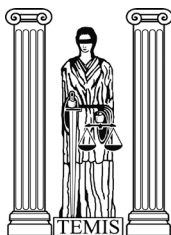


JAVIER CORTÁZAR MORA
Miembro de la Academic Society for Competition Law
(Ascola)

CURSO DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

(Antimonopolios)

Segunda edición



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2020

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Prefacio	IX

LECCIÓN UNO

INTRODUCCIÓN E IDEAS GENERALES

1. Dificultades que ofrece el término “derecho de la competencia”	1
2. Entorno conceptual del derecho antimonopolios y sus características principales.....	2
3. División básica del derecho antimonopolios	5
4. Fuentes de consulta e investigación del derecho antimonopolios	7

LECCIÓN DOS

GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO ANTIMONOPOLIOS

1. El capitalismo decimonónico.....	11
2. La clase empresarial norteamericana de la posguerra civil	12
3. El movimiento antimonopolios.....	17
4. El movimiento antimonopolios en la ley	22
5. Otras evoluciones y desarrollos posteriores.....	24

LECCIÓN TRES

JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO ANTIMONOPOLIOS

1. La visión de Evenett.....	30
2. Otras visiones académicas	32
3. Qué dicen las organizaciones internacionales.....	33
4. Competencia y factores de desarrollo	34
5. Lo que dice la historia.....	36

LECCIÓN CUATRO

PANORAMA ACTUAL DEL DERECHO
ANTIMONOPOLIOS

	PÁG.
1. Panorama del derecho antimonopolios en Estados Unidos	39
2. Panorama del derecho antimonopolios en Europa.....	42
3. Panorama del derecho antimonopolios en Iberoamérica	46
4. Panorama internacional.....	52
A) Perspectiva del derecho internacional público	52
B) Ámbito multilateral.....	53
C) Ámbito regional: tratados regionales de comercio	54

LECCIÓN CINCO

DERECHO ANTIMONOPOLIOS CORRECTIVO.
ACUERDOS DE CARTEL Y OTROS HORIZONTALES

1. Concepto y alcance del término “acuerdo” en el derecho antimonopolios.....	57
A) Primera etapa	58
B) Segunda etapa	59
C) Tercera etapa.....	60
2. Tendencia jurisprudencial	60
A) Problema de la teoría	60
B) Carácter “ex ante” de los acuerdos de cartel	63
3. Tipos de acuerdos de cartel	63
A) Acuerdos de precios.....	64
B) Repartición de mercados	65
C) Límites a la producción	65
D) Boicots	66
E) Colusión en licitaciones.....	66
4. Ilegalidad absoluta (“per se”) de los acuerdos de cartel	67
5. Prueba de los acuerdos de cartel	74
6. Acuerdos facilitadores	76
7. Otros acuerdos horizontales.....	78

LECCIÓN SEIS

DERECHO ANTIMONOPOLIOS CORRECTIVO.
PRÁCTICAS DE GRUPO. ACUERDOS VERTICALES

	PÁG.
1. Concepto y características.....	81
2. Carácter relativo y circunstancialmente anticompetitivo de los acuerdos verticales	82
3. Tipos de acuerdos verticales	84
A) Acuerdos verticales sobre precios	84
B) Otros acuerdos verticales	87
C) Acuerdos de marca única	87
D) Acuerdos de distribución limitada.....	88
E) Acuerdos de partición o división de los mercados	88

LECCIÓN SIETE

DERECHO ANTIMONOPOLIOS CORRECTIVO.
PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS UNILATERALES

1. Abuso de posición de dominio.....	89
A) Concepto general de abuso.....	89
B) Poder o posición de dominio: noción e importancia del término.....	91
C) El mercado relevante	92
D) Determinación del dominio.....	94
a) Método del margen costo-beneficio	95
b) Método de la elasticidad de la demanda.....	96
c) Método de la conducta.....	96
E) Dominio y cuotas de participación.....	96
F) Dominio y monopolización.....	97
G) Posición de dominio compartida	98
H) El derecho antimonopolios frente a la posición de dominio ..	99
I) Prohibición de conductas abusivas.....	100
J) Precios predatorios	104
K) Discriminaciones.....	107
L) Vinculación de acuerdos.....	109
M) Otras prácticas abusivas	110
2. Conductas unilaterales sin posición de dominio	111
A) Aproximación conceptual	111

	PÁG.
B) Ámbito nacional	112
C) Ámbito comunitario.....	114
D) Panorama en Colombia.....	115
E) Publicidad engañosa	115
F) Actos de influencia	116
G) Actos de retaliación	116
H) Discusión	117

LECCIÓN OCHO

**DERECHO ANTIMONOPOLIOS CORRECTIVO.
CONSECUENCIAS DE LAS CONDUCTAS
ANTICOMPETITIVAS**

1. Conductas anticompetitivas como infracciones administrativas	119
A) Multas	119
B) Régimen interno. Ley 1340 de 2009	122
C) Régimen andino. Decisión 608.....	123
2. Beneficios por colaboración.....	124
3. Procedimiento interno.....	128
A) Etapa preliminar	128
B) La sentencia C-165 de 2019	129
C) Etapa de investigación propiamente dicha	131
D) Etapa de decisión	131
E) Particularidades procesales.....	132
a) La significatividad del caso	132
b) Terminación anticipada por ofrecimiento de garantías	132
c) Medidas cautelares	133
d) Intervención de otras entidades públicas.....	134
e) Intervención de terceros	134
f) Conciliación.....	134
g) Reserva de documentos	135
F) Doctrina probable	135
G) Cuestiones varias	136
4. Procedimiento ante la CAN	137
A) Análisis del efecto subregional.....	139
B) Panorama europeo	142
a) Estándar STM.....	142
b) Estándar estructural	145
c) Confidencialidad.....	145
d) Audiencia pública.....	146
e) Terminación anticipada por compromiso	146
f) Medidas cautelares	146

	PÁG.
5. Otras consecuencias de las conductas anticompetitivas	146
A) El aspecto civil.....	146
B) Exiguo uso de las acciones civiles.....	147
C) Acciones originarias y derivadas	149
D) Independencia de la acción civil.....	149
E) Cálculo de la indemnización.....	150
a) Comparaciones	151
b) Análisis financieros	151
c) Estructura del mercado	151
F) El perjuicio causado por los carteles	151
G) Panorama colombiano	152
a) Facilidades actuales de la acción civil.....	152
b) El aspecto penal.....	154

LECCIÓN NUEVE

**DERECHO ANTIMONOPOLIOS CORRECTIVO.
EXCEPCIONES, INMUNIDADES Y REGÍMENES
SECTORIALES**

1. Excepciones, exenciones e inmunidades	157
2. Exenciones en la ley tipo de la UNCTAD	158
3. Panorama norteamericano.....	159
A) Exenciones judiciales	159
B) Exenciones legislativas.....	161
4. Panorama europeo.....	163
A) Artículo 101(3)	163
B) Exenciones sectoriales	164
5. Panorama colombiano.....	164
A) Monopolios fiscales	166
6. Régimen andino	168
7. Regímenes sectoriales.....	169

LECCIÓN DIEZ

**DERECHO ANTIMONOPOLIOS PREVENTIVO.
NOTIFICACIÓN PREVIA Y AUTORIZACIÓN
DE GRANDES INTEGRACIONES**

1. Integraciones empresariales y derecho antimonopolios: ideas ge- nerales	171
A) Tipos de integraciones	173

	PÁG.
B) Efectos unilaterales y efectos coordinados	173
C) Notificación previa	174
D) Requisitos de notificación y umbrales	174
2. Régimen colombiano	175
A) Especialidad y obligatoriedad de la notificación previa: evolución y estado actual	176
B) Forma de las integraciones: evolución y panorama actual	177
C) Integraciones foráneas	180
D) Exenciones	182
E) Umbrales	183
F) Procedimiento de autorización	184
G) Análisis y valoración	187
a) Integraciones horizontales en mercados concentrados	188
b) Integraciones verticales en mercados concentrados	189
H) Poderes y facultades de la SIC	192
3. Régimen andino	194

LECCIÓN ONCE

DERECHO ANTIMONOPOLIOS PREVENTIVO. ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA

1. Concepto	197
2. Abogacía de la competencia y sociedad	198
A) Derecho antimonopolios correctivo y cultura de la competencia	200
3. Abogacía y poder público	203
A) Regulación y competencia	204
a) Tipos de regulación	204
b) Regulación económica	205
c) Riesgos de la regulación	206
d) Obstáculos a la competencia	206
B) Tipos de regulación y su incidencia en la libre competencia	208
a) Limitación del número o variedad de proveedores	209
b) Limitación de la capacidad competitiva de los participantes	211
c) Reducción de los incentivos de competir vigorosamente	214
C) Experiencia internacional	217
a) Ley tipo de defensa de la Competencia de la UNCTAD	217
b) Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)	217
c) Panorama norteamericano	218

	PÁG.
d) Panorama europeo	219
e) Panorama australiano: la política nacional de competencia	222
f) Panorama chileno	227
4. Abogacía de la competencia y regulación en Colombia.....	229
A) Régimen nacional	229
B) Diez años después.....	231
C) Régimen andino.....	233
Bibliografía	237

LECCIÓN OCHO

DERECHO ANTIMONOPOLIOS CORRECTIVO. CONSECUENCIAS DE LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

Realizar conductas anticompetitivas genera varias consecuencias. Se trata de infracciones administrativas que como tales son objeto de diferentes decisiones de las autoridades de competencia, la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones o la Superintendencia de Industria y Comercio, según sea el caso, que comprende órdenes de terminación, multas, y otras determinaciones. Son fuente de responsabilidad civil extracontractual y finalmente pueden ser delitos penados con cárcel en Colombia (caso de la colusión en licitaciones) o en otras jurisdicciones, según veremos.

1. CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS COMO INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS

La primera facultad que de ordinario tienen las autoridades de competencia consiste en emitir órdenes de terminación o modificación a los infractores para que cesen la conducta anticompetitiva y modifiquen su comportamiento, ajustándolo a la ley.

En Colombia, la SIC tiene tal atribución (decr. 4886 de 2011, arts. 1(6) y 3 (8)) y en el régimen andino la SGCAN tiene tal facultad (Decisión 608 CAN, art. 34).

A) *Multas*

Los comportamientos anticompetitivos constituyen un excelente negocio para quien los ejecuta, pero como para el mercado y la economía en general son tan perniciosos, terminan siendo un juego de suma cero en el que el artífice gana todo a costa del bienestar social de la comunidad.

Pongamos por caso los acuerdos de cartel que, según veremos, normalmente generan sobrepuestos (en el 93 por ciento de los casos) que terminan en los bolsillos de quienes participan en ellos, aumentando injustificadamente sus ingresos porque el precio que los consumidores terminan pagando significa, entre otras cosas, que estos no pueden adquirir otros bienes y servicios, lo que además de perjudicarlos, afecta la economía, pues incide sobre la demanda agregada. Menos consumo significa menos bienestar y menos empleo. En otras palabras, los acuerdos de cartel son un atentado contra el orden público económico.

El remedio que se ha ideado consiste en severas sanciones económicas como factor disuasivo contra los infractores, empresas y personas físicas que participan en tales conductas¹. Si una empresa y sus ejecutivos estiman que se pueden conseguir enormes ganancias si entran en un acuerdo de cartel con sus competidores pero a riesgo de soportar multas gigantescas, lo piensan más que si el riesgo fuera simplemente una reprimenda o sanciones económicas menores².

En la Unión Europea, por ejemplo, la Comisión puede imponer sanciones hasta del 10 por ciento de los ingresos brutos del infractor³, fórmula bastante socorrida en esta disciplina, que es utilizada en muchos regímenes internos como España⁴ o el Reino Unido⁵. En Estados Unidos las agencias antimonopolio pueden solicitar a los jueces que se impongan multas millonarias, que incluso han llegado hasta los 500 millones de dólares⁶. En Brasil pueden llegar hasta el 30 por ciento de los ingresos brutos del infractor⁷; en México, hasta

¹ UNCTAD, *Ley tipo...*, op. cit., núm. 183.

² *Ibid.* núms. 180-183.

³ Comisión Europea, Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a) del Reglamento (CE) núm. 1-2003 (2006-C 210-02).

⁴ EDURNE NAVARRO y LUIS MOSCOSO DEL PRADO, “España” en *Vertical Agreements 2009*, colección Getting the Deal Through, Law Business Research Ltd, págs. 251-258.

⁵ SARAH CARDELL y LISA WRIGHT, “Reino Unido”, en *Cartel regulation 2009*, op. cit., págs. 235 -244

⁶ JOSEPH TRINGALI y MICHAEL C. NAUGHTON, “Estados Unidos”, en *Cartel regulation 2009*, op. cit., págs. 245-252

⁷ MAURO GRINBERG, “Brasil” en *Cartel Regulation 2009*, op. cit., págs. 23-27.

el 10 por ciento⁸ y en Perú hasta el 12 por ciento⁹. En Argentina, las multas pueden ser de hasta \$ 50 millones de dólares, sin contar que la autoridad de competencia puede incluso ordenar la disolución de la empresa infractora¹⁰, lo que también es posible en Bolivia¹¹ y en Chile, donde las multas pueden ser de hasta 14 millones de dólares¹².

Abundan las sanciones ejemplares. En la Unión Europea, por ejemplo, Intel, una empresa fabricante de microprocesadores fue multada con 1.300 millones de dólares por realizar conductas de abuso de posición de dominio¹³; varias empresas fabricantes de ascensores fueron sancionadas con 990 millones de euros por cartelizarse en materia de precios¹⁴; Microsoft recibió multas por 1.300 millones de dólares por conductas de abuso de posición de dominio en el mercado de los sistemas operativos de computadores personales¹⁵, y Google en marzo de 2019 fue multada con 1,490 millones de euros por abuso de poder dominante en el mercado de la publicidad por Internet¹⁶.

En Estados Unidos, entre 1997 y 2007, el monto aproximado de sanciones por conductas anticompetitivas ascendió a cuatro mil millones de dólares, con casos como el de Hoffman La Roche, un laboratorio farmacéutico que participó en el cartel internacional de las vitaminas, por 500 millones de dólares o la impuesta a las empresas de aviación British Airways y Korean Air, por 300 millones, también por cartelizarse¹⁷.

En Méjico, Coca Cola, y sus distribuidores fueron multados con 54 millones de dólares por conductas discriminatorias de abuso de

⁸ Ley federal de competencia económica, cap. IV.

⁹ ALFREDO BULLARD y CAROLINA DE TRAZEGNIES, “Perú”, en *Vertical Agreements 2009*, *op. cit.*

¹⁰ MARIELA DEL CARMEN CAPARRÓS, “Argentina”, en *Vertical agreements 2009*, *op. cit.*, págs. 3-8.

¹¹ Decr. 25.519 de 2009.

¹² SERGIO DÍEZ, y MARÍA JOSÉ ROJAS, “Chile”, en *Vertical agreements 2009*, *op. cit.*, págs. 55 -62.

¹³ Véase *supra* caso de Intel ante la Unión Europea.

¹⁴ Caso COMP-E-1-38.823-PO-Elevators and Escalators.

¹⁵ Véase *supra* caso de Microsoft ante la Unión Europea.

¹⁶ Unión Europea, 2019, Antitrust: Commission fines Google €1.49 billion for abusive practices in online advertising, en https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1770_en.htm, visitada el 29 de octubre de 2019

¹⁷ JOSEPH TRINGALI, “Estados Unidos”, en *Cartel regulation...*, *op. cit.*