiciliarios”, disponible en [<https://www.dane.gov.co/index.php/servicios-al-ciudadano/servicios-de-informacion/estratificacion-socioeconomica>].

C. Cartel del azúcar

La Superintendencia de Industria y Comercio a través de la Resolución n.º 15294 de 8 de abril de 2013¹¹⁴ inició una investigación al formular pliego de cargos en contra de Asocaña, los ingenios azucareros filiales, directivos y trabajadores, por la configuración presunta de un cartel en el mercado frente a la producción, distribución y comercialización de azúcar.

De acuerdo a la indagación y posterior investigación por parte de la Superintendencia, que arrojaron las pruebas pertinentes y necesarias para imponer multas correspondientes a sanciones por valor de \$320.000 millones en contra de las siguientes empresas: Asocaña, CI Azúcares y Mieles, Desarrollos Industriales y Comerciales, Manuelita, Riopaila, Central Tumaco, Castilla, Ingenio del Cauca, Ingenio Providencia, Ingenio La Cabaña, Ingenio Risaralda, Ingenio Carlos Sarmiento, Ingenio San Carlos, Ingenio Carmelita, Ingenio María Luisa e Ingenio Pichichi.

Según las investigaciones de la Superintendencia, el motivo de la creación del cartel empresarial que surgió por varios años, fue obstaculizar las importaciones de productos como el azúcar provenientes de países como Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Bolivia que tenían como destino final el mercado co-

114 "Por la cual se adiciona una resolución de adición de apertura de investigación, se concede un término de traslado, se rechazan unas nulidades y se otorgan nuevamente unas oportunidades procesales", disponible en [http://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/042017/Resolucion_15294_2013.pdf].

lombiano. Es así como la Superintendencia determinó que las empresas relacionadas y sus directivos de forma concertada y continua, contribuyeron a la realización de la conducta restrictiva de la competencia.

Las actuaciones desarrolladas por las empresas adscritas al cartel fueron en bloque, de tal manera que de forma coordinada, eliminaron la competencia del azúcar, dado que representaba una amenaza latente por los precios que estos productos tendrían en el mercado nacional. Por lo que la conducta realizada se agrava por la ilegalidad que la reviste, al planear una estrategia que restringía la competencia, dado que lo que se buscaba era evitar el aumento de la oferta lo que representaría una baja significativa de los precios en los mercados a favor de los consumidores y el sector industrial que requería este producto como materia prima.

La denuncia de este cartel estuvo en cabeza de varias asociaciones industriales del país, tales como Agroindustriales del Bocado Veleño, Coca-Cola Femsa, Nestlé de Colombia, Bavaria entre otras, que manifestaron su inconformidad por los elevados precios del azúcar, como materia prima en la cadena de producción de sus bienes.

D. Cartel del papel higiénico

La Superintendencia de Industria y Comercio a través de la Resolución n.º 69518 de 2014 ya citada inició una investigación formulando pliego de cargos en contra de Productos Familia S. A., Cartones y Papeles de Risaralda S. A., Colombiana Kimberly Colpapel S. A.,

Papeles Nacionales S. A., Drypers Andina S. A. y directivos y trabajadores, por la presunta configuración de violaciones a la normatividad de libre competencia, dado que se creó un cartel empresarial con la finalidad de fijar directamente los precios del papel suave y tisú en el mercado colombiano así como la fijación indirecta de precios, otorgando descuentos a los diversos medios de comercialización. Los productos afectados por el aumento de precios entre los años 1998 a 2013, eran los papeles higiénicos, las servilletas, las toallas de cocina y los pañuelos de papel.

De acuerdo a las pruebas aportadas por las empresas que colaboraron con la Superintendencia, se impuso una sanción de \$185.000 millones a las cuatro empresas infractoras. Las empresas Familia, Kimberly y Cartones y Papeles de Risaralda fueron las que reconocieron la existencia del cartel y ayudaron de forma eficaz al desarrollo de la investigación, cumpliendo con las obligaciones adquiridas por acogerse a los beneficios que brinda la Superintendencia por colaboración.

Teniendo en cuenta esto, la empresa Kimberly quedó exonerada del pago total de la multa, dado que actuó como primera empresa delatora del cartel, aceptó la responsabilidad del mismo y colaboró con aportar las pruebas e información necesaria para el desarrollo de la investigación. A su vez, a Cartones y Papeles de Risaralda –por ser el tercer delator– le condonaron el 30% de la sanción. Para el caso de la empresa Familia, se le había condonado el 50% de la sanción por ser el segundo delator, sin embargo la Superintendencia confirmó que tal empresa había ocultado información

trascendental de la investigación, por lo cual le asignó el 10% de la multa, teniendo en cuenta que esta ofreció disculpas y aceptó su responsabilidad.

E. Cartel de los cuadernos

La Superintendencia de Industria y Comercio, a través de la Resolución n.º 7897 de 27 de febrero de 2015¹¹⁵ inició una investigación al formular pliego de cargos en contra de Productos Familia S. A., Carvajal Educación S. A. S, Scribe Colombia S. A. S. y Colombiana Kimberly Colpapel S. A. y directivos y trabajadores, por la presunta configuración de violaciones a la normatividad de libre competencia, dado que se creó un cartel empresarial con la finalidad de fijar directamente los precios de los cuadernos escolares para escritura entre los años 2001 a 2014 en el mercado colombiano.

La investigación de la Superintendencia de Industria y Comercio arrojó la culpabilidad de las empresas mencionadas, asignándoles una multa de \$58.000 millones, distribuidos de la siguiente forma, la empresa Kimberly está obligada a pagar \$29.645 millones, mientras que la empresa Carvajal Educación debe pagar por concepto de sanción un valor de \$14.823 millones. A su vez la empresa Scribe está obligada a pagar una sanción por \$11.720 millones. Los directi-

115 “Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos”, disponible en [http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Publicaciones_Delegatura/2015/Resolucion_7897_de_2015_Cuadernos.PDF].

vos sancionados deben pagar un valor de \$2.812 millones.

El cartel se desplegó por el mercado a través de los sectores bajos o económicos, medios y altos o *premium* de los cuadernos, se materializó determinando los precios de los cuadernos escolares para escritura a través de cinco canales, tales como: 1. Fijación de precios de los cuadernos *premium*, mediante la determinación de porcentajes que aumentaron de manera considerable los precios base del producto, afectando a los consumidores y los canales de comercialización; 2. Fijación de los precios mínimos que comprende los cuadernos de gama baja y media; 3. Establecimiento de una política empresarial que no permitía el descuento en los precios de los cuadernos a los clientes y consumidores; 4. Recategorización de los clientes; y 5. Descuentos exorbitantes en productos obsoletos.

La Superintendencia indica que este cartel empresarial violentó el régimen de libre competencia por manipular el proceso de comercialización de los cuadernos, en la cadena de mercadeo y distribución en los distintos canales del mercado.

F. Caso de abuso de posición dominante

Para 2005 la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó con una multa de \$ 680.000.000 a la compañía Cadbury Adams S. A. por incurrir en una conducta constitutiva de posición dominante en el mercado de los chicles en Colombia. Según las pruebas evaluadas por la Superintendencia, Adams configuró un abuso de posición dominante teniendo en cuenta lo siguiente:

a) Adams representó el 75% de la cuota de mercado y el 80% de la capacidad instalada; b) El índice de concentración –HHI– fue de 5.000 puntos; c) La sic consideró como barreras de entrada que la posibilidad de una sustituibilidad de la oferta no resultaba fácil debido a: las diferencias en el proceso de producción, los elevados requisitos iniciales de inversión, activos muy especializados, la necesidad de altas inversiones en publicidad, la presencia de capacidad productiva ociosa en el mercado, la dificultad de acceso a los canales de distribución y las economías de escala en el proceso de producción¹¹⁶.

En la Resolución 3370 de 16 de febrero de 2005¹¹⁷ concluyó que la empresa Adams comercializó su producto en el mercado a un precio debajo del valor normal entre los periodos de 2002 a 2003 con la finalidad de evitar y restringir la competencia del producto Tumix.

IX. CONCLUSIONES

El desarrollo de la libre competencia económica tiene su fundamento en la Constitución de 1991, el Estado en cumplimiento de su función social y económica debe velar por el respeto y el cumplimiento de los preceptos que protegen este derecho. Sin embargo, en momentos determinados los agentes activos del

116 OCDE. *Derecho y política de la competencia en Colombia*, cit., p. 77.

117 “Por la cual se resuelve un recurso”, disponible en [http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Publicaciones_Despacho_3/sicdecisiones2/RESOLUCIONES_COMPETENCIA_ANOS/2006/RESOLUCION_03370_DE_16_DE_FEBRERO_DE_2006.pdf].

mercado en aras de generar beneficios económicos desmedidos, incurren en la práctica de conductas anticompetitivas que no solo afectan a los empresarios competidores sino que además perjudican a los consumidores al momento de adquirir bienes y servicios que los ayuden a satisfacer sus necesidades básicas.

Es así como el legislador desarrolla un régimen de la competencia, compuesto por diversas normas y decretos que regulan las prácticas de una competencia sana, fundamentada en los principios de eficiencia económica, igualdad y legalidad, del mismo modo que prevé aquellos actos, que al desplegarse en el mercado pueden alterar el orden económico y por ende vulnerar los derechos a los empresarios y los consumidores, incurriendo sobre ellos una prohibición tácita enunciada en la norma.

Así mismo, es importante indicar que si bien el legislador de forma explícita e implícita ha estipulado los preceptos por los cuales una conducta se considera prohibida en el desarrollo de la competencia, esta no garantiza que las prácticas disminuyan ni alteren la eficiencia económica en el mercado, puesto que muchas empresas reinciden en estos actos a sabiendas que las multas impuestas no son significativas ni repercuten en su capital o en las ganancias generadas cada año.

Es por ello que se analiza que el constructo jurídico impositivo no garantiza una protección efectiva al derecho de la competencia y su desarrollo libre y sano de acuerdo a las reglas de juego impuestas por el Estado, ni salvaguarda los derechos del consumidor colombiano.

De tal manera que la tarea a desarrollar por parte del legislador y el Gobierno nacional es fortalecer las normas que integran el régimen de la competencia en aras de brindar garantías efectivas y con posibilidad de materializarse a los intervinientes del mercado, para que de manera óptima se desplieguen las relaciones económicas que permitan mantener una estabilidad en el ámbito del consumo.

CAPÍTULO CUARTO
LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN LA
PROTECCIÓN DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR:
¿ES UNA CUESTIÓN DE ESTADO?

Edimer Leonardo Latorre-Iglesias

Martha Lucia Bahamón Jara

Jorge Miguel Guevara Fragozo

I. INTRODUCCIÓN

Cuando nos referimos al término de responsabilidad, se hace alusión al deber que se tiene de resarcir un daño causado. Esto incluye la relación conceptual entre el daño, el causante del daño y la víctima, al igual que la configuración de los elementos que generan la responsabilidad de reparar tales como el hecho anti-jurídico, la presencia del daño en la conducta realizada, la cual indica el nexo causal entre el acto y el re-

sultado o la responsabilidad que puede ser objetiva o subjetiva y se atribuye a un agente que causa daño¹¹⁸.

Con fundamento en el principio jurídico que establece que nadie puede dañar a otro y en caso de ocasionar un perjuicio este debe ser resarcido, la responsabilidad puede clasificarse en subjetiva y objetiva. Estas se diferencian en el elemento de culpa/dolo, asegurando que mientras la responsabilidad subjetiva requiere de la configuración de la culpa/dolo para indemnizar a la víctima por los perjuicios ocasionados, la responsabilidad objetiva se materializa con la ausencia de la culpa/dolo, es decir, basta con la existencia del riesgo que se transforma en daño y ocasiona un detrimento para que surja la obligación de resarcir.

JORGE MOSSET indica que si bien existen diferencias entre las clases de responsabilidades, el fin último de las mismas es reparar el daño ocasionado, dado que el deber de indemnizar a la víctima es prioritario en el sistema jurídico, antes que determinar la culpa o no de aquel que generó el perjuicio¹¹⁹.

Los orígenes de la responsabilidad objetiva se encuentran marcados por el desarrollo jurisprudencial de ROGER JOHN TRAYNOR¹²⁰, el cual afirmaba que este

118 FERNANDO E. SHINA. *Daños al consumidor. Análisis de la Ley 1480 de Colombia*, Bogotá, Astrea y Universidad de la Sabana, 2014, p. 105.

119 JORGE MOSSET ITURRASPE. *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Hammurabi, 1993, pp. 28 y 29.

120 Park City, Utah, 12 de febrero de 1900-Berkeley, California, 14 de mayo de 1983, 23th Chief Justice de la Corte Suprema de California del 1.º de septiembre de 1964 al 2 de febrero de 1970 y Associate Justice de la misma Corte del 13 de agosto de 1940 al 1.º de septiembre de 1964.

tipo de responsabilidad era un asunto que concierne al Estado, por cuanto todas las políticas públicas destinadas a reglamentar las relaciones de carácter privado, debían ser justas y generar un bienestar social.

Así para 1963 inicia el camino jurídico para determinar la responsabilidad objetiva en materia del consumidor, al fallar en la sentencia *Greenman v. Yuba Power Products Inc.*¹²¹, que todos los defectos presentados en los bienes y servicios ofertados son responsabilidad del fabricante, exonerando a los consumidores de probar que el daño es culpa o negligencia del productor.

Para el caso colombiano, el desarrollo de la responsabilidad objetiva frente a los derechos del consumidor, tiene su fundamento legal en la Constitución de 1991, específicamente en su artículo 78, que vislumbra que el Estado como ente regulador es el encargado de velar y garantizar por que los bienes y servicios ofrecidos por los proveedores y distribuidores a los consumidores cumplan con los requerimientos mínimos de calidad e idoneidad, al igual que obligar a los fabricantes a responder en caso de daños.

De igual forma, el Estado a través de sus instituciones políticas como las Altas Cortes aplicando los principios de la Carta Magna, han desarrollado un andamiaje jurisprudencial en materia de responsabilidad objetiva, cuya finalidad es la de contribuir por vía legal, doctrinal y analogía de la jurisprudencia extranjera a la protección de los derechos del consumidor.

121 59 Cal. 2d 57 (1963), ver [<https://www.leagle.com/decision/196311659cal2d571111>].

Con la expedición de la Ley 1480 de 12 de octubre de 2011¹²², el legislador pretendió ejercer control sobre las relaciones de consumo para brindar las garantías necesarias al libre ejercicio y protección de los derechos del consumidor. Es así como esta normatividad analiza el tema de la responsabilidad objetiva, la cual recae sobre los productores y proveedores que según la ley se encuentran obligados a responder por la calidad, idoneidad y seguridad de los productos ofrecidos en el mercado.

Teniendo en cuenta esto, el presente capítulo pretende analizar el concepto de responsabilidad objetiva en el marco de la protección de los derechos del consumidor, así como establecer la regulación del Estado a través de la jurisprudencia nacional y su analogía de casos extranjeros.

La metodología empleada se dará a través de una búsqueda documental y bibliográfica para construir una teoría a partir de la base científica encontrada. Se hará énfasis en el análisis de los componentes teóricos predominantes que constituyen la figura de la responsabilidad objetiva en el derecho de consumo, y se realizará una revisión en retrospectiva para reconstruir cómo se construyó el concepto y cómo ha sido su aplicación.

Por último, se realizará una fase exploratoria y descriptiva de derecho comparado sobre el empleo de la figura de responsabilidad objetiva en la protección de

122 *Diario Oficial*, n.º 48.220, de 12 de octubre de 2011, disponible en [<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1681955>].

los derechos del consumidor en países latinoamericanos, a partir del análisis de trabajos académicos, modelos y jurisprudencia, con el fin de confrontarlos con la figura creada en nuestro país.

II. ANTECEDENTES DE LA IRRUPCIÓN DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO

La reglamentación legal del tema de responsabilidad dentro de la sociedad es de gran importancia, dado el desarrollo industrial y consumista en el que nos encontramos inmersos, que origina lo que se conoce como sociedad de riesgo, concepto que explica PILAR GUTIÉRREZ al indicar que esta colectividad se encuentra determinada por nuevos riesgos causados por el incremento tecnológico de las empresas y las cadenas de producción, distribución y consumo¹²³.

En el mismo sentido LUIS DíEZ-PICAZO establece que la transformación paulatina de la sociedad técnica a través de los años, implica una serie de efectos en la dependencia y uso de la tecnología por parte de los consumidores, lo cual conlleva a que paralelo a esto, nazcan nuevos riesgos en razón del proceso de modernización de la sociedad industrial, lo que potencia en forma significativa un sistema de daños en contra de la cadena básica del mercado, esto es, de los consumidores¹²⁴.

123 PILAR GUTIÉRREZ SANTIAGO. *Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas*, Granada, Comares, 2006, p. 22.

124 LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. "La responsabilidad civil hoy", en *Anuario de Derecho Civil*, fascículo 4, 1979, pp. 727 a 738, dis-

De manera pues que es necesario que las normas desarrolladas en pro de la defensa y protección de los derechos del consumidor sean acordes para dar las respuestas a las necesidades de seguridad y responsabilidad frente a daños ocasionados por los productores de bienes y servicios¹²⁵.

En este orden de ideas, es pertinente indicar que el derecho anglosajón fue uno de los sistemas jurídicos que desarrolló la responsabilidad frente a los productos defectuosos comercializados en el mercado y representó un reto para los operadores de justicia en determinar los sujetos sobre los cuales recaería la responsabilidad, de acuerdo a la teoría contractual llamada *privity of contract* y la *strict liability* o la denominada responsabilidad objetiva.

Al principio, los jueces ingleses analizaban la responsabilidad desde el ámbito contractual en las relaciones de consumo, por lo que en la mayoría de casos se beneficiaba el productor¹²⁶. De tal manera que los productores y distribuidores encontraban en el sistema normativo una ventana de actuación que iba en detrimento de los derechos del consumidor, lo que conllevaba a que los consumidores no reclamaran al-

ponible en [https://boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1979-40072700738_ANUARIO_DE_DERECHEO_CIVIL_La_responsabilidad_civil_hoy], p. 732.

125 GUTIÉRREZ SANTIAGO. *Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas*, cit., pp. 35 y 36.

126 OLENKA WOOLCOTT OYAGUE. "La naturaleza de la responsabilidad del productor a la luz del derecho norteamericano", *Prolegómenos Derechos y Valores*, vol. 10, n.º 19, 2007, pp. 125 a 148, disponible en [<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2551>], pp. 125 a 148.

gún tipo de indemnización por los daños ocasionados al adquirir un producto defectuoso en el mercado¹²⁷.

Esta práctica generó gran controversia social, dado que el análisis de la teoría de la responsabilidad contractual en las sentencias representaba una protección a los productores y una falta de garantías a los consumidores, es decir, a toda la sociedad se la dejaba desprotegida, pues se endilgaba que de acuerdo al principio *caveat emptor*¹²⁸, la responsabilidad de la calidad, idoneidad y seguridad de los productos era exclusiva del comprador¹²⁹.

En este sentido, el derecho norteamericano incurrió de forma disruptiva en el desarrollo de la *strict liability* o responsabilidad objetiva en el derecho del consumo, donde el productor se considera responsable frente a los consumidores siempre y cuando se le impute un daño generado por la compra de un producto defectuoso¹³⁰.

Esta teoría se ha resaltado al momento de emitir los fallos, entre los cuales se menciona el caso entre

127 PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA. “La responsabilidad por productos, los grandes hitos de su evolución”, en JOSÉ MANUEL GUAL ACOSTA y JUAN CARLOS VILLALBA CUÉLLAR (dirs.). *Derecho del consumo. Problemáticas actuales*, pp. 173 a 212, Bogotá, Ibañez, 2013.

128 Cuidado por parte del comprador.

129 JULES L. COLEMAN. *Riesgos y daños*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 407.

130 PABLO SALVADOR CODERCH, JOSÉ PIÑERO SALGUERO y ANTONI RUBÍ PUIG. “Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (*Lawenforcement*)”, en *Indret*, Workin Paper n.º 164, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2003, disponible en [http://www.indret.com/pdf/164_es.pdf], p. 6.

*MacPherson v. Buick Motor Co.*¹³¹ en 1916, sentencia que marcó un punto trascendental en la aplicación judicial de la teoría de *strict liability*, donde se condena al fabricante de automóviles por el desperfecto de una rueda, que generó un perjuicio a la víctima sin existir un vínculo contractual entre ambos, pero se configura la tesis de peligro inherente al producto que representa un riesgo al consumidor. Esta tesis se desarrollaba en los casos en los que la responsabilidad y los medios de prueba recaían en el fabricante por la producción de productos defectuosos que representaban un riesgo a la seguridad del comprador, por cuanto el fabricante controla la cadena de producción¹³².

Sin embargo, el caso más significativo fue el de *Escola v. Coca Cola Bottling Company of Fresno*¹³³ en 1944, sentencia producida por el juez TRAYNOR¹³⁴, que manifiesta la responsabilidad absoluta que tiene el productor al colocar un producto en circulación en el mercado, con el conocimiento que este puede causar un daño a los consumidores por presentar defectos de fábrica.

Aquí el juez TRAYNOR manifiesta que la responsabilidad recae sobre el fabricante, dado que los consumi-

131 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916), by Judge BENJAMIN N. CARDOZO, ver en [https://www.law.berkeley.edu/files/MacPherson_2d_Op.pdf].

132 JUAN CARLOS VILLALBA CUÉLLAR. “La responsabilidad por producto defectuoso en el derecho colombiano”, en *Civilizar*, vol. 14, n.º 27, 2014, pp. 17 a 40, disponible en [<http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v14n27/v14n27a03.pdf>].

133 24 Cal. 2d 453 (1944), ver en [https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1150&context=traynor_opinions].

134 Ver *supra*, nota n.º 119.

dores no tienen los conocimientos necesarios para indicar que el producto adquirido esta en óptimas condiciones y cumplen con las calidades que no atenten contra su seguridad, por lo cual es injusto imponerle una carga probatoria que demuestre el daño, si desconocen el proceso de producción y comercialización de los productos.

Bajo esta premisa, las sentencias emitidas en el derecho norteamericano, permitieron la construcción de algunos preceptos que señalaran la responsabilidad sin culpa por los productos defectuosos circulantes en el mercado. Para 1960, el litigio entre *Henningesen v. Bloomfield Motors Inc.*¹³⁵, permitió la creación de la garantía de comerciabilidad aplicada a terceros que no hayan adquirido el producto, admitiendo así la pertinencia de esta a todos los productos.

Ya en 1965 se promulga la *American Restatement of Torts, Second*¹³⁶, Sección 402A¹³⁷, jurisprudencia que contempla y desarrolla el concepto de daños por productos defectuosos, tesis que evolucionaron de forma más específica en 1997, año en el que se expide la *Restatement of torts: product liability*¹³⁸, jurisprudencia

135 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (1960), ver en [<https://h2o.law.harvard.edu/cases/3567>].

136 THE AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of Torts, Second*, Washington D. C., The American Law Institute, 1964, disponible en [<https://home.heinonline.org/titles/American-Law-Institute-Library/Restatement-Second-Torts/>].

137 *Ibíd.*, vol. 2.

138 THE AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of Torts, Third*, Washington D. C., The American Law Institute, 1998, disponible en [<https://home.heinonline.org/titles/American-Law-Institute-Library/Restatement-Third-Torts-Products-Liability/?letter=R>].

que abarca de forma determinada el concepto de defecto y sus clasificaciones, así como el deber de información y las reglas de causalidad¹³⁹.

Del mismo modo, encontramos que otros ordenamientos jurídicos han instaurado este sistema de responsabilidad en el marco del derecho de consumo, como por ejemplo la Directiva 374 del Consejo de la Comunidad Europea¹⁴⁰, que en su artículo 4.º manifiesta que los consumidores están obligados a probar el perjuicio ocasionado por el producto defectuoso y la relación existente entre ambos, mejor conocido como nexo causal; es decir, que lo que se debe probar es la inseguridad que causa el producto comprado para la integridad física de los consumidores.

A su vez España, fue uno de los países que incluyó la responsabilidad objetiva en materia del consumo, en especial por productos defectuosos, a través del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre¹⁴¹.

DÍEZ-PICAZO explica que este tipo de responsabilidad (objetiva) no incluye la culpa o negligencia de los

139 WOOLCOTT OYAGUE. La naturaleza de la responsabilidad del productor a la luz del derecho norteamericano”, cit., pp. 129 a 132.

140 UNIÓN EUROPEA. Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, disponible en [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A31985L0374>].

141 “Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 287, de 30 de noviembre de 2007, disponible en [<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>].

actores a quienes la norma y el consumidor les atribuye la responsabilidad, puesto que lo que se busca es probar los defectos surgidos en los productos comercializados en el mercado de acuerdo a la seguridad y calidad que deben tener y no los elementos subjetivos¹⁴².

En Latinoamérica el ordenamiento jurídico brasileño incluye la responsabilidad objetiva frente a los derechos del consumidor, en los casos de productos defectuosos y la prestación de un servicio defectuoso¹⁴³.

III. RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL DERECHO DEL CONSUMO EN COLOMBIA

La evolución de la responsabilidad objetiva en Colombia ha sido paulatina, así el Decreto 3466 de 2 de diciembre de 1982¹⁴⁴ contemplaba ciertas acciones de orden administrativo que permitan el pago de perjuicios ocasionados por la falta de calidad e idoneidad de los bienes y servicios comercializados en el mercado.

142 LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, p. 144.

143 EILEEN VÁSQUEZ PÉREZ. “¿La responsabilidad por productos defectuosos es realmente objetiva según la Ley 1480 de 2011?”, en *Actualidad Jurídica*, edición 7, 2015, pp. 26 a 36, disponible en [<http://docplayer.es/74346820-Revista-de-divulgacion-de-estudiantes-egresados-y-profesores-de-la-division-de-derecho-cien-cia-politica-y-relaciones-internacionales.html>].

144 *Diario Oficial*, n.º 36.143, de 3 de diciembre de 1982, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1528360>].

De igual forma, este criterio fue ampliado jurisprudencialmente por la Corte Constitucional, al realizar un análisis con base al artículo 78 de la Carta Magna del deber que le correspondía al consumidor de probar un defecto en un producto para establecerse la responsabilidad de los fabricantes, enunciando:

... el defecto cuya prueba compete al perjudicado, no es el error de diseño o intrínseco del producto, cuyo conocimiento difícilmente puede dominar o poseer el consumidor; lo es la inseguridad que se manifiesta con ocasión del uso al cual está destinado. Probado el defecto resulta razonable suponer que la responsabilidad corresponde al empresario que controla la esfera de la producción, la organiza, dirige y efectúa el control de los productos que hace ingresar al mercado y, por ende, para liberarse debe éste a su turno demostrar el hecho que interrumpe el nexo causal¹⁴⁵.

Con base en lo anterior, la Corte enfatizó en el deber de seguridad que asumen los productores y distribuidores en la comercialización de un producto en el mercado. Aquí se evidenció la relación desigual que existe entre los consumidores y el productor o distribuidor, indicando que la responsabilidad por productos defectuosos, es objetiva, por cuanto su fundamento esta basado en el riesgo, hecho que obliga el deber de ofrecer productos en óptimas calidades y garantías a la seguridad e integridad física, imposibilitando la

145 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1141 de 30 de agosto de 2000, M. P: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-1141-00.htm>].

exoneración del productor por actuar con diligencia y cuidado.

Con la expedición de la Ley 1480 de 2011 ya citada, se busco complementar el sistema de responsabilidad en materia del consumidor, en tanto la finalidad normativa es la protección integral del mismo, imponiendo así una obligación de seguridad a los productores y distribuidores para con los usuarios en la comercialización de bienes y servicios con base en el precepto constitucional emanado del artículo 78¹⁴⁶.

Es así como el artículo 3.º del Nuevo Estatuto del Consumidor, indica la voluntad del legislador que reconoce la seguridad como un derecho que tiene el consumidor a no sufrir un daño a su integridad por el uso de un producto. Así como se establece el principio de seguridad en el artículo 1.º de la mencionada ley.

Al tener en cuenta esto, la seguridad se considera un deber que busca estar a la altura de los requerimientos que propenden por una satisfacción mínima de las necesidades básicas de las personas, por parte de aquellos productores que ingresan al mercado un bien o servicio para comercializarlo¹⁴⁷.

Si se analiza el concepto de seguridad, se encuentra que su inclusión en la normatividad del consumidor ha sido novedad, resaltando que esta se considera como la:

146 JUAN CARLOS VILLALBA CUÉLLAR. *Introducción al derecho del consumo*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, 2012, p. 42.

147 JEAN CALAIS-AULOY y HENRI TEMPLE. *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2006, p.,301.

Condición del producto conforme con la cual en situaciones normales de utilización, teniendo en cuenta la duración, la información suministrada en los términos de la presente ley y si procede, la puesta en servicio, instalación y mantenimiento, no presenta riesgos irrazonables para la salud o integridad de los consumidores. En caso de que el producto no cumpla con requisitos de seguridad establecidos en reglamentos técnicos o medidas sanitarias, se presumirá inseguro¹⁴⁸.

De manera pues que la inobservancia y el no cumplimiento de los requerimientos mínimos de seguridad que debe tener un producto, que ocasionen un perjuicio a los consumidores o sus bienes en razón de su defecto, genera una responsabilidad por daños por parte del productor. La cual obliga al consumidor como directamente perjudicado, a probar el defecto del bien sin la obligación de señalar las posibles causas que generaron este hecho, lo que invierte así la carga de la prueba al productor o distribuidor del bien o servicio¹⁴⁹.

IV. RESPONSABILIDAD POR PRODUCTO DEFECTUOSO

El Nuevo Estatuto del Consumidor o Ley 1480 de 2011, explica que el daño procede de la responsabilidad que tiene el fabricante o distribuidor frente a los

148 Artículo 21, Ley 1480 de 2011, cit.

149 ALEJANDRO GIRALDO LÓPEZ. "Los conceptos de calidad, idoneidad y seguridad en el nuevo Estatuto del Consumidor", *Con-Texto. Revista de Derecho Económico*, 2014, pp. 55 a 67, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/4378>].

consumidores por la producción y comercialización de bienes y servicios defectuosos que atenten contra la integridad y seguridad de los consumidores y sus bienes. De tal manera que el daño del producto debe ser probado por el consumidor afectado, así como la relación jurídica entre las causas del perjuicio y el resultado dado¹⁵⁰.

El artículo 20 de la mencionada ley expresa el concepto de daño entendiendo que este se constituye cuando se da la: 1. Muerte o lesiones corporales causadas por el producto defectuoso; o 2. Los producidos a una cosa diferente al producto defectuoso, causados por el producto defectuoso¹⁵¹.

JUAN VILLALBA manifiesta que se configura la responsabilidad por productos defectuosos cuando existe un error en la producción, en el diseño o la información de un producto, que genera un daño a la integridad física de los consumidores o a su patrimonio. De manera que se requiere la existencia real de un perjuicio ocasionado por un producto en contra del consumidor para que se determine la responsabilidad del mismo¹⁵².

Con base en esto, es importante manifestar que no se debe confundir el defecto de un producto que pueda generar un perjuicio, frente a la eventualidad de que este no funcione de la manera correcta, ya que en el último caso, la normatividad del consumidor prevé

150 Ídem.

151 Ídem.

152 VILLALBA CUÉLLAR. “La responsabilidad por producto defectuoso en el derecho colombiano”, cit.

otro contexto de aplicación, como lo es el tema de la garantía de productos de acuerdo a su calidad e idoneidad¹⁵³.

De igual forma se cae en la confusión cuando se involucran los conceptos de productos defectuosos y productos nocivos. En estos casos se tiene en cuenta que el primero surge por el daño causado por las acciones u omisiones de un fabricante o distribuidor, mientras que el segundo representa un perjuicio real al consumidor y su seguridad por su esencia, como por ejemplo los cigarrillos, que por su consumo a largo plazo pueden ocasionar enfermedades respiratorias graves como el cáncer de pulmón que puede ocasionar la muerte de una persona.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que un producto nocivo puede convertirse en un producto defectuoso siempre y cuando se omita el deber de información para el uso, que está a cargo de los productores y distribuidores sobre la peligrosidad del mismo, pues violenta el principio de seguridad que ampara al consumidor¹⁵⁴.

Para la Ley 1480 de 2011, el producto es defectuoso cuando:

Artículo 5.º numeral 17. Producto defectuoso es aquel bien mueble o inmueble que en razón de un error el di-

153 MIGUEL ÁNGEL LARROSA AMANTE. *Derecho de consumo, protección legal al consumidor*, 2.ª ed., Madrid, El Derecho Editores, 2011, p. 215.

154 MARÍA ÁNGELES PARRA LUCÁN. *Daños por productos y protección al consumidor*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1990, pp. 501 y 502.

seño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho¹⁵⁵.

Frente al concepto anterior cabe manifestar que VILLALBA realiza una crítica al tratamiento de defecto como error que le da la Ley 1480 de 2011, dado que reviste de subjetividad la responsabilidad a cargo del proveedor o distribuidor al admitir la culpa del operador, hecho que es inconcebible dado que los defectos surgidos en los productos comercializados en el mercado, deben gozar de una seguridad para los usuarios, generada por un control e inspección en la cadena de producción, características propias de un sistema de responsabilidad objetiva¹⁵⁶.

V. DEFECTOS EN EL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR

Como ya se hizo mención, el defecto en los productos puede darse según la normatividad por: 1. Error de diseño; 2. Error de fabricación; 3. Error de construcción; 4. Error de embalaje; y 5. Error de información.

Se entiende por defecto de diseño aquel que versa sobre la creación del bien, su configuración y su belleza. PABLO CODERCH, JOSÉ PIÑERO y ANTONI RUBÍ¹⁵⁷ expresan que se tienen en cuenta dos reglas para in-

155 Artículo 5.º, Ley 1480 de 2011, cit.

156 VILLALBA CUÉLLAR. “La responsabilidad por producto defectuoso en el derecho colombiano”, cit.

157 CODERCH, PIÑERO SALGUERO y RUBÍ PUIG. “Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (*Lawenforcement*)”, cit., p. 15.

dicar si un producto presenta defectos de diseño: una, el denominado test de la expectativa razonable por parte del consumidor; tesis propia de la doctrina y normativa de la Unión Europea y España en la cual se analiza el defecto del producto, desde la perspectiva del pensamiento del consumidor, es decir que este no cumple con el ideal que motivó al usuario a adquirir el bien induciéndole a un error causándole un perjuicio.

Por otra parte, se encuentra la regla del riesgo-utilidad, tesis desarrollada por los operadores judiciales estadounidenses, que manifiesta que el diseño de un producto puede ser defectuoso cuando los riesgos de perjuicios podrían ser previsibles empleando un diseño alternativo, que brindara una seguridad al consumidor¹⁵⁸.

Continuando con el estudio de las clases de defectos, se encuentran aquellos denominados defectos de fabricación, concepto que explica PILAR GUTIÉRREZ argumentando que estos son errores que se presentan en la creación de productos por parte de un humano o la máquina encargada de los procesos de producción, lo cual da como resultado una serie de desperfectos en la misma¹⁵⁹.

En este mismo orden de ideas se encuentra que los defectos de construcción aplica para las acciones u

158 Ídem.

159 PILAR GUTIÉRREZ SANTIAGO. "El concepto legal de 'defecto' en el régimen español y europeo de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos", en MAXIMILIANO ARAMBURO CALLE (COORD.). *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho*, t. I, Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 2011, pp. 657 a 706.

omisiones realizadas a bienes inmuebles en un proceso de construcción, los cuales se encuentran viciados por la inclusión de un desperfecto que trae como consecuencia un daño al consumidor que genera responsabilidad a los productores y proveedores.

De igual forma, frente a los defectos surgidos por el embalaje, es pertinente mencionar que este hecho tiene como consecuencia la poca preservación de la vida útil del bien, lo que conlleva a que se modifiquen los elementos esenciales de producto, hasta el punto que estos puedan convertirse en inseguros para el consumidor.

Por último pero no menos importante, los defectos presentados por la falta de información. Esta tesis considera que el producto comercializado en el mercado no posee desperfecto alguno, pero por el desconocimiento de la información por parte del consumidor sobre el uso y las contraindicaciones de un determinado bien o servicio, se produce un daño a la integridad física del usuario y sus bienes. Por lo que el impase o defecto se subsana mediante el deber de aviso que tiene el productor sobre la calidad, idoneidad y efectos que tienen los bienes y servicios, tal como son lo casos de las bebidas alcohólicas donde la etiqueta incluye la reseña que es un producto nocivo para la salud¹⁶⁰.

Al tener clara la clasificación construida en torno a los conceptos de producto defectuoso, se analizan a

160 OLENKA WOOLCOTT OYAGUE. La responsabilidad del productor: Estudio comparativo del modelo estadounidense y el régimen de la Comunidad Europea, Bogotá, Ibañez, 2007, p. 121.

continuación los elementos que configuran la responsabilidad por productos defectuosos.

En primer lugar, encontramos que se considera la responsabilidad por productos defectuosos como una de mercado, de acuerdo a la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional, tal como lo manifiesta:

La responsabilidad del productor y del distribuidor surge *ex constitutione* y puede por ello ser deducida por el consumidor del producto o el usuario, con independencia de que exista o no un vínculo contractual directo con los primeros. En este sentido, las garantías atinentes a la calidad o idoneidad de los bienes y los servicios, no se ofrecen exclusivamente al primer adquirente; ellas se disponen frente a la categoría de los consumidores y usuarios. El productor profesional produce para el mercado, se beneficia del mercado y debe responder ante el mercado. En este caso, el mercado está constituido por los consumidores y usuarios. La responsabilidad de mercado –secundada por la Constitución y la ley–, no contractual, acredita la reivindicación igualitaria que ha querido la Constitución introducir bajo el concepto de consumidor o usuario¹⁶¹.

Según esto, se concluye que si bien la responsabilidad por productos defectuosos es un acápite de la responsabilidad civil, esta se enmarca como una responsabilidad significativa, dado que no requiere del nexo derivado de la existencia de un contrato para el surgimiento de la obligación.

También se establece que la responsabilidad por producto defectuoso es una responsabilidad objetiva, dado que los fabricantes al crear un producto gene-

161 Sentencia C-1141 de 2000, cit.

ran unos riesgos al comercializarlos en el mercado, por cuanto ellos son los que reciben los beneficios económicos de la actividad de producción de bienes y servicios y poseen la información correspondiente a la cadena de producción, dejando en desventaja a los consumidores¹⁶².

Igualmente el Estatuto del Consumidor prevé la responsabilidad solidaria de los productores y distribuidores frente a productos defectuosos comercializados en el mercado. JAVIER TAMAYO lo explica enunciando:

... una responsabilidad solidaria de todas las personas que participen en la cadena de producción y distribución del producto dañino, frente al tercero, consumidor o no, que finalmente sufra el daño como consecuencia del defecto o falta de calidad del producto. En esta forma, el fantasma de la diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual tiende a reducirse o a eliminarse en este tipo de daños¹⁶³.

VI. EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD DE LOS PRODUCTORES Y PROVEEDORES

El régimen de responsabilidad por productos defectuosos establecido en el derecho de consumo colombiano, estipula en forma taxativa en la ley unas causa-

162 JORGE MOSSET ITURRASPE y JAVIER HERNÁN WAJNTRAUB. *Ley de defensa del consumidor*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2008, p. 244.

163 JAVIER TAMAYO JARAMILLO. "La responsabilidad civil por productos defectuosos y su aseguramiento", en *Revista Latinoamericana de Seguros*, n.º 12, 1998.

les de exoneración del productor, las cuales analizan un factor común tal como lo es un suceso extraño aislado del actuar diligente en la creación y fabricación de los productos por parte del fabricante.

En el contexto de protección a los derechos del consumo, se genera una responsabilidad objetiva por parte del productor hacia el consumidor por los daños ocasionados por un bien o servicio defectuoso, donde se aplica el principio de quien configura un perjuicio a otro debe indemnizarlo, en razón de que esta persona no estaba en la obligación moral y legal de soportar un menoscabo de sus derechos¹⁶⁴.

El Estatuto del Consumidor prevé unas causales explícitas que exoneran de la responsabilidad a los fabricantes y distribuidores, tales como lo manifiesta el artículo 22:

1. Por fuerza mayor o caso fortuito; // 2. Cuando los daños ocurran por culpa exclusiva del afectado; // 3. Por hecho de un tercero; // 4. Cuando no haya puesto el producto en circulación; // 5. Cuando el defecto es consecuencia directa de la elaboración, rotulación o empaquetamiento del producto conforme a normas imperativas existentes, sin que el defecto pudiera ser evitado por el productor sin violar dicha norma; // 6. Cuando en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto¹⁶⁵.

164 GIRALDO LÓPEZ. . “Los conceptos de calidad, idoneidad y seguridad en el nuevo Estatuto del Consumidor”, cit.

165 Ley 1480 de 2011, cit.

La configuración de estas causales enunciadas en la Ley 1480 del 2011, permite deducir que la responsabilidad que surge por el desperfecto de los productos es objetiva, dado que no pueden ser atribuidas a los productores y proveedores por contemplar causas extrañas a su voluntad, a excepción que no pueden exonerarse de la responsabilidad alegando un obrar diligente en el proceso de producción.

Acorde a esto vemos que en el contexto de la responsabilidad objetiva por los desperfectos en los productos, no se tiene en cuenta que los fabricantes y distribuidores hayan actuado con culpa, pues solo basta con que se compruebe el nexo causal existente entre la causa y la existencia del daño, así como el defecto del producto para que se atribuya la responsabilidad¹⁶⁶.

VII. DERECHO COMPARADO, LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Antes los casos de responsabilidad por daños generados por el uso de bienes y servicios defectuosos por parte de los consumidores se analizaban desde la óptica de los principios y reglas del Código Civil español concernientes a la responsabilidad contractual y extracontractual, con el objeto de resarcir los perjuicios causados¹⁶⁷.

166 BRENDA ESPINOZA APRÁEZ. “La responsabilidad por producto defectuoso en la Ley 1480 de 2011. Explicación a partir de una obligación de seguridad de origen legal y constitucional”, *Revista Derecho Privado*, n° 28, 2015, pp. 367 a 399, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4134>], pp. 367 a 399.

167 CRISTIANO VÁZQUEZ BULLA. “La responsabilidad civil por productos

El avance constante del mercado y los procesos de industrialización, trajeron como consecuencia que los conceptos extraídos de la normatividad civil quedaran cortos para abarcar un sistema de responsabilidad integral en favor de los consumidores, considerados la parte más vulnerable en las relaciones económicas.

De manera pues que la promulgación de la Ley 26 de 19 de julio de 1984¹⁶⁸, denominada “Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios” constituyó ciertos postulados sobre el derecho del consumo que manifiestan que todo daño o perjuicio causado por la adquisición de bienes y servicios que logre ser probado por el consumidor, debe ser resarcido de acuerdo al principio de responsabilidad del fabricante teniendo en cuenta la configuración de la culpa.

Sin embargo, el régimen de responsabilidad que desarrollaba la Ley 26 de 1984, no garantizaba una protección integral a los consumidores, dado que al atribuir la responsabilidad a los productores debía estimarse el elemento de culpabilidad, por lo que el legislador aunó sus esfuerzos para expedir la Ley 22 de 6 de julio de 1994¹⁶⁹, que buscaba endilgar la res-

defectuosos a la luz de la nueva Ley 3/2014: pasado, presente y futuro desde la perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial”, *Revista de Derecho UNED*, n.º 14, 2014, 717 a 750, disponible en [<http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/13304>].

168 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 176, de 24 de julio de 1994, disponible en [<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-16737>].

169 “De responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 161, de 7 de julio de 1994, disponible en [http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/122-1994.html].

ponsabilidad objetiva de los productores, teniendo en cuenta los daños causados por el uso de bienes y servicios defectuosos.

Es de anotar que la expedición de la Ley 22 de 1994 incluyó preceptos normativos instaurados en la Directiva 85/374 de la Comunidad Europea¹⁷⁰, sobre los temas de responsabilidad objetiva del fabricante, en los casos de productos defectuosos comercializados en el mercado y adquiridos por el consumidor. Así, la directriz explica el concepto de fabricante, al definir que este es la persona que manufactura un bien o servicio y por este hecho adquiere una responsabilidad frente al consumidor al igual que el productor de materias primas, el que establezca el nombre, distintivo o signo en el producto e importador de los mismos por los daños ocasionados por productos defectuosos¹⁷¹.

Con base a lo anterior, se indica que la Comunidad Europea insertó los principios doctrinales y jurisprudenciales frente a la responsabilidad por productos defectuosos de la legislación norteamericana, donde han desarrollado una serie de defectos atribuibles al productor tales como: 1. Defecto de fabricación. Que se caracteriza por el hecho que los bienes y servicios no establecen la seguridad ofertada por los demás productos de su igual denominación; 2. Defecto de diseño. Que se caracteriza por tener un desperfecto o fallo industrial desde el momento en que se concibe

170 Cit.

171 VÁZQUEZ BULLA. "La responsabilidad civil por productos defectuosos a la luz de la nueva Ley 3/2014: pasado, presente y futuro desde la perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial", cit., p. 722.

la creación del producto; y 3. Defecto de información. Que se caracteriza por no ofrecer al consumidor la información precisa acerca del uso, manipulación y consumo de un determinado bien y servicio¹⁷².

En forma análoga, la Ley 3 de 27 de marzo de 2014¹⁷³ incluyó en la legislación española los preceptos establecidos en la Directiva 83 de 25 de octubre de 2011¹⁷⁴, la cual regula el desarrollo y la aplicación de los contratos que se realizan en el mercado con los consumidores y usuarios, reforzando la información atinente a las obligaciones precontractuales que se requieren para formalizar un contrato. De manera pues que los productores y empresarios están en la responsabilidad de enunciar a los consumidores de forma clara, las condiciones para los contratos de depósitos y demás garantías financieras, así como de la existencia de una garantía legal para los bienes adquiridos, los servicios posventa y las garantías comerciales que se concedan en razón de las relaciones de consumo creadas.

172 VÁZQUEZ BULLA. "La responsabilidad civil por productos defectuosos a la luz de la nueva Ley 3/2014: pasado, presente y futuro desde la perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial", cit., p. 723.

173 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 76, de 28 de marzo de 2014, disponible en [http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/526406-l-3-2014-de-27-mar-modificacion-del-texto-refundido-de-la-ley-general-para.html].

174 PARLAMENTO EUROPEO. Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, disponible en [<https://www.boe.es/doue/2011/304/L00064-00088.pdf>].

Para los casos especiales como los contratos de suministro de contenido digital, se obliga al empresario a informar de diversas maneras el uso del servicio, así como el deber de informar sobre cualquier limitación técnica que tenga el producto, tal como la protección mediante el trámite de derechos digitales, la interoperabilidad de los aparatos y programas de contenido digital. De igual forma, en los contratos a distancia las exigencias de información incluyen limitaciones técnicas a algunos medios comunicativos, lo cual obliga al empresario a direccionar al consumidor a fuentes de información confiables y veraces¹⁷⁵.

A su vez, la Ley 3 del 2014 reglamenta los parámetros formales del contrato a distancia y de aquellos que se solemnizan en un lugar distinto de los establecimientos de comercio, lo cual obliga a los sitios comerciales en la *web*, a informar de forma clara y comprensible, antes de que el consumidor inicie su proceso de compra, si tienen alguna limitación en el suministro de productos y las opciones de pago que aceptan para realizar la compra.

A. Legislación argentina

Si se realiza un análisis comparativo frente el desarrollo de la responsabilidad objetiva en otros ordenamientos jurídicos, encontramos que en Argentina la

175 VÁZQUEZ BULLA. “La responsabilidad civil por productos defectuosos a la luz de la nueva Ley 3/2014: pasado, presente y futuro desde la perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial”, cit., p. 724.

Ley 24.240 de 13 de octubre de 1993¹⁷⁶, en su artículo 40 regula lo concerniente a la responsabilidad objetiva frente a productos defectuosos afirmando:

Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

Al tener en cuenta esto, se indican varios criterios que determina la ley de defensa del consumidor para establecer la responsabilidad objetiva y proceder a la reparación de los daños causados, tales como: 1. La legitimación por activa y pasiva; 2. El factor atributivo de responsabilidad; 3. Los eximentes de responsabilidad; 4. Las cargas probatorias; y 5. La responsabilidad solidaria.

Frente a la legitimación por activa y pasiva, la ley es clara en manifestar que la acción de daños, puede ser empleada por todos los consumidores para exigir la responsabilidad, así como el pago de perjuicios ocasionados por los productores y distribuidores de

176 "Normas de Protección y Defensa de los Consumidores. Autoridad de Aplicación. Procedimiento y Sanciones. Disposiciones Finales", sancionada el 22 de septiembre de 1993, promulgada parcialmente el 13 de octubre de 1993, disponible en [<https://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/download/176785/866454/file/Ley%2024240%20-%20Defensa%20al%20consumidor.pdf>].

bienes y servicios. De igual modo, para el caso de la atribución de la responsabilidad se indica que esta es de carácter objetivo, es decir, que el elemento objetivo comprende no solo los defectos que pueden traer los productos que adquieren los consumidores sino que además incluyen los defectos que pueden darse en la prestación de un servicio.

A su vez, la normativa presupone el caso fortuito como causal de ausencia de responsabilidad a favor del fabricante y distribuidor, siempre y cuando no exista un vínculo entre la causa que originó el daño y el resultado.

Respecto al desarrollo de las cargas probatorias, se indica que en el caso de la responsabilidad objetiva en los productos defectuosos, la legislación argentina prevé que la dinámica de la prueba esta a cargo de los productores y distribuidores, dado que ellos controlan la cadena de producción de sus productos, por ende poseen la información acerca de la creación de bienes y servicios que en muchas ocasiones desconoce el consumidor.

El concepto de responsabilidad solidaria en la norma, la cual permite la indemnización al consumidor por un daño ocasionado en razón de algún desperfecto de un bien o servicio comercializado en el mercado. Es decir, que este precepto obliga a responder ante la víctima a todos los sujetos involucrados en la cadena de producción en aras de resarcir un perjuicio, lo que posibilita al consumidor a que ante un daño, pueda exigir una indemnización reclamando ante cualquiera de los patrimonios que pertenezcan a los fabricantes y distribuidores de los productos defectuosos.

Ahora bien, con la expedición de la Ley 26.994 de 7 de octubre de 2014¹⁷⁷ se regulan aspectos importantes como los contratos especiales que se desarrollan en las relaciones de consumo, así vemos que para el caso de los contratos celebrados en entornos distintos a los establecimientos de comercio, la norma enuncia en su artículo 1104 que se incluyen en esta modalidad aquellos hechos en los que se realiza una oferta de un producto sea un bien o servicio en la residencia o en el sitio de trabajo del consumidor.

De igual forma para los contratos celebrados a distancia, el artículo 1105 explica que estos surgen cuando, una vez dada la concertación entre los proveedores y consumidores frente al empleo de medios de comunicación a distancia, se utilizan sin contar con la asistencia corporal de las partes que formalizan dicho contrato.

A su vez, para el empleo de los medios electrónicos y el deber de información que se debe dar a los consumidores, los artículos 1106 y 1107 explican, siempre y cuando la ley de orden especial requiera que los contratos deban ser por escrito, si en el contrato que suscribe el consumidor se incluye un soporte electrónico. Así mismo, si las partes emplean en sus relaciones de consumo medios electrónicos para su comunicación o celebración de contratos a distancia, el proveedor está en la obligación de informar al usuario, adicio-

177 Código Civil y Comercial de la Nación, sancionada el 1.º de octubre de 2014, promulgada el 7 de octubre de 2014, disponible en [<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/103671/126060/F-1511269257/ley%2026994%20argentina.pdf>].

nal a los preceptos contractuales establecidos y la acción de revocatoria de la oferta a la que tiene derecho, sobre los datos obligatorios para el uso adecuado de los medios electrónicos elegidos, para poder dimensionar los riesgos que se derivan de su uso y quien responde si se configuran los mismos.

A manera de ejemplo, pasamos a citar un caso en la legislación argentina.

“CATALDO, FEDERICO FRANCESCO contra PEUGEOT CITROËN ARGENTINA S. A. y otros sobre ordinario”

Este caso de responsabilidad por producto defectuoso, se destaca por la compra por parte del demandante de un auto cero kilómetros en agosto de 2003. Sin embargo en los días finales correspondientes al mes de febrero de 2004, el auto presentó inconvenientes técnicos que representaron su detención en plena marcha.

De acuerdo a esto, el demandante acude en dos ocasiones al taller de la concesionaria para la solución de su problema, una vez realizados los respectivos chequeos, el desperfecto en el auto persiste, lo cual lo lleva a comunicarse con la oficina de atención al cliente de Peugeot en Francia, para que se brindará un servicio técnico telefónico, lo cual representó un tercer ingreso al taller para la reparaciones, pese a esto el daño continuó, por lo que demandó a los responsables en la cadena de producción y comercialización por la violación a su derecho como consumidor, exigiendo el cambio del vehículo o la devolución del dinero, más la privación del uso y el daño moral.

Frente a esto, en la sentencia proferida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, se indica

que este hecho esta dentro del contexto de responsabilidad objetiva por el desperfecto de un producto que generó un perjuicio al consumidor.

El Tribunal argumenta que aquellos que venden productos con ciertos manejos técnicos, donde usualmente los consumidores conocen la información transmitida para la venta y adquisición del producto, obliga a los productores y distribuidores a no defraudar todas las expectativas que el usuario tiene del bien. Así, de acuerdo al artículo 40 de la ley del consumidor, el régimen de responsabilidad objetiva por productos defectuosos se origina cuando no se ejecutan de forma integral las obligaciones de comercializar bienes con unos estándares mínimos de calidad e idoneidad a favor de los consumidores.

B. Colombia

Para el caso colombiano, analizaremos una sentencia de la Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

Magistrado Ponente: PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA.

Radicado n.º Ref.: Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01.

Accionante: MARGY MARÍA MANASSE VARGAS.

Accionado: Productos Naturales de Cajicá S. A., “La Alquería”.

1. Antecedentes

La demandante manifiesta que el día 31 de agosto de 1999, envió a su hijo a comprar en la tienda del lugar donde residía, un litro de leche larga vida. Este producto indicaba en su empaque, que la leche que contenía era ultra pasteurizada semidescremada, leche

natural de la empresa “La Alquería”.

Una vez con el producto en sus manos, abrió la bolsa, con la finalidad de consumir el contenido y al realizarse esta acción, sintió que sus órganos bucofaríngeos y su estómago se quemaban, al igual que sintió un cosquilleo por su cuerpo y de inmediato una visión borrosa. De manera que debió ser trasladada al Hospital San Ignacio, centro médico que le práctico un procedimiento de intoxicación exógena al igual que le práctico unos exámenes de toxicología para determinar las causas de la enfermedad.

Después del incidente la demandante, persiste con los síntomas de visión borrosa, lo cual la lleva a realizarse exámenes de rutina, indicando que había disminuido su visión en un 70%, así como el padecimiento de una enfermedad denominada desmielización, la cual según los criterios médicos se generó por la presencia de “agentes infecciosos y por las neurotoxinas, sustancias producidas por agentes bacterianos”¹⁷⁸.

2. Consideraciones de la Sala

La Sala manifiesta que debido al avance tecnológico e industrial que se ha dado en la economía, la oferta de los bienes ha dado lugar a que se configuren grandes tendencias en la sociedad de consumo masivo, lo cual genera una obligación al sistema jurídico y económico a responder por los retos y las garantías frente a esta realidad social cambiante.

178 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01, de 30 de abril de 2009.

De ahí que esta situación novedosa cree una brecha entre los productores y proveedores de bienes y servicios y los consumidores, por lo cual los fenómenos jurídicos desprendidos de la relación de consumo no deben ser entendidos solo con las normas especiales, sino partiendo de los principios constitucionales de un sistema económico de libre competencia que permita la comercialización de productos y que a su vez, proteja de manera integral a esta parte débil en las operaciones de consumo.

De este modo, desde este contexto el desequilibrio que se da en las relaciones de consumo es notorio, dado que aquellos que tienen como actividad económica la producción de bienes y servicios, son los que controlan la cadena de producción, debido al beneficio económico que esto le genera al igual que las ventajas negociales que se desarrollan en el mercado, mientras que los consumidores se dedican a la adquisición de bienes y servicios en aras de satisfacer una necesidad básica, lo que los coloca en un estado de vulnerabilidad.

Frente al caso en concreto, se resalta que la Corte Suprema de Justicia negó las pretensiones de la parte demandante, por cuanto esta no logró probar el nexo causal entre el hecho o la causa y el daño, en razón del consumo de la leche. En forma análoga, consideró que este producto no era defectuoso, dado que no se probó que contenía sustancia tóxicas que originaran un perjuicio a las personas que lo consumían.

VIII. CONCLUSIONES

Para concluir se puede afirmar que el régimen de responsabilidad objetiva propende el resarcimiento de perjuicios a la víctima por un daño causado. En el caso del derecho de consumo en Colombia, este tipo de responsabilidad se configura por los productos defectuosos que se comercializan en el mercado y generan un riesgo a la integridad física de los consumidores.

La evolución de este régimen de responsabilidad desde la perspectiva del consumo, se da desde el derecho anglosajón, en especial por los avances jurisprudenciales que determinó el juez ROGER TRAYNOR, que indicó que los productores y proveedores eran responsables ante los consumidores por el riesgo que representa a la seguridad un producto defectuoso, por ende, la responsabilidad es de carácter objetiva, por cuanto los fabricantes son los que controlan la cadena de producción y tienen los conocimientos especializados para analizar el defecto de un bien o servicio y que es estrictamente su responsabilidad en la circulación de estos en el mercado.

En el contexto colombiano, con la expedición de la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor, se previó que responden de manera solidaria los productores y proveedores frente a los defectos de un producto que violente el principio de seguridad y atente contra la integridad física de un consumidor. De manera pues que los efectos de esta, irradian a todas las partes intervinientes en la cadena de producción y comercialización de los bienes y servicios. A su vez indica que el daño al consumidor surge del riesgo del bien o el ser-

vicio, por ende, el productor, proveedor, distribuidor, vendedor o aquel que haya registrado su marca en el producto deberá responder en forma solidaria por el desperfecto del bien o la mala prestación del servicio que ocasionó un perjuicio patrimonial o afectación de la seguridad del usuario.

Se resalta además que es requisito indispensable que para que proceda la indemnización por los perjuicios causados, el consumidor deba probar el nexo causal entre los hechos y el daño ocurrido.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, VÍCTOR y CHRISTIAN COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- ALMANZA BARRIOS, LICETH DAYANA. “La estructura jurídica del derecho de la competencia en Colombia”, trabajo de grado, Barranquilla, Corporación Universitaria de la Costa, 2014, disponible en [<http://repositorio.cuc.edu.co/xmlui/bitstream/handle/11323/1250/TESIS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>].
- ARANGO RIVADENEIRA, RODOLFO. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.
- ARCHILA, MARÍA VICTORIA. “Los precios predatorios. Una forma de abuso de posición dominante”, tesis de grado, *Pontificia Universidad Javeriana*, 9 de marzo de 2001, disponible en [<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis13.pdf>].
- ARIÑO ORTIZ, GASPAR. *Principios de derecho público económico*, Bogotá, Externado, 2003.

- AROZAMENA, MARÍA JESÚS. *Las concentraciones de empresas en la comunidad europea*, Madrid, Civitas, 1993.
- BAHAMÓN JARA, MARTHA LUCÍA y LORENA MORALES VIDAL. “El territorio como escenario del conflicto en la política internacional contemporánea”, tesis Maestría en defensa de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario ante organismos, cortes y tribunales internacionales, Bogotá, Universidad Santo Tomás, 2013.
- BAHAMÓN JARA, MARTHA LUCÍA. *Elementos y presupuestos de contratación estatal*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2018.
- BAUDRILLARD, JEAN. *La sociedad de consumo*, Madrid, Siglo XXI, 1970.
- BORK, ROBERT H. “The Rule of Reason and the *Per Se* Concept: Price Fixing and Market Division”, en *The Yale Law Journal*, vol. 74, n.º 5, abril de 1965, pp. 775 a 843, disponible en [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4158&context=fss_papers].
- CALAIS-AULOY, JEAN y HENRI TEMPLE. *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2006.
- CAMARGO RODRÍGUEZ, ÁNGELA BIBIANA. “Análisis de los alcances de la aplicación del programa de clemencia del sistema español frente al beneficio por colaboración o delación en Colombia: esquemas que buscan neutralizar la creación y efectos de los carteles empresariales”, trabajo de grado, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2016, disponible en [<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/9222/4/DERECHO%20COMPARADO%20ENTRE%20ESPAÑA%20Y%20COLOMBIA%20-%20ESQUEMAS%20APLICADOS%20EN%20CONTRA%20DE%20LOS%20CARTELES%20EMPRESAR.pdf>].
- CARBONELL SÁNCHEZ, MIGUEL y RUBÉN A. SÁNCHEZ GIL. “¿Qué es la constitucionalización del derecho?”, en *Quid Iuris*, (Tribu-

nal Estatal Electoral de Chihuahua), vol. 6, n.º 15, 2011, pp. 33 a 56, disponible [https://www.google.com/url?sa=t&rc t=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwiZ17aP-pvLeAhXC2lMKHYfjBMQQFjAAegQICRAC&url=https%3A%2F%2Frevistas-colaboracion.juridicas.unam.mx%2Findex.php%2Fquid-iuris%2Farticle%2Fdownload%2F17397%2F15605&usq=AOvVaw3J7ieVF_XiQys-LhM7sc3a].

CODERCH, PABLO SALVADOR; JOSÉ PIÑERO SALGUERO y ANTONI RUBÍ PUIG. “Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (*Lawenforcement*)”, en *Indret*, Workin Paper n.º 164, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2003, disponible en [http://www.indret.com/pdf/164_es.pdf].

CÓDIGO DE COMERCIO DE COLOMBIA. Decreto 410 de 27 de marzo de 1971, *Diario Oficial*, n.º 33.339, de 16 de junio de 1971, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur-Mantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=41102>].

COLEMAN, JULES L. *Riesgos y daños*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE –CEPAL–. “Objetivos de desarrollo del milenio: Perfiles de países”, 2015, disponible en [http://interwp.cepal.org/perfil_ODM/PDF/COL_ES.pdf].

COMUNIDAD EUROPEA. Norma 2006/C 298/11, “Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel”, 8 de diciembre de 2006, disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2006.298.01.0017.01.SPA&toc=OJ:C:2006:298:TOC].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA:

Sentencia T-240 de 23 de junio de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-240-93.htm>].

Sentencia T-375 de 14 de agosto de 1997, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/t-375-97.htm>].

Sentencia C-535 de 23 de octubre de 1997, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-535-97.htm>].

Sentencia C-1141 de 30 de agosto de 2000, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-1141-00.htm>].

Sentencia C-815 de 2 de agosto de 2001, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-815-01.htm>].

Sentencia C-228 de 24 de marzo de 2010, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-228-10.htm>].

Sentencia C-263 de 6 de abril de 2011, M. P.: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-263-11.htm>].

CORTE CONSTITUCIONAL *et ál.* *Constitución Política de Colombia 1991, Actualizada con los actos legislativos a 2016*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2016, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01, de 30 de abril de 2009.

Decreto 1302 de 1.º de junio de 1964, *Diario Oficial*, n.º 31.922, de 3 de mayo de 1966, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1263055>].

- Decreto 3466 de 2 de diciembre de 1982, *Diario Oficial*, n.º 36.143, de 3 de diciembre de 1982, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1528360>].
- Decreto 2153 de 30 de diciembre de 1992, *Diario Oficial*, n.º 40.704, de 31 de diciembre de 1992, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30030407>].
- Decreto 1523 de 16 de julio de 2015, *Diario Oficial*, n.º 49.575, de 16 de julio de 2015, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30019955>].
- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA – DANE-. “Estratificación socioeconómica para servicios públicos domiciliarios”, disponible en [<https://www.dane.gov.co/index.php/servicios-al-ciudadano/servicios-de-informacion/estratificacion-socioeconomica>].
- DICHIARA, RAÚL ÓSCAR. *Economía industrial. Conceptos y aplicaciones*, Bahía Blanca, Argetina, Universidad Nacional del Sur, 2005.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS. *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS. “La responsabilidad civil hoy”, en Anuario de Derecho Civil, fascículo 4, 1979, pp. 727 a 738, disponible en [https://boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1979-40072700738_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_responsabilidad_civil_hoy].
- Escola v. Coca Cola Bottling Company of Fresno*, 24 Cal. 2d 453 (1944), ver en [https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1150&context=traynor_opinions].
- ESPINOZA APRÁEZ, BRENDA. “La responsabilidad por producto defectuoso en la Ley 1480 de 2011. Explicación a partir de

una obligación de seguridad de origen legal y constitucional”, *Revista Derecho Privado*, n.º 28, 2015, pp. 367 a 399, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4134>].

ESTUPIÑÁN MESA, ANA BETHY; ADRIANA CRISTINA CALDAS y MARÍA DE LOS ÁNGELES ORTIZ. “Abuso de la posición dominante en el mercado su tratamiento en la Constitución Política de 1991”, *Ciencias Jurídicas*, n.º 11, enero-diciembre de 2014, pp. 45 a 60, disponible en [<https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/4335815/2+ABUSO+DE+L+A+POSICIÓN+DOMINANTE.pdf/be3768e2-ac70-41b7-a38c-d24a142d05d8>].

FAVOREAU, LOUIS. *Legalidad y constitucionalidad: La constitucionalización del derecho*, Bogotá, Externado, 2000.

GALVES ALBARRACÍN, JOHNNY y MARÍA DEL ROSARIO VELÁSQUEZ TRUJILLO. “Aplicación en Colombia de la regla de la razón (*rule of the reason*) en el análisis de los acuerdos de cartel, dentro del derecho de la competencia”, tesis de maestría, Cali, Universidad Icesi, 2015. [https://repository.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/78138/1/T00347.pdf].

GARCÍA CANCLINI, NÉSTOR. *Consumidores y ciudadanos: Conflictos multiculturales de la globalización*, México D. F., Editorial Grijalbo, 1995, disponible en [<https://antroporecursos.files.wordpress.com/2009/03/garcia-canclini-n-1995-consumidores-y-ciudadanos.pdf>].

GARRIGUES DÍAZ CAÑETE, JOAQUÍN. *Curso de derecho mercantil*, t. I, Bogotá, Temis, 1987.

GHERSI, CARLOS ALBERTO. *Posmodernidad Jurídica*, Buenos Aires, Gowa, 1995.

GIRALDO LÓPEZ, ALEJANDRO. “Los conceptos de calidad, idoneidad y seguridad en el nuevo Estatuto del Consumidor”, *Contexto. Revista de Derecho Económico*, 2014, pp. 55 a 67, dis-

ponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/4378>].

GÓMEZ LEYVA, DELIO. *De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1998.

Greenman v. Yuba Power Products Inc., 59 Cal. 2d 57 (1963), ver [<https://www.leagle.com/decision/196311659cal2d571111>].

GUASTINI, RICCARDO. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en MIGUEL CARBONELL SÁNCHEZ (coord.). *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta-Universidad Nacional Autónoma de México -UNAM-, 2009, pp. 49 a 74.

GUERRA FERNÁNDEZ, ANTONIO (coord.). “Guía Práctica de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el Real Decreto 261/2008 de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia”, Madrid, Uría Menéndez, 2008, disponible en [<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2696/documento/GuiaUM.pdf?id=2931>].

GUTIÉRREZ SANTIAGO, PILAR. “El concepto legal de ‘defecto’ en el régimen español y europeo de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos”, en MAXIMILIANO ARAMBURO CALLE (coord.). *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho*, t. I, Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 2011, pp. 657 a 706.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, PILAR. *Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas*, Granada, Comares, 2006.

Henningsen v. Bloomfield Motors Inc., 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (1960), ver en [<https://h2o.law.harvard.edu/cases/3567>].

HERRERA TAPIAS, BELIÑA. “La constitucionalización de los derechos del consumidor en Colombia: un análisis desde los de-

rechos sociales fundamentales”, *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 13, n.º 25, julio-diciembre de 2013, pp. 33 a 48, disponible en [<http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v13n25/v13n25a04.pdf>].

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. “ICN merger guidelines workbook”, Quinta Conferencia Anual de la ICN en Cape Town, abril de 2006, disponible en [<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc321.pdf>].

JORDÁN DÍAZ, TOMÁS PABLO. *La protección de los derechos sociales: Modelos jurisprudenciales comparados de tutela en España y Chile*, Santiago, Universidad Alberto Hurtado, 2006.

KELSEN, HANS. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2005.

LAMADRID DE PABLO, ALFONSO y ANA BALCELLS CARTAGENA. *La prueba de los cárteles en el derecho español*, febrero de 2015, disponible en [https://antitrustlair.files.wordpress.com/2015/02/la-prueba-de-los-cc3a1rteles-en-espac3b1a-lamadrid_balcells.pdf].

LATORRE IGLESIAS, EDIMER LEONARDO. “La necesidad de repensar el derecho: Hiperconsumo y MacDonalización de la sociedad”, *Revista Advocatus*, vol. 14, n.º 27, 2016, pp. 175 a 188, disponible en [<http://www.unilibrebaq.edu.co/ojsinvestigacion/index.php/advocatus/article/view/733>].

LATORRE IGLESIAS, EDIMER LEONARDO; JACKELINE SARAVIA CABBALLERO, MARLENNY DÍAZ CANO y ANDREA CAROLINA RODRÍGUEZ. *Litigio estructural en América Latina: Génesis y tendencias del constitucionalismo progresista*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2015, disponible en [<https://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/handle/11232/930/Litigio%20estructural%20América%20Latina.pdf?sequence=1&isAllowed=y>].

- LATORRE IGLESIAS, EDIMER LEONARDO y EDUIN JOSÉ TAMAYO GUI-SAO. *Participación ciudadana y democracia experimentalista en la Constitución Política de 1991: Análisis de una realidad local en Colombia*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2015, disponible en [<https://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/handle/11232/933/Participación%20ciudadana%20y%20democracia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>].
- LARES COLMENARES, MARY ELENA. “La competencia desleal ante la Superintendencia de Industria y Comercio y otras autoridades administrativas”, *Contexto. Revista de Derecho y Economía*, n.º 19, noviembre 2004, pp. 70 a 87, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/1896>].
- LARROSA AMANTE, MIGUEL ÁNGEL. *Derecho de consumo, protección legal al consumidor*, 2.ª ed., Madrid, El Derecho Editores, 2011.
- Ley argentina 24.240 de 13 de octubre de 1993, sancionada el 22 de septiembre de 1993, promulgada parcialmente el 13 de octubre de 1993, disponible en [<https://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/download/176785/866454/file/Ley%2024240%20-%20Defensa%20al%20consumidor.pdf>].
- Ley argentina 26.994 de 7 de octubre de 2014, Código Civil y Comercial de la Nación, sancionada el 1.º de octubre de 2014, promulgada el 7 de octubre de 2014, disponible en [<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/103671/126060/F-1511269257/ley%2026994%20argentina.pdf>].
- Ley colombiana 155 de 24 de diciembre de 1959, *Diario Oficial*, n.º 30.138, de 22 de enero de 1960, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1652186>].

- Ley colombiana 1340 de 24 de julio de 2009, *Diario Oficial*, n.º 47.420, de 24 de julio de 2009, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1677723>].
- Ley 1480 de 12 de octubre de 2011, *Diario Oficial*, n.º 48.220, de 12 de octubre de 2011, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1681955>].
- Ley española 26 de 19 de julio de 1984, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 176, de 24 de julio de 1984, disponible en [<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-16737>].
- Ley 22 española de 6 de julio de 1994, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 161, de 7 de julio de 1994, disponible en [http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l22-1994.html].
- Ley española 15 de 3 de julio de 2007, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 159, de 4 de julio de 2007, disponible en [<https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-12946-consolidado.pdf>].
- Ley 3 española de 27 de marzo de 2014, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 76, de 28 de marzo de 2014, disponible en [http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/526406-l-3-2014-de-27-mar-modificacion-del-texto-refundido-de-la-ley-general-para.html].
- LÓPEZ DAZA, GERMÁN ALFONSO. “Constitucionalización y protección judicial de los derechos sociales. Una aproximación al caso latinoamericano y colombiano”, *Revista Jurídica Piélagus*, 9, 2010, pp. 27 a 41, disponible en [<https://www.journalusco.edu.co/index.php/pielagus/article/download/612/1162>].
- LORENZETTI, RICARDO LUIS. *Consumidores*, 2.ª ed., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009.
- MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916), by Judge BENJAMIN N. CARDOZO, ver en [https://www.law.berkeley.edu/files/MacPherson_2d_Op.pdf].

- MADLE, JUAN ALBERTO. *La cultura y los medios de comunicación social*, La Plata, Editorial Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 1987.
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. “Abuso de la posición dominante: Perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado”, ponencia presentada en el programa “Actualización sobre promoción de la competencia e integraciones económicas”, Bogotá, Universidad de los Andes, 26 a 28 de octubre de 1993, disponible en [<https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/8-abuso-de-la-posicion-dominante.pdf>].
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. “El regimen general de la libre competencia. Características principales” Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial, Bogotá, octubre de 1997, disponible en [<https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1-rc3a9gimen-general-de-la-libre-competencia-aml.pdf>].
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. “Los acuerdos anticompetitivos de repartición de mercados”, *Contexto. Revista de Derecho y Economía*, n.º 3, 1998, pp. 21 a 32, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/1699>].
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. “Origen y Evolución del Derecho de la Competencia en Colombia. La Ley 155 de 1959 y su legado”, *Derecho de la Competencia*, vol. 6, n.º 6, enero-diciembre de 2011, pp. 65 a 148, disponible en [<https://docplayer.es/32258820-Origen-y-evolucion-del-derecho-de-la-competencia-en-colombia-la-ley-155-de-1959-y-su-legado.html>].
- MONTOYA MATEUS, FERNANDO. “Derecho comercial y libre competencia” en AA. VV. *Homenaje a Fernando Hinestrosa*, t. III, Estudios de Derecho Comercial, Bogotá, Externado, 1993.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE. *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Hammurabi, 1993.

- MOSSET ITURRASPE, JORGE y JAVIER HERNÁN WAJNTRAUB. *Ley de defensa del consumidor*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2008.
- MUNAR CADENA, PEDRO OCTAVIO. “La responsabilidad por productos, los grandes hitos de su evolución”, en JOSÉ MANUEL GUAL ACOSTA y JUAN CARLOS VILLALBA CUÉLLAR (dirs.). *Derecho del consumo. Problemáticas actuales*, pp. 173 a 212, Bogotá, Ibañez, 2013.
- NARVAÉZ GARCIA, JOSÉ IGNACIO. *Teoría general de las sociedades*, Bogotá, Legis, 1998.
- ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS – OCDE-. *Derecho y política de la competencia en Colombia. Examen inter-partes*, Paris, OCDE, 2009, disponible en [<https://www.oecd.org/countries/colombia/44111213.pdf>].
- OSSA BOCANEGRA, CAMILO ERNESTO. “Fundamentos de la aplicación pública del derecho de la competencia en Colombia”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 44, n.º 120, enero-junio de 2014, pp. 181 a 219, disponible en [<http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v44n120/v44n120a08.pdf>].
- PARLAMENTO EUROPEO. Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, disponible en [<https://www.boe.es/doue/2011/304/L00064-00088.pdf>].
- PARRA LUCÁN, MARÍA Ángeles. *Daños por productos y protección al consumidor*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1990.
- POLO, MIGUEL EFRAÍN y SALIM KARAM. “Teoría del modelo social en el derecho de la competencia”, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2002. [<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-13.pdf>].

- PORTELLI, HUGUES. *Droit constitutionnel. Hypercurso. Cours, documents, exercices*. 5.^a édition, Paris, Dalloz, 2004.
- PRIETO SANCHÍS, LUÍS. *Constitucionalismo y positivismo*, 2.^a ed., México D. F., Fontamara, 1999.
- Real Decreto español 261 de 22 de febrero de 2008, “Por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia”, BOE, n.º 50, de 27 de febrero de 2008, disponible en [http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rd261-2008.html].
- Real Decreto Legislativo español 1 de 16 de noviembre de 2007, “Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 287, de 30 de noviembre de 2007, disponible en [<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>].
- REBOLLO, MANUEL. *La actividad administrativa de limitación y la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, en curso sobre el nuevo derecho del consumidor*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo e Instituto Nacional del Consumo, 1990.
- RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogota, Externado, 2004.
- RIVERO ORTEGA, RICARDO. *Derecho administrativo económico*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- ROBLEDO DEL CASTILLO, PABLO FELIPE. “Los beneficios por colaboración en la persecución de los carteles empresariales”, *XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Pereira, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2015.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, ÁNGEL JOSÉ. “El derecho económico como categoría sistemática”, *Estudios de derecho mercantil en ho-*

- mensaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas-EDERSA-, 1981, pp. 977 a 1014.
- SALAZAR PIZARRO, SEBASTIÁN. “Fundamentación y estructura de los derechos sociales”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. xxvi, n.º 1, julio de 2013, pp. 69 a 93, disponible en [<https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v26n1/art04.pdf>].
- SCHUPPERT, GUNNAR FOLKE y CHRISTIAN BUMKE. *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung: Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des –einfachen– Rechts* (Forum Rechtswissenschaft), Baden-Baden, Nomos, 2000.
- SERRANO PINILLA, FELIPE. “El concepto de ‘control’ en el régimen colombiano de integraciones empresariales y sus implicaciones frente a la adquisición de participaciones minoritarias”, *Revista Derecho de la Competencia*, vol. 10, nº 10, enero-diciembre de 2014, pp. 457 a 497, disponible en [<https://centrodec.files.wordpress.com/2010/06/9-el-concepto-de-control.pdf>].
- SHINA, FERNANDO E. *Daños al consumidor. Análisis de la Ley 1480 de Colombia*, Bogotá, Astrea y Universidad de la Sabana, 2014.
- STIGLITZ, JOSEPH. *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, Buenos Aires, Astrea, 1993.
- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. “Guía de Integraciones Empresariales”, Bogotá, SIC, 2013, disponible en [http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/publicaciones/Guia_Integraciones_VF_Para_Publicacion.pdf].
- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. “Prácticas restrictivas de la competencia”, 2017, disponible en [<http://www.sic.gov.co/practicas-restrictivas-de-la-competencia>].

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO:

Resolución n.º 21819 de 1.º de septiembre de 2004, “Por la cual se impone una sanción”, (Caso Industria Colombiana de Artefactos –ICASA– y Haceb), disponible en [http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Publicaciones_Despacho_3/sicdecisiones2/RESOLUCIONES_COMPETENCIA_ANOS/2004/RESOLUCION_21819_DE_01_DE_SEPTIEMBRE_DE_2004.pdf].

Resolución 3370 de 16 de febrero de 2005, “Por la cual se resuelve un recurso”, disponible en [http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Publicaciones_Despacho_3/sicdecisiones2/RESOLUCIONES_COMPETENCIA_ANOS/2006/RESOLUCION_03370_DE_16_DE_FEBRERO_DE_2006.pdf].

Resolución n.º 22625 de 15 de septiembre de 2005, “Por la cual se impone una sanción”, Caso Carteles arroz Paddy, disponible en [http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Publicaciones_Despacho_3/sicdecisiones2/RESOLUCIONES_COMPETENCIA_ANOS/2005/RESOLUCION_22625_DE_15_DE_SEPTIEMBRE_DE_2005.pdf].

Resolución n.º 22195 de 25 de agosto de 2006, “Por la cual se modifica la Circular Única en materia de Integraciones Económicas y Competencia Desleal”, *Diario Oficial*, n.º 46.374, de 28 de agosto de 2006, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Resolucion/4039586>].

Resolución n.º 15294 de 8 de abril de 2013, “Por la cual se adiciona una resolución de adición de apertura de investigación, se concede un término de traslado, se rechazan unas nulidades y se otorgan nuevamente unas oportunidades procesales”, disponible en [http://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/042017/Resolucion_15294_2013.pdf].

Resolución n.º 5545 de 6 de febrero de 2014, “Por la cual se adiciona una operación de integración”, (Caso Empresa de

Energía de Bogotá –EEB– e Isagen), disponible en [http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Publicaciones_Despacho_3/sicdecisiones2/RESOLUCIONES_COMPETENCIA_ANOS/2014/RESOLUCION_5545_DE_06_DE_FEBRERO_DE_2014_CONDICIONA_UNA_INTEGRACION_EEB_ISAGEN.pdf].

Resolución n.º 47965 de 4 de agosto de 2014, “Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos”, disponible en [http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Resoluciones/2014/Resolcion_47965_2014.pdf].

Resolución n.º 69518 de 24 de noviembre de 2014, “Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos”, disponible en [http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/RESOLUCION_69518_DEL_24_DE_AGOSTO.pdf].

Resolución n.º 7897 de 27 de febrero de 2015, “Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos”, disponible en [http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Publicaciones_Delegatura/2015/Resolucion_7897_de_2015_Cuadernos.PDF].

Resolución n.º 31739 de 26 de mayo de 2016, “Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones”, disponible en [http://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/022018/RES_31739_DE_2016.pdf].

Resolución n.º 43218 de 28 de junio de 2016, “Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones”, Caso Cartel de Pañales para bebé, disponible en [http://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/022018/RES_43218_DE_2016.pdf].

- TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. “La responsabilidad civil por productos defectuosos y su aseguramiento”, en *Revista Latinoamericana de Seguros*, n.º 12, 1998.
- TAMBUSSI, CARLOS EDUARDO. “Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos”, en *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, año 12, n.º 13, 2014, pp. 89 a 112, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5157806.pdf>].
- THE AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of Torts, Second*, Washington D. C., The American Law Institute, 1964, disponible en [<https://home.heinonline.org/titles/American-Law-Institute-Library/Restatement-Second-Torts/>].
- THE AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of Torts, Third*, Washington D. C., The American Law Institute, 1998, disponible en [<https://home.heinonline.org/titles/American-Law-Institute-Library/Restatement-Third-Torts-Products-Liability/?letter=R>].
- TUGENDHAT, ERNST. *Lecciones sobre ética*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- UNIÓN EUROPEA. Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, disponible en [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A31985L0374>].
- UNIÓN EUROPEA. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *Diario Oficial*, n.º C 326, de 26 de octubre de 2012, pp. 0001 a 0390, disponible en [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>].
- VÁSQUEZ PÉREZ, EILEEN. “¿La responsabilidad por productos defectuosos es realmente objetiva según la Ley 1480 de 2011?”, en *Actualidad Jurídica*, edición 7, 2015, pp. 26 a 36, disponible

- en [<http://docplayer.es/74346820-Revista-de-divulgacion-de-estudiantes-egresados-y-profesores-de-la-division-de-derecho-ciencia-politica-y-relaciones-internacionales.html>].
- VÁZQUEZ BULLA, CRISTIANO. “La responsabilidad civil por productos defectuosos a la luz de la nueva Ley 3/2014: pasado, presente y futuro desde la perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial”, *Revista de Derecho UNED*, n.º 14, 2014, 717 a 750, disponible en [<http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/13304>].
- VILLALBA CUÉLLAR, JUAN CARLOS. *Introducción al derecho del consumo*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, 2012.
- VILLALBA CUÉLLAR, JUAN CARLOS. “La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano”, en *Vniversitas*, n.º 119, julio-diciembre 2009, pp. 305 a 340, disponible en [<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14498>].
- VILLALBA CUÉLLAR, JUAN CARLOS. “La responsabilidad por producto defectuoso en el derecho colombiano”, en *Civilizar*, vol. 14, n.º 27, 2014, pp. 17 a 40, disponible en [<http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v14n27/v14n27a03.pdf>].
- WOOLCOTT OYAGUE, OLENKA. “La naturaleza de la responsabilidad del productor a la luz del derecho norteamericano”, *Prolegómenos Derechos y Valores*, vol. 10, n.º 19, 2007, pp. 125 a 148, disponible en [<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2551>].
- WOOLCOTT OYAGUE, OLENKA. *La responsabilidad del productor: Estudio comparativo del modelo estadounidense y el régimen de la Comunidad Europea*, Bogotá, Ibañez, 2007.

LOS AUTORES

EDIMER LEONARDO LATORRE-IGLESIAS. Posdoctor en Educación, Ciencias Sociales e interculturalidad, Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, Investigador *Senior* de Colciencias. Es docente de tiempo completo de la Universidad del Atlántico e investigador del grupo Goffman adscrito al programa de sociología de la Facultad de Ciencias Humanas de la misma Universidad. Contacto: [edimerlatorre@mail.uniatlantico.edu.co].

MARTHA LUCÍA BAHAMÓN JARA. Magíster en Defensa de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario ante organismos, cortes y tribunales internacionales de la Universidad Santo Tomás, Especialista en Derecho Administrativo de la misma casa de estudios. Abogada de la Universidad Libre de Colombia, Exvicerrectora Académica de la Universidad Militar Nueva Granada (2009-2015). Directora de la Maestría en relaciones y negocios internacionales (2016-2017). Directora de Posgrados de la

Facultad de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad (2018). Docente de tiempo completo de carrera de la misma Institución e integrante del Grupo de Investigación Sociedad, Estrategia y Seguridad. Asesora y consultora en procesos de gestión, planeación, liderazgo y gobernanza, con experiencia en procesos de alta calidad de programas académicos de instituciones de educación superior. Par en el Consejo Nacional de Acreditación –CNA–. Contacto: [marthalu-cia.bahamonjara@gmail.com].

ÁNGEL ANDRÉS TORRES HERNÁNDEZ. Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Especialista en Gerencia de la Hacienda Pública y en Derecho Tributario. Abogado egresado de la Corporación Universitaria del Caribe: Contacto: [angeloth@hotmail.com].

JUAN PABLO SANTRICH ABELLO. Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda Seccional Santa Marta. Especialista en Derecho Administrativo y Derecho Comercial y Marítimo de la misma casa de estudios. Abogado egresado de la Universidad Sergio Arboleda. Contacto: [[juan.santrich.@usa.edu.co](mailto:juan.santrich@usa.edu.co)].

MARÍA FERNANDA RAMÍREZ GARCÍA. Magister en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda Seccional Santa Marta, Especialista en Contratación Estatal de la Universidad Externado de Colombia. Abogada egresada de la Universidad Sergio Arboleda. Contacto: [mariafernanda.ramirez@usa.edu.co].

JORGE MIGUEL GUEVARA FRAGOZO. Magíster en derecho de la Universidad Sergio Arboleda Seccional Santa Marta, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás, Especialista en Contratación Estatal de la Universidad Externado de Colombia. Abogado de la Universidad Santo Tomas. Contacto: [jorgemiguelgf@hotmail.com].



Editado por el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–,
en noviembre de 2018

Se compuso en caracteres Cambria de 12 y 9 pts.

Bogotá, Colombia