

ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO SU TRATAMIENTO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991¹

ANA BETHY ESTUPIÑÁN MESA²

ADRIANA CRISTINA CALDAS²

MARÍA DE LOS ÁNGELES ORTIZ²

RESUMEN

La intervención del Estado en caso de abusos de posición dominante del mercado, no tiene lugar por el tamaño y poder de la empresa dominante. Está dirigida al abuso de ese tamaño y de ese poder. Pretende evitar o corregir actos de discriminación contra los intervinientes más débiles (competidores, proveedores y consumidores) y otras acciones e intentos de dañar a esos terceros que conviven con la gran empresa en un mercado determinado.

Los poderes y competencias que el artículo 333 de la Constitución entregó al Estado colombiano se encaminarán también a controlar la posibilidad de una “apropiación” del mercado por la empresa dominante al punto de poder determinar qué se produce, cómo, a quién se vende y en qué términos. Es un dique a la omnipotencia en términos económicos.

La actuación contra el abuso de la posición de mercado defiende valores constitucionales de mayor rango tales como la defensa de los débiles y discriminados (artículo 13 CP); la existencia de un orden económico justo (Preámbulo); el derecho a la libre

*Fecha de recepción: 8 de abril de 2014
Fecha de aceptación: 26 de septiembre de 2014*

1. Political Constitution of Colombia
2. Estudiantes de la Carrera de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Correo electrónico: anbesme@gmail.com

competencia económica (artículo 333 CP); el mejoramiento de la calidad de vida (artículos 334, 366 CP) y la promoción de la empresa “como base del desarrollo” (artículo 333 CP).

Palabras clave: abuso, competencia, concentración, discriminación, dominante, empresa, Estado, mercado

ABUSE OF A DOMINANT POSITION IN THE MARKET AND HOW IS IT REGULATED UNDER THE COLOMBIAN POLITICAL CONSTITUTION OF 1991

ABSTRACT

The State intervention in situations of abuse of dominant position in the market is not done because the size and power that the dominant enterprise yields. Such intervention addresses the acts of discrimination against weak participants in such market as competitors, suppliers and consumers. It also pinpoints, forbid or correct the tortious actions that the dominant enterprise inflicts on the rest of the participants in the specific market.

The powers and venues that the Colombian Constitution (article 333 PC) invested on the State are intended also to prevent the takeover of the market by the dominant enterprise in such a way that that entity would be able to determine what is produced, how the production is done, by whom, to whom is sold the production and in which terms. Such intervention is a lever against excesses of economic power.

The acts and procedures against the abuse of market power defend high constitutional values as the protection of the weak and the discriminate groups (article 13 CP); the effectiveness of a just economic order (Preamble); the right to free economic competition (article 333 PC); the right to better quality of living (articles 334, 366 PC) and the promotion of the enterprise “as a condition of development” (article 333 PC).”

Key words: *abuse, competition, concentration, discrimination, domination, enterprise, Estate, market.*

INTRODUCCIÓN

El trabajo a la consideración del lector responde a la pregunta sobre la razón de ser y el alcance del inciso cuarto del artículo 333 CP que dice textualmente: “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.”

Es importante destacar de entrada que el foco de la investigación fue el texto constitucional mencionado, que conduce a una reflexión general sobre el tema de la prohibición del abuso de posición dominante. El presente estudio no tiene la pretensión de hacer un análisis económico como tampoco un examen de la normatividad subsidiaria originada en las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio. En el caso presente se buscan los grandes rasgos de la figura jurídica escogida como el tema.

Esta investigación está justificada por los siguientes motivos: a) la conexión del tema con el desarrollo de mercados “competitivos” en el territorio nacional; b) la existencia de altos niveles de concentración empresarial; c) la globalización creciente de la economía; d) las exigencias políticas de democracia en todos los ámbitos, incluido el económico y fundamentalmente, e) la necesidad de entender el alcance de la intervención estatal en el comportamiento de la gran empresa, situación que algunos critican y otros aplauden.

Para esos efectos, se acudirá a una combinación de la metodología conocida como dogmática jurídica, que busca identificar las instituciones jurídicas involucradas, junto con el método del derecho libre que investiga las fuentes y las instituciones reales, en este caso, las justificaciones sociales y económicas de la institución jurídica “abuso de posición dominante en el mercado”.

El tema se desarrollará en subtemas a saber: a) la naturaleza de la institución jurídica mencionada en el inciso cuarto del artículo 333 CP; b) sus componentes esto es, el dominio de mercado, el abuso del dominio y la limitación del abuso y c) la justificación constitucional de esa intervención.

1. LA INSTITUCIÓN JURÍDICA INVESTIGADA

Entendemos por institución jurídica un concepto perteneciente al ordenamiento jurídico, susceptible de ser identificado en sus elementos, en sus aplicaciones y en sus consecuencias. Una institución jurídica corresponde a una regla de conducta, diferenciable de otras reglas, que además puede tener excepciones.

El derecho positivo se construye mediante el entrelazamiento de instituciones jurídicas. Así, existirá un nexo entre la institución jurídica propiedad con aquella denominada contrato y ambas hacen parte del derecho privado.

En el presente trabajo, la institución jurídica planteada *es la intervención estatal para impedir o controlar el abuso de la posición dominante en el mercado (nacional)*. La institución jurídica es la actuación del Estado contra el abuso del poder de mercado. No es el poder de mercado en sí mismo como tampoco el abuso que de él se pueda hacer. Lo jurídicamente relevante es la orden que dio el Constituyente de 1991 al Estado colombiano, amparado en la ley (mandato de ley) para, (i) evitar el abuso de posiciones dominantes o (ii) controlar tales abusos.

Existe pues un fenómeno económico relevante que es la existencia de posiciones dominantes en los mercados nacionales, como es el caso de la cerveza, de las comunicaciones y del transporte aéreo. Como se verá, esta realidad económica no es el motivo de la intervención estatal, porque el poder económico en sí mismo no fue censurado por el constituyente.

Además, está presente otro hecho consistente en el *abuso* que se presenta en algunos casos de ese poder económico adquirido sobre un mercado dado. No se trata únicamente de tener poder para dictar cómo funciona el mercado. Este segundo hecho relevante es la utilización indebida del poder de mercado. Es el legislador quien decide cuáles son las actuaciones indebidas de las personas y/o empresas que tienen poder o influencia en su mercado.

Los elementos de hecho referidos dan lugar a una posición del Estado colombiano, que actúa para impedir o hacer menos dañinas tales actuaciones. Se trata de un caso en el cual el Estado interviene en defensa de ciertos grupos sin poder (los consumidores, los proveedores y los competidores menores). Esto, creemos, está en línea con la intención del Constituyente de poner a funcionar un Estado “social de derecho” que a) defenderá a los débiles, a los discriminados y marginados (artículo 13 incisos segundo y tercero CP); b) alcanzará el orden económico y social justo de que hablan el preámbulo y el artículo 2º de la Constitución; c) buscará finalidades superiores como el mejoramiento de la calidad de vida, la distribución equitativa de la calidad de vida de los habitantes (artículo 334 CP); d) promoverá la libertad económica, la libertad de competencia y la existencia de empresas y los derechos e intereses de los consumidores y usuarios (artículos 78, 88 y 333 incisos primero, segundo y tercero, CP).

Se limita esta investigación a explicar el porqué de la intervención del Estado en un dominio económico que para algunos es una materia propia de los particulares, a saber, la participación en los diferentes mercados. El inciso cuarto del artículo 333 de la Constitución es una limitación de ese dominio particular y esto merece atención.

2. ELEMENTOS DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA

El texto constitucional aporta los elementos básicos de la institución: a) el mercado; b) la posición de dominio sobre ese mercado; c) los titulares de esa posición dominante, a saber, personas o empresas; d) el abuso que se haga de esa posición de dominio; y e) la razón del Estado para intervenir ante el abuso o en prevención del mismo. A continuación se analizarán los elementos en cuestión.

2.1 El mercado

Mauricio Velandia define al mercado como “el lugar territorial en donde se cruzan las empresas interesadas en ofrecer un producto con los sujetos económicos interesados en satisfacer sus necesidades con la adquisición de ese bien y servicio” (Velandia, 2011: 34). Se destaca el carácter exclusivamente territorial que le otorga el autor a la noción de mercado. Mercado entonces es el territorio en el cual se encuentran la oferta y la demanda.

Creemos que la definición de Velandia debe ser ampliada con una faceta de mercado como lugar económico o comercial, es decir, como área de la producción y el comercio. En otras palabras, si existe el mercado de maquinaria en la región de la Costa Atlántica, debe preguntarse si se trata del mercado de electrodomésticos o de maquinaria de construcción o de autopartes. El mercado estará definido por el alcance territorial y por los bienes y servicios que se comercian. Entonces, cuando se habla de mercado, se está haciendo referencia al territorio y a los productos (bienes y servicios) que se intercambian en ese territorio.

El autor citado agrega el concepto de “mercado relevante” para referirse “al segmento económico donde presuntamente una empresa está impidiendo el libre desarrollo de la oferta o la demanda, es decir, donde se está presentando la falla del mercado (...)” (Velandia, 2011: 93). Nótese que Velandia hace referencia a un “segmento económico” esto es, una franja de productos o servicios donde actúa la empresa dominante. Adelante, acepta que en la noción de mercado se involucran variables de diferente naturaleza como el lugar geográfico, el producto, el precio, la oferta y la demanda (Velandia, 2011: 94).

El inciso cuarto del artículo 333 de la Constitución se refiere al mercado “nacional”. La mención del alcance no parece indicar que solo se prohibirán o controlarán abusos de posición dominante que ocurran en todo el territorio nacional, es decir, aquellos en los cuales el aspecto geográfico del mercado sea todo el territorio colombiano. Esta interpretación no es lógica si se tiene en cuenta que el territorio y la economía colombiana están divididos en mercados territoriales regionales, como resultado de la geografía nacional que ha creado estos espacios. El país está dividido al menos en seis grandes regiones naturales: la Región Caribe o de la Costa Atlántica, la Región Andina, la Región de la Llanura del Pacífico, la Orinoquia, la Amazonia y los Territorios Insulares. (Pérez y otros, 1992: 257).

Es más razonable entender el calificativo “nacional” en el sentido de excluir los mercados fuera del territorio de Colombia. Esto, porque el Estado colombiano no tiene competencia para controlar el abuso de posiciones dominantes que ocurran en otros países, incluso si tal posición se apalanca en elementos situados en Colombia. Ni las autoridades administrativas ni los jueces pueden referirse a ilícitos extraterritoriales.

Una excepción a esta interpretación sería el abuso de posiciones dominantes que aparecieran en el territorio del Acuerdo de Cartagena más conocido como Pacto Andino. El artículo 3° de la Resolución 285 del citado Acuerdo, prohibió la explotación abusiva de posiciones dominantes en el mercado ampliado y el artículo 2° le otorgó a la Junta del Acuerdo la capacidad de vigilar estas situaciones para prevenirlas o corregirlas.

Se trata sin embargo, de competencias comunitarias, que se ventilan en un escenario distinto al propuesto en el inciso cuarto del artículo 333 CP. Además, el Pacto Andino perdió cualquier relevancia económica ante el incumplimiento reiterado de sus metas y propósitos por parte de sus integrantes.

2.2 La posición de dominio

Velandia califica la posición de dominio en el mercado como un “estado económico” (Velandia, 2011: 166), que surge cuando el agente económico dominante no tiene competencia efectiva dentro del mercado relevante (territorio, productos, participantes). Para Velandia ese estado económico puede ser equivalente a “una dependencia del mercado hacia ese agente económico”, esto es, una situación en la cual el mercado de que se trate queda cautivo de la voluntad de la persona o empresa con poder económico.

Arozamena define la posición dominante de mercado en los siguientes términos: “Hay posición dominante en un 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 eficaz (...)” (Arozamena, 1993: 64). Esta versión de lo que es posición dominante enfatiza dos elementos importantes: (i) la influencia sobre el mercado y (ii) la independencia de la empresa dominante. Se volverá sobre ellos adelante.

Finalmente, el Decreto 2153 expedido el 30 de diciembre de 1992 por el Presidente de la República en ejercicio de las atribuciones constitucionales que le fueron otorgadas por el Artículo Transitorio 20 de la Constitución Política, reestructuró la Superintendencia de Industria y Comercio y determinó las funciones de la entidad, entre ellas, el control y la sanción de los abusos de posición dominante (artículo 44).

El artículo 45 de la misma disposición definió la posición dominante como “La posibilidad de determinar directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”.

La definición de Velandia presenta la situación o posición de dominio de un mercado como aquella en la cual no hay competencia. Esto nos lleva al centro de las políticas y leyes relativas al mercado al tema de la competencia, sus bondades y todo lo irreal que hay en ella.

Vélez considera que la competencia implica una actividad en la cual el competidor obra en interés propio y en detrimento de otros individuos con los cuales compite. (Vélez, 1992: 126). Desde esta perspectiva, lo que es beneficioso para una parte es perjuicio para la otra. Hay que preguntarse si el interés público está servido en la protección de ese campo de batalla económico, en mantener un ruedo donde los competidores buscarán maximizar su beneficio a costa de los demás. Parecería que no, que es una faceta más de la vida y sus conflictos y la búsqueda de ventajas.

Velandia define escuetamente la competencia como “el enfrentamiento de las empresas por la clientela”. En sus palabras, “Se trata de luchar por ser escogido, de ganar. Para ello una empresa determina las necesidades que tiene un consumidor y trata con su actividad de satisfacer dicha necesidad a fin de buscar el beneplácito del mercado” (Velandia, 2011: 49). Se pregunta una vez más; pues está en juego el interés público en mantener una situación en la cual se enfrentarán los ofertantes, para ganar. ¿Cuál es el interés colectivo que se juega en ese interés privado, egoísta?

La respuesta la dan los economistas clásicos que afirman las bondades del mercado, esto es, de la conjunción de oferta y demanda para satisfacer las necesidades de la sociedad. Así, la acción de los productores, distribuidores y ofertantes que quieren vender su producto y desplazar a los competidores, garantiza al consumidor el precio más bajo por el producto más efectivo garantiza igualmente que no se desperdiciarán bienes, materias primas, financiación y esfuerzos y que el consumidor –quien también es productor, trabajador o rentista– obtenga lo mejor, o por lo menos, lo más ajustado a sus intereses. El funcionamiento del mercado permite supuestamente la localización eficiente de todos los recursos para satisfacer las necesidades y esto lo hace de manera automática, sin la intervención de fuerzas exteriores. Esta es la visión clásica de la competencia como interés económico y jurídico a proteger.

Esta visión algo esquemática puede ser ampliada para buscar los motivos más complejos detrás de la protección de la competencia: es lo que Vélez denomina el enfoque sociopolítico. (Vélez, 1992: 144-147) Para el autor, la lucha por la competencia, contra los monopolios, los oligopolios, las concentraciones empresariales y los abusos de posición dominante en el mercado, es la expresión profunda de otras exigencias de la sociedad.

El enfoque sociopolítico de la legislación antimonopolio tiene otras facetas, a saber:

- a) **La búsqueda de la igualdad económica**, al menos en lo que hace al acceso a las oportunidades del mercado. Se trata de una proyección del mandato constitucional de buscar un orden político, económico y social justo como lo pide el preámbulo de la Constitución.
- b) **El control de la concentración de la riqueza**. El fenómeno de la concentración de la riqueza es decir, del patrimonio y de la renta de los individuos, es algo muy sensible en toda sociedad. Repugna al concepto de igualdad y de fraternidad la existencia de diferencias considerables en esa materia.
- c) **El control del poder económico**. Este motivo está vinculado con el anterior pero no es igual. Las grandes concentraciones empresariales que se iniciaron en el siglo XIX a raíz de la Revolución Industrial, dejaron en claro que los titulares de esas grandes empresas tenían un poder de influencia sobre el Estado y sobre la sociedad que iba más allá de los límites de lo puramente económicos y comerciales. Las grandes concentraciones de poder económico influían e influyen en el gobierno y en el Estado. Sus

implicaciones en ese sentido invalidan de una nueva manera el principio de la separación de los poderes. Ahora, los poderes públicos serán cooptados o influidos por poderes privados que estaban fuera del control de cualquier ente regulador. (Vélez, 1992: 145).

- d) **La defensa de la pequeña y la mediana empresa.** Las empresas de tamaño personal, pequeño o incluso mediano son la materialización del sueño de las personas de ser independientes. Se ha argumentado que un país de pequeños empresarios es más democrático, más equitativo (Vélez, 1992: 146,147). En este sentido, es preciso defender esos emprendimientos personales de cara al poder de la gran empresa y en particular, de la empresa que ha llegado a una posición de dominio sobre el mercado. Esta visión de la pequeña empresa como la solución económica democrática tiene muchos detractores, que la critican por ingenua y afirman que solo en las grandes asociaciones de capitales, recursos y mano de obra se consiguen las economías de escala necesarias para producir mejor, más barato y de manera más estable.

2.3 El abuso

Velandia define el abuso de posición dominante en el mercado así: “Abusar de la posición de dominio significa obtener provecho de la posición de dominio, es decir, obtener ganancia injustificada basado en la falta de competencia efectiva” (Velandia, 2011: 177). El mismo autor aclara más adelante que “El abuso de la posición dominante se presenta cuando una vez definido que existe un agente económico con posición de dominio este tiene comportamientos que ponen en riesgo el mercado (típico) o cuando el agente obtiene provecho injustificado de la falta de competencia (atípico).

Habría que preguntarse, ¿qué otra cosa se espera de un productor o comerciante que ha logrado una posición de dominio? o de otra manera, ¿para qué sirve una posición de dominio si no es para hacer más utilidad? ¿qué es lo injustificado del provecho que hace ese participante dominante? Parecería que bajo las reglas estrictas del mercado, es un triunfador, y que está haciendo lo correcto, y también que es válido que quiera hacerlo en mayor grado.

La respuesta no se logra en el ámbito de las leyes de oferta y demanda de que trata la teoría clásica. Hay que mirar cuáles son las acciones concretas que califican como abuso de posición dominante, para entender dónde está el carácter abusivo.

El artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 determina las situaciones de abuso así:

- a) La disminución de precios por debajo de costos para quebrar a los competidores o disuadir a potenciales competidores;
- b) Las condiciones discriminatorias en operaciones equivalentes para colocar a consumidores o proveedores en situaciones desventajosas frente a otros consumidores o proveedores en el mismo mercado;
- c) La subordinación del suministro o venta a obligaciones adicionales es decir, agregar condiciones que no son propias del contrato o negocio;
- d) La venta a un comprador en condiciones diferentes. Se trata de usar su poder de mercado para hacer diferencias entre los compradores o proveedores de modo tal que se busque socavar la posición de ese comprador o de sus rivales;
- e) La venta o prestación de servicios diferente según el territorio. De esta manera se prefiere a los consumidores y proveedores en una región o ciudad y se discrimina a los demás.

Además de estos casos de ley, hay otros considerados por la doctrina. Velandia menciona los subsidios cruzados en los cuales el dominante utiliza su poder para vender a pérdida en un mercado para influir en otros mercados en los cuales participan los mismos competidores. Además se podría pensar que existe abuso de posición dominante en el mercado cuando la empresa que lo domina es al mismo tiempo la productora principal de la materia prima con la cual se fabrica el producto principal. En esa configuración, la empresa dominante puede utilizar su posición de proveedor/productor/competidor para estrangular a los competidores quienes no tienen el control de su materia prima.

El repaso de los actos considerados abuso de posición dominante por el legislador colombiano revela un lugar común: la intención de dañar a otros partícipes en el mercado, sean competidores, proveedores o consumidores. En efecto, utilizar precios debajo de costo (numeral a) es un intento consciente de llevarlos a situaciones insoportables desde un punto de vista costo/beneficio. Equivale a utilizar esa relación como un instrumento contra los competidores, a sabiendas de que no pueden esquivar los efectos negativos de ese precio artificial.

En cuanto a las condiciones discriminatorias (numerales b, d y e), hay que decir que la discriminación negativa, esto es aquella que busca poner a alguien fuera de lugar, es una acción antijurídica por excelencia. El inciso segundo del artículo 13 de la Carta constitucional así lo dejó dicho. La discriminación, que busca aislar, expulsar e inmovilizar a los sujetos pasivos de la discriminación es un acto de odio en su versión social y de destrucción de mercado en el caso del abuso que se analiza. En este sentido, el control del abuso de posición dominante en el mercado está justificado en términos constitucionales.

Finalmente, las ventas atadas (numeral c), son un ejemplo de la utilización del poder de mercado puro, es decir, el poder de vender o de comprar, de suministrar o de adquirir suministros en un sentido perverso, porque se aplica no al producto mismo del mercado sino a condiciones extrañas, a cargas que se imponen contra la voluntad del otro contratante. Es la antítesis de la libertad contractual y del principio fundamental de la autonomía de la voluntad aplicado a los actos y declaraciones de las personas. (Art. 1502 C.C.).

En este sentido hay que concordar con lo manifestado por Velandia, que resalta la característica de la culpabilidad, es decir, el dolo o la culpa como un elemento básico de las prácticas anticompetitivas. Claro está, los comportamientos enunciados en el artículo 50 examinado atrás no son de índole culposa pues discriminar, socavar económicamente o imponer condiciones adicionales no son actos de mera culpa, negligencia o descuido sino que por el contrario, se trata de actuaciones deliberadas, con intención de dañar.

El artículo 86 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE), que sirvió de inspiración para el inciso cuarto del artículo 333 en nuestra Constitución, menciona algunas prácticas abusivas a saber:

- (i) La imposición de precios sea de compra o de venta;
- (ii) La imposición de otras condiciones inequitativas de transacción;
- (iii) La limitación de la producción;
- (iv) La limitación del desarrollo técnico;
- (v) La aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes;
- (vi) La subordinación de los contratos a la aceptación de prestaciones extras.

Este recuento, que aparece en la obra de Arozamena a páginas 45 y 46, agrega nuevos elementos al catálogo de abusos de posición dominante. Se trata de aquellas determinaciones y actos de la entidad dominante en los cuales opera como “dueña” del mercado al decidir qué se produce, qué no se produce, qué

desarrollo técnico se requiere y en general, cómo va a operar ese mercado. En estos casos puede no existir un criterio doloso, de hacer daño de manera explícita. Está presente, eso sí, una visión omnipotente de lo que es el mercado, la cual es inadmisibles en una democracia económica y en un orden justo como el que predica el preámbulo de la Constitución.

El Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, TCECA, que también debe tenerse como antecedente teórico de nuestro artículo 333, definió a la posición dominante en su artículo 66.7 como la capacidad de sustraerse a la competencia efectiva y también como la posibilidad de ejercer influencia sobre otros actores económicos en el mismo mercado.

Si el dominio se logra al establecer una situación de independencia de otros factores y si ese dominio permite ejercer influencia relevante sobre el mercado, se puede concluir que dominio de mercado es igual a autarquía económica para ese sujeto. Podrá pensarse entonces que en una sociedad contemporánea de corte democrático no puede existir una situación tal y que todo sujeto de derecho tiene que sujetarse a lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución, que dice:

“Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico” (Negrilla es nuestra).

Parafraseando el canon constitucional, puede decirse que toda persona o empresa tiene derecho al libre desarrollo de sus objetivos económicos en el mercado, sin otra limitación que el derecho de los demás sujetos a intentar obtener un puesto en ese mercado, actuar en ese mercado y hacerse parte de la economía a través de ese mercado.

Rengifo expresa una idea interesante al poner, lado a lado el abuso de la posición contractual dominante y el abuso de la posición dominante en el mercado. Fundamenta la primera categoría en jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional y la refiere a las relaciones entre entidades financieras y sus clientes. Esta caracterización parte de la premisa de abusos al interior de un contrato, generalmente dictado por la entidad financiera a su cliente, con cláusulas preimpresas y no negociables. En esta situación, el abuso de posición dominante según Rengifo se da al interior de un contrato, de un negocio jurídico, a diferencia de la posición dominante en el mercado, que se predica de un ámbito más amplio y se refiere a la relación entre un sujeto poderoso y una pluralidad de sujetos más débiles (consumidores, proveedores, etc.). (Rengifo, 2004: 399-412).

El autor menciona la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos: “Para la Corte Constitucional era claro que las entidades bancarias tienen una posición dominante frente a los usuarios del sistema financiero dado que son ellas quienes fijan los requisitos y las condiciones de los créditos, las tasas de interés, los sistemas de amortización, etc. Además ellas son depositarias de la confianza pública por el servicio que prestan y sus actos gozan de la presunción de veracidad por parte de los clientes.

“En síntesis, conceptualmente existe una posición dominante contractual de la entidad financiera frente al usuario del sistema financiero en razón de la relación asimétrica entre las partes, y ella es abusiva cuando, por ejemplo, se modifica unilateralmente la reliquidación de un crédito hipotecario inicialmente aplicada al saldo de la cuenta del usuario. El ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho”. (Rengifo, 2004: 400, 401).

Compartimos enteramente la posición jurisprudencial anotada por Rengifo, sin embargo cabe preguntarse si realmente existe esa diferencia posición dominante contractual/posición dominante de mercado, pues es posible que se trate de dos facetas de un mismo fenómeno, aunque lo que es cierto es la desmedida influencia que tienen las entidades financieras en nuestras vidas.

El mismo autor plantea la posibilidad de que derechos de propiedad intelectual se conviertan en instrumentos de presión, sojuzgamiento y exclusión en los mercados. En sus palabras, “Esa posibilidad de que los derechos de propiedad intelectual despunten con su ejercicio abusivo, se puede observar en ejemplos extraídos de la jurisprudencia internacional: la negativa arbitraria de suministrar piezas de recambio a reparadores independientes, la fijación de piezas de recambio a un nivel desproporcionado, la decisión de dejar de producir piezas para un determinado modelo cuando aún circulan numerosos vehículos de dicho modelo.(...) (Rengifo, 2004: 431).

3.4 El Estado

Para la modalidad del abuso de posición dominante, el legislador extraordinario le entregó el control y la prevención de tales abusos a la Superintendencia de Industria y Comercio, es decir, a un organismo de la Rama Ejecutiva del Poder Público, que debe actuar en defensa de los intereses colectivos y no únicamente a favor de los consumidores. Su tarea es mantener el equilibrio del mercado al evitar prácticas dolosas como se dejó dicho, prácticas totalizadoras del mercado y la vigencia de las metas constitucionales de a) justicia económica y social; b) igualdad real y efectiva a favor de los discriminados; c) mejoramiento de la calidad

de vida; d) distribución equitativa de los beneficios del desarrollo; e) promoción de la empresa y f) libertad económica y de competencia.

La actuación del Estado ante los poderes económicos abusivos tiene el peligro de la cooptación, también llamado “síndrome de la agencia cautiva”, en la cual el vigilante del poderoso termina por identificarse parcialmente con los intereses de ese polo de influencia, en este caso, empresarial. Esto es posible en sectores económicos de importancia estratégica para el funcionamiento de la sociedad entera, como es el caso de los intermediarios financieros.

3. CONCLUSIONES: LA CONSTITUCIÓN ANTE EL PODER ECONÓMICO

Está claro que el Constituyente de 1991 no pretendió prohibir el monopolio ni el oligopolio por sí mismos. La concentración del poder de mercado no fue entendida como una amenaza para la sociedad sino en determinados casos, entre ellos, el abuso de la posición de dominio.

Debe recordarse que el Proyecto de Acto de Reforma N° 59, los constituyentes Perry, Serpa y Verano introdujeron un texto que es muy parecido al aprobado, al punto de poder afirmarse que ese proyecto es el antecedente inmediato del artículo 333 y concretamente de su inciso cuarto. En los considerandos, el Proyecto 59 dejó sentado que a) se trataba de proteger a la pequeña empresa y a la empresa solidaria; b) no prohibía la concentración (monopolio) por ella misma, porque el país necesitaba empresas de gran magnitud; c) solo prohibía el abuso de esa concentración; y d) esa tarea está a cargo del Estado, que debe inspirarse en el artículo 334 de la misma obra.

El Proyecto 59 se refirió en su exposición de motivos al tratamiento ambivalente de las concentraciones económicas así:

“Pero simultáneamente, es clara la idea de que una ampliación del mercado, como ocurre con la integración económica, conlleva, a nivel de las unidades productivas, un grado notable de especialización y un incremento de la concentración entre empresas que, en sí mismo, no es ilícito. **Es por eso que la restricción legal solo se hace sentir en presencia de claras y concretas manifestaciones de abuso**”.

“Por eso, a la vez que proponemos la internacionalización de la economía colombiana, no ignoramos las exigencias propias de la dimensión de los factores productivos para competir en las condiciones características de un mercado ampliado. Ni tampoco conscientes de los resultados obtenidos en la

experiencia europea, **proponemos que la concentración no sea reprimida per se si no cuando asuma la forma concreta de prácticas abusivas de la posición dominante enderezadas a restringir bien la competencia o la libertad económica**”.

“El inciso tercero del artículo propuesto **impone al legislador, en consecuencia la obligación de regular el poder monopólico y los abusos de posición dominante en salvaguarda de los intereses de los consumidores y usuarios y de la colectividad entera**” (Perry, Serpa y Verano, 1991. Gaceta Constitucional N° 22: 52). (Negrilla fuera del texto original)

El constituyente caminó un sendero estrecho en materia de control de las concentraciones empresariales. No las prohibió y por el contrario, admitió que la empresa de grandes dimensiones es necesaria para el desarrollo nacional. Censuró algunos comportamientos en los que puede incurrir: a) discriminación; b) apropiación del mercado; c) maniobras para expulsar a otros participantes; y d) manipulación de términos contractuales, entre otros casos. Razonablemente, el constituyente no la emprendió contra el poder económico sino contra las actuaciones excesivas de ese poder.

Sin embargo, cabe preguntarse si para el poder económico concentrado es factible no incurrir en algunos comportamientos que pudieran verse como abuso de posición dominante. En efecto, cuando se tiene un porcentaje mayoritario del mercado es comprensible que la empresa dominante vea a ese mercado como una extensión de sus operaciones. De entonces, actuar como un “buen padre de familia” respecto de los consumidores, proveedores e incluso de sus competidores menores? Probablemente es más fácil que la empresa dominante pueda desarrollar una actitud semejante respecto de los consumidores que son la fuente de su riqueza, es algo más difícil que lo haga respecto de los proveedores, a quienes contempla como parte de su cadena de producción, pero es verdaderamente difícil que sea protectora de sus competidores menores. Este es un punto donde será necesaria una reglamentación puntual para la autorregulación de la entidad dominante de un mercado.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMONACID, JUAN JORGE, *et al.* (1998). *Derecho de la Competencia*. Bogotá, Legis Editores S.A.
- AROZAMENA, MARÍA JESÚS (1993). *Las concentraciones de empresas en la comunidad europea*. Madrid, Editorial Civitas S.A.

- PÉREZ, ALFONSO, et al. (1992). *Gran Enciclopedia de Colombia*, t. 3 (Geografía), Bogotá, Círculo de Lectores/Editorial Printer Colombiana Ltda.
- PERRY, GUILLERMO; SERPA, HORACIO & VERANO, EDUARDO (1991). Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia N° 59. *Gaceta Constitucional* (22): 51-55, Bogotá D.E., lunes 16 de marzo de 1991.
- RENGIFO, ERNESTO (2004). *Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante* Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- RESTREPO, JUAN CAMILO (1993). “Abuso de la posición dominante”, en *Hacia un nuevo régimen de promoción de la competencia*, Bogotá, D.C., Cámara de Comercio de Bogotá, julio de 1993.
- VELANDIA, MAURICIO (2011). *Derecho de la competencia y del consumo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- VÉLEZ, LUIS GUILLERMO. “Los objetivos de las normas antimonopolísticas: planteamiento para un debate”, en *Revista de Derecho Privado* (10): 123-167, mayo, 1992.