

El Árbitro

frente al contrato anticompetitivo y desleal

Justicia privada, poder económico
y derecho de la competencia

Mauricio Velandia

Nota de autor

Este libro se adelanta con el auspicio del Colegio de Derecho de la Competencia (www.colegiodederechodelacompetencia.com) y del Centro de Estudios de Derecho de los Mercados - CEDEMERC (www.cedemerc.com), plataforma académica abierta en materia de derecho de la competencia y think tank independiente dedicado al estudio del derecho de los mercados.

Ambas instituciones comparten una misma preocupación: comprender cómo cambia el derecho de la competencia cuando cambian los mercados. Su principal proyecto académico, Antitrust 5.0, parte precisamente de esa constatación. El antitrust contemporáneo ya no puede explicarse únicamente desde las categorías clásicas de acuerdos, abuso de posición dominante y concentraciones. La competencia se desarrolla hoy en mercados atravesados por nuevas formas de seguridades nacionales, activos estratégicos nacionales, soberanía, poder económico, regulación, tecnología, intervención estatal y relaciones empresariales cada vez más complejas.¹

Este ensayo jurídico lleva esa reflexión al terreno de la justicia arbitral. Nuestra hipótesis es que el arbitraje también forma parte de esa evolución. Si los mercados cambian, las controversias empresariales cambian con ellos. El árbitro ya no recibe únicamente contratos que debe interpretar de manera aislada. Recibe relaciones económicas que operan dentro de mercados, organizan poder, distribuyen capacidades competitivas y pueden producir efectos que trascienden a las partes.

En ese sentido, el arbitraje frente al contrato anticompetitivo y desleal es también una expresión de Antitrust 5.0. No supone abandonar las categorías del derecho clásico de la competencia, sino llevarlas a los nuevos lugares o foros de justicia donde hoy se manifiesta el poder económico.

1. Antitrust 5.0 puede ser consultado en <https://www.mauriciovelandia.com/docs/antitrust4.0.pdf> o en SSRN https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=6154146

La justicia arbitral llega así al derecho contemporáneo de los mercados como una evolución natural del antitrust clásico: el contrato sigue siendo contrato, pero ahora debe ser leído también desde el mercado en el que produce sus efectos.

Para facilidad y estando dentro de las herramientas del mundo contemporáneo, este ensayo jurídico podrá ser consultado o transmitido bajo el QR que aparece en la contraportada.

Una advertencia sobre las fuentes y sobre los nombres. Todo lo que este ensayo jurídico afirma proviene de piezas que yo mismo suscribí, como árbitro o como apoderado, y de decisiones públicas. Cuando la fuente es una sentencia o una resolución publicada, la cito con su identificación completa, porque es documento público y el lector debe poder ir a verla. Cuando la fuente es un expediente arbitral, describo los hechos y las tesis sin identificar a las partes, porque el arbitraje está sujeto a deberes de reserva que no dependen de mi voluntad y porque respecto de algunos de esos asuntos actué como apoderado y me obliga el secreto profesional. Esa asimetría es deliberada y no es pudor. Lo que se pierde con ella es la comprobación externa de cada caso. Lo que se gana es que las tesis puedan discutirse sin exponer a quienes confiaron en un procedimiento privado. He procurado que ningún dato incluido permita identificar a las partes, y donde la descripción técnica era imprescindible para entender el problema he preferido perder precisión antes que reserva.

Este libro no entra a la explicación detallada de figuras típicas o ilícitos propios de la prácticas restrictivas de la competencia y de la leal competencia, lo cual, para el lector que lo desee, puede ser consultado en las clases grabadas abiertas que están al interior del Colegio de Derecho de la Competencia (www.colegiodederechodelacompetencia.com) o de la Plataforma del think tank independiente Centro de Estudios de Derecho de los Mercados (www.cedemerc.com).

Contenido

Prólogo.	5
Cuando el contrato entra al mercado	
Capítulo 1.	9
Una conducta, tres responsabilidades	
Capítulo 2.	23
El contrato es materia de competencia	
Capítulo 3.	33
Una norma, dos sistemas	
Capítulo 4.	45
El contrato también es mercado	
Capítulo 5.	55
Cinco laboratorios	
Capítulo 6.	79
Comportamiento significativo y comportamiento concurrencial	
Capítulo 7.	85
El mercado tiene más sujetos que el contrato	
Epílogo.	93
La multa no repara	

Prólogo.

Cuando el contrato entra al mercado

Este ensayo jurídico nació de una constatación que me tomó años formular. Son muchas más las aplicaciones del derecho de la competencia en el arbitraje de las que habitualmente reconocemos.

No llegué a esa conclusión exclusivamente desde los libros. Llegué a ella, sobre todo, desde los casos.

Durante cerca de veinte años de participación en tribunales arbitrales he encontrado, bajo la apariencia de controversias contractuales, societarias o comerciales, problemas que pertenecen también al derecho de la competencia. Los he encontrado como árbitro, en laudos, salvamentos y aclaraciones de voto, y también como abogado, al construir posiciones sometidas a la decisión de un panel. Aparecieron en un momento difícil, cuando pocos laudos admitían su ingreso por tratarse de un tema novedoso.

Los casos fueron distintos. La pregunta que comenzó a unirlos fue la misma. Qué ocurre cuando la conducta que el árbitro examina dentro de un contrato produce también consecuencias sobre la competencia en un mercado.

El derecho de la competencia ofrece un campo mucho más amplio de lo que a veces se supone. Comprende las prácticas comerciales restrictivas, como lo son los actos, los acuerdos y los abusos de posición dominante, el control de integraciones empresariales y, desde otra lógica y con instrumentos jurídicos diferentes, la competencia desleal. También dialoga hoy con fenómenos como las ayudas estatales y otras formas de intervención económica capaces de alterar las condiciones en las que compiten las empresas.

Cada una de esas materias puede aparecer, directa o indirectamente, ante un tribunal arbitral.

Un acuerdo puede estar contenido en un contrato. Una exclusividad puede organizar o generar un mercado relevante. Una posición dominante puede ejercerse mediante facultades contractuales. Una integración empresarial puede aparecer como consecuencia de una controversia societaria. Un comportamiento desleal puede producirse durante la ejecución de una relación comercial. Y una conducta que inicialmente parece un simple incumplimiento puede adquirir otra dimensión cuando no solo afecta a la contraparte, sino también a su capacidad de competir.

El contrato, entonces, deja de ser solamente contrato.

Conviene decir de una vez qué sostengo, para que el lector sepa desde la primera página qué es lo que acá se plantea. El contrato no está fuera del derecho de la competencia. Es uno de los vehículos jurídicos a través de los cuales se estructura la conducta que ese derecho reprime, y la ley lo dice. Cuando el ordenamiento define el acuerdo para efectos del régimen de protección de la competencia, el contrato figura nombrado dentro de la enumeración, como vehículo de un cartel o como forma mediante la cual puede generarse un abuso de mercado. Y cuando establece a quiénes se aplican esas normas, ordena que se apliquen a todo aquel que desarrolle una actividad económica o pueda afectar su desarrollo, con independencia de su forma jurídica. La forma contractual de una conducta no la excluye, por sí sola, del régimen concurrencial. Otro tanto ocurre en competencia desleal, con la inducción a la ruptura de un contrato, la confidencialidad, la desorganización o desviación de clientes en relaciones verticales u horizontales.

De esa premisa nace la proposición central del libro, y su medida exacta importa tanto como su alcance. El juez y el árbitro que examinan un contrato pueden constatar la ilicitud competitiva civil cuando esa constatación sea presupuesto necesario de la consecuencia privada que se les pide: la responsabilidad civil, la indemnización, la remoción de efectos o la nulidad cuando jurídicamente corresponda. Eso no es sancionar o

multar. Es resolver lo que se les sometió. Lo que queda fuera queda fuera por entero: la multa, la orden de cesación con efectos frente al mercado y la autorización, la objeción o el condicionamiento de una operación de concentración. El reparto de competencias no lo hace la norma que se invoca, porque suele ser la misma en las dos cuerdas. Lo hace la consecuencia que se pide.

Esa constatación cambió mi manera de aproximarme a estos conflictos desde que salí de la Superintendencia de Industria y Comercio, donde tuve a mi cargo durante cuatro años los temas de prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal, entre 1998 y 2002. El árbitro puede recibir una controversia porque existe una cláusula compromisoria y, sin embargo, descubrir que para resolverla no basta leer el contrato. Acá ahora lo que percibo, es comprender la empresa, el comportamiento de las partes y, en determinados casos, el mercado relevante en el que ese contrato produce sus efectos. Y no quedan lejos de ese examen las licitaciones o las ayudas públicas.

A esa experiencia profesional se suma otra igualmente importante: la enseñanza. Durante años he explicado derecho de la competencia en las aulas. Enseñar obliga a ordenar lo que en los expedientes aparece desordenado. El caso muestra el problema, la clase obliga a encontrar la categoría. Y cuando los mismos problemas comienzan a aparecer una y otra vez, en expedientes distintos y bajo contratos diferentes, llega un momento en que dejan de parecer excepciones.

De esa combinación entre casos y clases surge este libro. Este es su territorio. Estos son los casos:

Expediente y mercado	Pieza y rol	Qué aportó a la doctrina de este libro
Mercado: Suministro de gas en campo aislado	Apoderado	Una exclusividad que genera un mercado relevante. La restricción que nace de la ejecución y no de la cláusula, la discriminación entre compradores comparables y el apalancamiento entre mercado primario y secundario. Mercados vecinos o conexos. Abuso de dominio.
Mercado: Distribución de lácteos de veinte años	Salvamento parcial de voto. Árbitro	La lectura del contrato interpretado con la ciencia y arte de la que proviene su vocabulario, la reconstrucción de la prestación real a partir de la ejecución y el abuso de posición de dominio contractual con sus elementos, con posible deslealtad.
Mercado: Telecomunicaciones	Salvamento de voto. Árbitro	El contenido imperativo del contrato regulado, la jerarquía dentro de ese contenido y la garantía procesal como límite que opera hacia adentro y un posible comportamiento que debería ser estudiado por la autoridad administrativa
Mercado: Minerales. Integración de empresa común	Aclaración de voto. Árbitro	El efecto de una decisión privada (Lauda) conlleva como consecuencia a una integración o concentración de mercado en un agente económico, que debe ser informado o avisado a la autoridad de competencia para que autorice, objete o condicione la concentración de mercado que se crea.
Mercado: Bebidas. Distribución exclusiva de dos empresas competidoras	Demanda de reconvencción. Apoderado	La concentración empresarial en el eslabón de la distribución, nace una posible integración empresarial de la celebración de un contrato, no avisada, que podría generar nulidad.

CAPÍTULO 1

Una conducta, tres responsabilidades

I. Primero la conducta, después el responsable

Antes de preguntarse quién responde hay que saber qué se está examinando. El error más común en esta materia no consiste en equivocar el responsable sino en equivocar la conducta. De allí que este capítulo empiece por el mapa de las conductas y solo después entre a los regímenes de responsabilidad. El derecho de la competencia, en sentido amplio, alberga dos cuerpos que conviene no mezclar: las prácticas comerciales restrictivas, también llamadas antitrust o antimonopolio en un mercado relevante, y la competencia desleal. Comparten materia y no comparten lógica.

Para efectos de la sistematización que propongo en este libro, el régimen antimonopolio puede ordenarse alrededor de cinco grandes campos. No los presento como enumeración textual y cerrada de una única norma, sino como el orden que me ha resultado útil para explicar la materia y para litigarla. (i) Los acuerdos restrictivos, que pueden ser horizontales, cuando vinculan a competidores del mismo eslabón, o verticales, cuando vinculan a agentes de eslabones distintos de la cadena. (ii) Los actos restrictivos, que son comportamientos unilaterales de quien ejerce una actividad económica y que no exigen sujeto calificado. (iii) El abuso de la posición de dominio, que sí exige acreditar el poder desde el cual se abusa. (iv) Las integraciones o concentraciones empresariales, sometidas a control previo. (v) Las ayudas estatales y demás formas de intervención capaces de alterar las condiciones en que compiten las empresas.

La competencia desleal responde a otra lógica. No se ocupa del poder de mercado ni de la estructura, sino del modo de competir. Reprime comportamientos concurrenciales contrarios a la buena fe comercial y a los usos honestos, y su preocupación es la captación de clientela por medios distintos del mérito propio. Un agente pequeño puede ser desleal,

y ese mismo agente difícilmente podrá abusar de una posición de dominio que no tiene.

Mezclarlas es la fuente de los peores errores del litigio en esta materia. Quien alega deslealtad y prueba estructura no prueba nada, y quien alega abuso y prueba deslealtad tampoco. Este capítulo no desarrolla cada figura. Solo fija el mapa para que el lector sepa en qué casilla está parado cuando llegue a ella. Pero bajo la remisión a pie de página se pueden estudiar o consultar¹.

II. Una conducta observada desde tres regímenes

Identificada la conducta aparece la segunda pregunta, y es la que da título al capítulo. Una misma conducta empresarial puede ser observada desde tres regímenes de responsabilidad distintos, como lo son el penal, el administrativo sancionatorio y el civil.

Los tres persiguen finalidades diferentes. El penal reprime, el administrativo sanciona y previene, el civil repara y remueve. De esa diferencia se sigue todo lo demás, porque sus elementos no son idénticos, sus consecuencias son distintas y su titular no es el mismo. Pueden coexistir sobre el mismo hecho sin que ninguno excluya a los demás, y de allí sale la regla que el libro repite en cada capítulo. La existencia de uno no convierte automáticamente la conducta en responsabilidad bajo los otros. Quien acredita la infracción administrativa no ha acreditado por eso el daño civil, y quien acredita el daño civil no ha acreditado por eso la infracción.

1 Si desea estudiar las figuras del derecho antitrust y de competencia desleal, puede ingresar a la biblioteca del Colegio de Derecho de la Competencia (www.colegiodederechodelacompetencia.com) ver las clases abiertas en los módulos 1 y 2, así como en las clases electivas, y en el libro guía de esas clases, también abierto <https://mauriciovelandia.com/docs/pdf/Velandia-poder-mercados-ec.2023.pdf>

Variable	Penal	Administrativa	Civil
Finalidad	Reprimir la conducta que la ley describe como delito	Sancionar la infracción y prevenir su repetición en el mercado	Reparar el daño causado y remover sus efectos
Fuente del deber	El tipo penal	La norma de competencia y el régimen que la desarrolla	El contrato, cuando existe, o el deber general de no dañar
Estructura	Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad	Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, con aplicación matizada	Daño, factor de imputación y nexo causal
Elemento subjetivo	Exigido conforme al tipo	Exigido con las particularidades del régimen administrativo	Determinante en el modelo subjetivo, no central en el objetivo, salvo excepciones
Daño	No es elemento necesario de todo tipo	No es elemento necesario. Basta la aptitud de la conducta según el supuesto	Elemento imprescindible. Sin daño no hay responsabilidad
Consecuencia	Pena	Multa y orden de cesación	Indemnización, remoción de efectos y nulidad cuando corresponda
Titular	El Estado por conducto de la Fiscalía y el juez penal	La autoridad administrativa de competencia	El afectado, ante el juez o el árbitro

La tabla anterior es el esqueleto del libro entero. Las filas que hay que mirar dos veces son la del daño y la de la consecuencia, porque allí está la diferencia que después permite entender por qué un árbitro puede conocer de una conducta anticompetitiva sin invadir competencia ajena.

III. El derecho penal como matriz dogmática

El derecho penal interviene en esta materia de manera acotada y por tipos específicos, y su presencia en este libro es marginal. Interesa por una razón dogmática antes que por su contenido, porque de él proviene el modelo más intenso del ius puniendi y de él provienen las categorías con las que se examina cualquier ejercicio de ese poder. La legalidad exige que la conducta esté descrita previamente por la ley. La tipicidad exige que el comportamiento encaje en esa descripción. La antijuridicidad exige que lesione o ponga en peligro el bien tutelado. La culpabilidad exige un reproche personal al autor.

Ese aparato no se agota en el proceso penal. Viaja al derecho administrativo sancionatorio, que es donde el régimen de competencia despliega su fuerza represiva, y el apartado siguiente examina en qué condiciones lo hace.

El traslado no es una licencia doctrinal, y conviene apoyarlo. La Corte Constitucional ha sostenido de manera reiterada que la potestad sancionatoria de la administración es una manifestación del ius puniendi del Estado y que en el derecho administrativo sancionador son aplicables mutatis mutandis las garantías superiores que rigen en materia penal, entre ellas la de legalidad de las infracciones y de las sanciones, conforme a la cual nadie puede ser sancionado administrativamente sino conforme a normas preexistentes que tipifiquen la contravención y señalen la sanción correspondiente. De allí que el aparato conceptual del delito llegue a esta materia, aunque no llegue intacto. La tipicidad llega primero y con menor rigor, según se verá enseguida. La antijuridicidad llega en cuanto la infracción supone la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico que la norma protege, que acá es el proceso competitivo. Y la culpabilidad

llega por la vía negativa, porque la Corte ha afirmado que conforme a los principios de dignidad humana y de culpabilidad está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva en materia sancionadora, aunque ella misma ha admitido excepciones acotadas en ciertos campos. A esa línea se suma el principio de responsabilidad personal, según el cual un sujeto solo puede ser sancionado por actos u omisiones propias. En sede contencioso administrativa el punto se ha dicho todavía más directo, al exigirse el elemento antijuridicidad y al sostenerse que la conducta objeto de sanción debe ser culpable, de modo que la culpa opera como factor de atribución en el ámbito sancionatorio. Con esas piezas, la estructura del ilícito administrativo se acerca a la penal sin confundirse con ella².

IV. La responsabilidad administrativa sancionatoria

La potestad sancionatoria en materia de competencia corresponde a la autoridad administrativa, que actúa de oficio o por denuncia, adelanta un procedimiento especial y puede imponer multas y órdenes de cesación. Esa potestad no es delegable en particulares y no es objeto de pacto. Es la afirmación que sostiene todas las fronteras que este libro describe más adelante.

Su finalidad no es reparar un daño privado sino sancionar la infracción y prevenir su repetición, y por eso no exige que exista un perjudicado individual ni que el daño se haya consumado. Se estructura alrededor de las mismas categorías del derecho penal, esto es, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, y sobre ellas formulo una precisión que durante años enuncié de manera más gruesa³. Del ius puniendi del Estado derivan garantías comunes a los dos regímenes: la legalidad, la tipicidad, la presunción de inocencia, el debido proceso, la proporcionalidad y la prohibición de doble sanción por el mismo hecho. Sostener esa comunidad

2 Sobre el ius puniendi y la aplicación mutatis mutandis, Corte Constitucional, Sentencias C-922 de 2001 y C-044 de 2023. Sobre la proscripción de la responsabilidad objetiva, C-616 de 2002. Sobre la responsabilidad personal, C-094 de 2021. Sobre la exigencia de antijuridicidad y culpabilidad en sede sancionatoria, Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 05001-23-24-000-1996-00680-01 (20738).

3 Velandia Mauricio, Derecho de la Competencia y del Consumo, Segunda Edición, 2011, Universidad Externado de Colombia.

de garantías no equivale a sostener identidad absoluta entre penal y administrativo. Las categorías viajan de manera matizada, atendiendo a las particularidades de la actividad administrativa, a la naturaleza de los bienes tutelados y a la técnica de redacción de los supuestos, que en materia económica emplea con frecuencia conceptos jurídicos indeterminados y tipos de resultado abierto⁴.

La matización tiene un límite que me impongo en todo el libro. Que la tipicidad administrativa admita mayor apertura que la penal no autoriza la analogía extensiva del supuesto de hecho en contra del investigado. No construyo infracciones ensanchando por semejanza el verbo rector de un tipo, aun cuando el resultado material de la conducta parezca idéntico al del supuesto vecino. El Capítulo 5 muestra qué consecuencia práctica tiene esa regla.

V. La responsabilidad civil y su primera división

La responsabilidad civil es el régimen que más interesa a este libro, porque es el que se ejerce ante el juez y ante el árbitro. Su consecuencia es la reparación y su titular es el afectado, no el Estado. Admite una primera división que no puede omitirse, la que separa la extracontractual, que opera sobre el deber general de no causar daño a otro, de la contractual, que opera sobre un vínculo previo que las partes construyeron. Los elementos no son los mismos y las cargas tampoco.

VI. La responsabilidad civil extracontractual. Dos modelos de imputación

La responsabilidad extracontractual se ha construido sobre dos modelos de imputación, y conviene presentarlos como lo que son. No son dos teorías en disputa por el mismo terreno. Son dos maneras de atribuir un daño, y la fuente concreta determina cuál corresponde.

4 Corte Constitucional, Sentencia C-032 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos

En el modelo subjetivo los elementos son el daño, la culpa o el dolo y el nexo causal. Lo determinante es el comportamiento del causante, medido por su diligencia y por su previsión. Se pregunta cómo actuó y cómo debió actuar, y el reproche se construye sobre esa distancia.

En el modelo objetivo los elementos son el daño, el hecho generador y el nexo causal. La culpa deja de ser el eje del análisis y la atención se desplaza hacia la producción del daño por el hecho generador. No se pregunta si el causante fue diligente sino si el daño provino de aquello que le es atribuible.

Una advertencia que sostengo con firmeza. No cabe afirmar que la responsabilidad civil derivada de conductas anticompetitivas sea, en bloque, objetiva o subjetiva. Son modelos de imputación y su aplicación depende de la fuente concreta del deber infringido y del supuesto que se invoca. Quien pretenda resolver por adelantado esa calificación para todos los casos está sustituyendo el análisis por una preferencia.

Variable	Modelo subjetivo	Modelo objetivo
Daño	Elemento necesario	Elemento necesario
Elemento de imputación	Culpa o dolo del causante	Hecho generador atribuible al causante
Nexo causal	Entre la conducta culposa y el daño	Entre el hecho generador y el daño
Causa de exoneración	Demostrar la diligencia debida además de las causas extrañas	Las causas extrañas, sin que baste la diligencia
Centro del análisis	Cómo actuó el causante	De dónde provino el daño

VII. El daño como elemento común

Cualquiera que sea el modelo de imputación, el daño es el elemento que no puede faltar. Sin daño no hay responsabilidad civil, y esa es la diferencia estructural con el régimen administrativo sancionatorio, que puede reprimir la conducta apta aunque nadie haya sufrido menoscabo.

El daño indemnizable debe reunir cuatro condiciones. Debe ser cierto, de modo que no basta el perjuicio eventual o hipotético. Debe ser directo, esto es, consecuencia de la conducta que se reprocha y no de una cadena remota. Debe lesionar un interés jurídicamente protegido, porque no todo menoscabo económico corresponde a un interés que el ordenamiento ampare. Y no debe haber sido indemnizado antes, porque la pluralidad de títulos no multiplica el patrimonio perdido.

Conviene fijar desde ahora una precisión que este ensayo jurídico usa después. El daño al proceso competitivo y el perjuicio individual indemnizable no son la misma cosa. El primero se aprecia desde el mercado y explica por qué el régimen existe. El segundo se aprecia desde el patrimonio de una persona determinada y es lo único que puede liquidarse en una condena. Puede existir el primero sin que el demandante acredite el segundo, y puede haber menoscabo patrimonial que no comprometa el proceso competitivo.

VIII. La responsabilidad civil contractual. La autonomía de la voluntad como punto de partida

En la responsabilidad contractual el punto de partida inmediato es la obligación asumida por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad, dentro del marco fijado por el ordenamiento. Son ellas las que distribuyen sus cargas y determinan el contenido primario del contrato, definen la prestación, fijan su alcance y asignan los riesgos. De esa distribución depende el juicio de incumplimiento, porque no se puede evaluar si alguien cumplió sin saber primero a qué se obligó. Entra aquí

la distinción que este libro utiliza en varios capítulos, la que separa las obligaciones de medio de las de resultado.

En la obligación de medio el deudor se compromete a desplegar una actividad diligente orientada a un fin, sin garantizar que el fin se produzca. En la obligación de resultado la prestación asumida incorpora la obtención del resultado convenido, de manera que su falta permite establecer el incumplimiento, sin perjuicio del análisis de las causas jurídicamente relevantes de exoneración.

La calificación no es un ejercicio académico. Determina qué debe examinarse respecto de la ejecución, porque en un caso el análisis recae sobre la conducta desplegada y en el otro sobre el resultado obtenido. Formulo el punto con la precisión que el ordenamiento permite. La carga y el estándar de cumplimiento dependen de la configuración de la obligación asumida y de lo pactado por las partes, dentro de los límites del ordenamiento.

La autonomía, sin embargo, no es soberana. Tiene límites que no se pactan y que sin embargo obligan, y el apartado siguiente los ordena en capas.

IX. Las tres capas del contrato

Propongo leer el contrato sometido a análisis competitivo en tres capas superpuestas, y sostengo que la mayoría de los errores de análisis provienen de leer una sola. La primera es la autonomía de la voluntad y contiene lo que las partes estipularon, con sus obligaciones de medio y de resultado. La segunda es el orden público y contiene las normas imperativas que las partes no pueden desplazar. La tercera es la buena fe, que no gobierna lo pactado sino el modo de ejecutarlo.

Sobre la segunda capa conviene ser exacto y evitar la fórmula amplia que empleé durante años. No sostengo que las normas de competencia hagan parte del contenido secundario de todo contrato. Sostengo algo más estrecho y por eso mismo más fuerte. Cuando la relación contractual

se desarrolla dentro del ámbito material de aplicación del derecho de la competencia, las normas imperativas que gobiernan esa conducta limitan la relación aunque las partes no las hayan incorporado al texto, y pueden además integrarla jurídicamente. No todo contrato queda comprendido. Queda comprendido el contrato cuya ejecución constituye actividad económica con aptitud para afectar el mercado.

Sobre la tercera capa conviene igual precisión. La buena fe gobierna el modo de ejecución, impone corrección contractual y permite detectar el ejercicio abusivo de facultades, allí donde la facultad existe pero su finalidad real es otra. No convierte por sí sola el comportamiento en ilícito competitivo. La eventual relevancia desde la competencia desleal exige que concurren de manera autónoma los elementos de ese régimen, y esa segunda operación la realiza la norma concurrencial y no la cláusula general.

Capa	Contenido	Efecto sobre la relación
Autonomía de la voluntad	Lo estipulado por las partes. Obligaciones de medio y de resultado. Distribución de cargas y riesgos	Define la prestación debida y el parámetro con el que se juzga el cumplimiento
Orden público	Normas imperativas. Derecho de la competencia cuando la relación cae dentro de su ámbito material de aplicación	Limita la autonomía y, en la tesis que sostengo, puede integrar jurídicamente la relación
Buena fe	Modo de ejecutar lo pactado. Deber de corrección. Interdicción del ejercicio abusivo de facultades	Permite detectar el abuso en la ejecución. Habilita la deslealtad cuando concurren sus propios elementos
Consecuencia	Incumplimiento contractual, ilícito extracontractual o relevancia competitiva, según la capa infringida	Cada una se demuestra por separado y ninguna sustituye los elementos de la otra

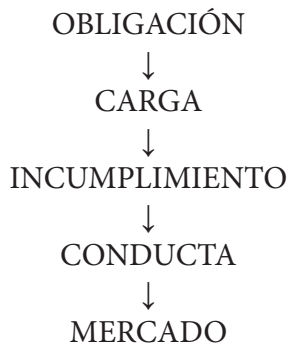
Complementa este cuadro el comportamiento real de las partes en virtud de la relación, o el paralelismo en el mercado, derivado de un contrato. No olvidar que el paralelismo consciente es la forma hoy utilizada por los cartelistas.

X. Medio, resultado y competencia

Este apartado es el más útil para quien juzga. Sostengo que el árbitro no puede calificar competitivamente una conducta sin haber recorrido antes una secuencia de seis preguntas.

(i) Qué obligación existía. (ii) Quién la asumió. (iii) Si era de medio o de resultado. (iv) Cómo distribuyeron las partes las cargas y los riesgos. (v) Si la conducta constituyó incumplimiento de esa obligación así configurada. (vi) Si además ese comportamiento trascendió del vínculo al mercado.

Las cinco primeras pertenecen al derecho privado y la sexta al derecho de la competencia. Saltarse las cinco primeras para llegar antes a la sexta produce el error más frecuente que veo en esta materia, que es calificar de anticompetitivo un comportamiento sin haber establecido a qué estaba obligado quien lo desplegó. El Capítulo 6 muestra cómo se hace ese tránsito y qué debe acreditarse para que ocurra.



No todo incumplimiento es ilícito competitivo. Pero el incumplimiento puede adquirir relevancia competitiva cuando satisface autónomamente

los elementos del régimen concurrencial.

Plano	Pregunta que se formula	Consecuencia que puede producir
Contractual	¿Se ejecutó la prestación en los términos en que fue asumida?	Incumplimiento, con indemnización y demás remedios contractuales
Civil extracontractual	¿Se causó un daño cierto y directo a un interés protegido por fuera de un vínculo negocial?	Indemnización del perjuicio acreditado
Administrativo sancionatorio	¿La conducta satisface el supuesto de la norma de competencia - significativo?	Multa y orden de cesación, a cargo de la autoridad
Penal	¿La conducta encaja en un tipo previamente descrito por la ley?	Pena, en las hipótesis legalmente tipificadas

XI. El bien tutelado, en breve

La pregunta por lo que protege el derecho de la competencia suele responderse amontonando nociones que no pertenecen al mismo orden. Conviene separar tres planos y no dejar que el asunto ocupe más espacio del que merece. El plano normativo es el punto de partida obligado, porque el ordenamiento señala como finalidades la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. El plano constitucional sitúa la libre competencia como derecho de todos que supone responsabilidades y como principio de la organización económica. El plano económico contiene las explicaciones que la ciencia ofrece sobre los efectos de una restricción, entre ellas la variación del excedente del consumidor y la asignación ineficiente de recursos.

De esa separación se sigue una regla de litigio. Las finalidades normativas se invocan como fundamento. Las categorías económicas se invocan como explicación de un efecto y nunca como supuesto de hecho de una norma. Sostengo además, que detrás de la protección del excedente del consumidor opera una función redistributiva, en tanto la conducta restrictiva traslada riqueza desde el consumidor hacia el infractor y reduce la irrigación del dinero hacia los demás sectores o mercados de la economía.

Cierro con una fórmula corriente que conviene corregir. Se dice que el derecho de la competencia no protege al competidor sino a la competencia. Sirve como advertencia y falla como enunciado absoluto. El régimen no protege a un agente por el solo hecho de ser competidor, ni le garantiza permanencia ni rentabilidad frente a un rival más eficiente. Sí protege el proceso competitivo frente a conductas idóneas para producir la exclusión anticompetitiva de un agente, y en esa hipótesis la protección del proceso y la del excluido coinciden en el mismo hecho. La pregunta correcta no es a quién protege la norma sino por qué causa se produjo la salida.

XII. No se reparten las normas. Se reparten las consecuencias

Vuelvo al título del capítulo para cerrarlo. Una conducta empresarial puede, al mismo tiempo, constituir infracción administrativa, generar responsabilidad civil y, en las hipótesis legalmente tipificadas, tener relevancia penal. Y dentro de la civil puede activar a la vez su vertiente contractual, por la prestación incumplida, y su vertiente extracontractual, por el daño causado a quien no era parte. Los tres regímenes, y dentro del civil sus dos vertientes, pueden proyectarse sobre un mismo hecho sin confundirse entre sí, y ninguno absorbe a los demás.

Cada consecuencia debe demostrarse bajo su propio régimen. La existencia de una no reemplaza los elementos de la otra, y quien intente ahorrarse un análisis apoyándose en el resultado del vecino habrá construido una

condena sin soporte. De allí la proposición que este capítulo entrega al resto del libro. No se reparten las normas. Se reparten las responsabilidades y las consecuencias. La norma sustancial puede ser la misma cuando la mira la autoridad y cuando la mira el árbitro, y sin embargo las dos miradas no se confunden, porque lo que cada una produce es distinto. Ese es el mapa con el que hay que leer todo lo que sigue.

CAPÍTULO 2

El contrato es materia de competencia

I. Lo pactado y lo impuesto

Todo contrato tiene dos contenidos.

El primero es el contenido dispuesto por las partes. Allí están el objeto, el precio, el plazo, las prestaciones, las obligaciones de medio y de resultado, la distribución de cargas y riesgos, las exclusividades, las cantidades, los territorios y los mecanismos de ejecución. Ese contenido lo escriben las partes y responde a su autonomía.

El segundo es el contenido normativamente impuesto. Allí están las normas imperativas, el orden público, la buena fe, la regulación sectorial y, para efectos de este libro, las normas de libre y leal competencia. Ese contenido no lo escriben las partes. Lo escribe el ordenamiento y obliga aunque nadie lo haya transcrito en el documento.

Las partes escriben el contrato. El ordenamiento escribe sus límites y sus deberes.

La doctrina lo ha explicado con la idea de los efectos heterónomos del negocio jurídico. El contrato produce consecuencias que no provienen de la voluntad de quienes lo celebraron, sino de normas inderogables que se aplican por su propia fuerza. El artículo 1603 del Código Civil y el artículo 871 del Código de Comercio dicen lo mismo desde otra ventana, al disponer que los contratos obligan no solo a lo expresado en ellos sino a todo lo que corresponde a la naturaleza de la obligación, a la ley, a la costumbre o a la equidad natural.

Mi tesis en este capítulo es sencilla. Las normas de libre y leal competencia son normas imperativas de orden público económico y, por eso mismo, hacen parte del contenido normativamente impuesto del contrato.

Esa afirmación no dice que todo contrato sea anticompetitivo. Dice algo distinto y previo. La norma existe, obliga y gobierna la relación. Si además la conducta concreta satisface el supuesto de esa norma es una segunda pregunta, que se responde con hechos y con pruebas. Confundir las dos cosas produce los dos errores que este capítulo quiere evitar, y a ellos vuelvo al final.

II. El orden público no se renuncia

La palabra que gobierna este apartado es irrenunciabilidad. Las normas imperativas de competencia no son disponibles. No pueden derogarse por contrato. No pueden ser objeto de renuncia anticipada. No dejan de aplicarse porque las partes no las mencionaron. Y no dejan de aplicarse porque el contrato diga que determinada conducta está permitida.

Una cláusula no convierte en lícita una conducta prohibida por una norma imperativa. El artículo 16 del Código Civil lo establece sin rodeos al disponer que no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres. El silencio tampoco sirve. Lo que las partes no pueden excluir mediante el contrato no desaparece porque no lo hayan escrito.

Autonomía de la voluntad no significa autonomía frente al orden público. De allí una consecuencia que interesa al arbitraje y que desarrollo más adelante. Si las partes no pueden sacar la norma del contrato, tampoco puede sacarla de su decisión quien juzga ese contrato.

III. El contrato dentro de las prácticas restrictivas

La demostración empieza por el propio régimen.

El numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 define el acuerdo, para efectos de la protección de la competencia, como todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas. Nada deduzco del orden de esa enumeración.

Basta con lo que dice. El régimen de competencia admite que la conducta que reprime pueda adoptar forma contractual. El contrato no inmuniza el comportamiento.

Lo mismo vale para las demás figuras. Un acto restrictivo, un abuso de posición de dominio o un acuerdo pueden aparecer durante la ejecución de una obligación contractual, y ese origen no cambia por sí mismo su naturaleza competitiva. La pregunta no es de dónde salió la conducta. Es qué hizo la conducta.

El artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 cierra el punto con una regla horizontal. Las normas sobre protección de la competencia se aplican respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, con independencia de su forma o naturaleza jurídica. De ahí extraigo la regla que este capítulo necesita. La forma jurídica no crea inmunidad competitiva.

La naturaleza pública o privada del contrato no excluye el derecho de la competencia. La regla gobierna contratos privados y contratos estatales, contratos de empresas industriales y comerciales del Estado y de empresas de servicios públicos, y alcanza la distribución, el suministro, la exclusividad, la interconexión y las relaciones societarias. No sostengo que en todos ellos haya infracción. Sostengo que ninguno puede colocarse fuera del régimen invocando su forma. El sujeto puede ser estatal, el contrato puede ser estatal y el régimen sigue siendo el mismo, porque lo que la norma mira es la actividad económica y no el ropaje de quien la ejerce.

Hay un sector donde el legislador no se limitó a admitirlo y lo dijo con todas las letras. El artículo 34 de la Ley 142 de 1994 ordena a las empresas de servicios públicos que, en todos sus actos y contratos, eviten los privilegios y las discriminaciones injustificados y se abstengan de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia.

En todos sus actos y contratos. La expresión pertenece al texto legal y resuelve por sí sola la discusión que este capítulo plantea. El contrato no aparece allí como escenario ajeno al que la norma llega desde afuera. Aparece nombrado dentro del mandato.

La misma disposición enumera lo que considera restricción indebida, y entre ello incluye los acuerdos para repartirse cuotas o clases de servicios y cualquier acuerdo con eventuales competidores que tenga el propósito o el efecto de modificar el resultado que se habría obtenido en plena competencia. Reparto de cuotas y modificación del resultado competitivo son categorías del derecho antimonopolio insertadas en el estatuto de un contrato.

No convierto ese ejemplo en regla exclusiva del sector. Lo uso porque es la formulación legislativa más gráfica de un principio general. Donde el legislador quiso decirlo, lo dijo. Donde no lo dijo, el principio opera igual por la vía del artículo 2 de la Ley 1340 de 2009.

Esa conclusión tiene raíz constitucional y conviene decirla en tres líneas. El artículo 333 consagra la libre competencia como derecho de todos y advierte que supone responsabilidades, de modo que quien ejerce actividad económica lo hace dentro de deberes y no solo de libertades. El artículo 334 entrega al Estado la dirección general de la economía y habilita su intervención. El artículo 58 reconoce la propiedad privada y le atribuye función social, lo que impide leer los derechos económicos como facultades puramente privadas. El derecho de la competencia no es una cláusula opcional del contrato. Es parte del orden público económico que limita la autonomía.

Existen además disposiciones específicas del régimen antimonopolio que atribuyen consecuencias privadas a la infracción. Entre ellas están el parágrafo del artículo 11 y el artículo 19 de la Ley 155 de 1959, relativos a los perjuicios y a la nulidad en los supuestos allí previstos. Su existencia despeja cualquier duda sobre la posibilidad de que una norma de competencia produzca consecuencias en sede privada.

IV. La competencia desleal habla también el lenguaje del contrato

En el régimen de deslealtad la relación es todavía más visible, porque el contrato aparece dentro de los tipos y no solo alrededor de ellos.

El artículo 7 de la Ley 256 de 1996 impone a los participantes en el mercado respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial. Hay aquí una distinción que este libro utiliza después y que conviene fijar desde ahora. La buena fe contractual gobierna la ejecución de la relación obligacional y mira a la contraparte. La buena fe comercial gobierna el comportamiento de quien participa en el mercado y mira a los competidores y a los consumidores. Pueden recaer sobre el mismo hecho. No son la misma norma, no tienen el mismo destinatario y no producen la misma consecuencia.

El artículo 16 sanciona la divulgación o explotación de secretos empresariales a los que se accedió legítimamente pero con deber de reserva. Ese deber suele nacer de un acuerdo de confidencialidad, de una relación laboral o de otra obligación contractual, de modo que el tipo se apoya en un vínculo privado.

El artículo 17 va más lejos. Considera desleal inducir a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a infringir los deberes contractuales básicos contraídos con los competidores. El contrato ajeno es parte del supuesto de hecho, y el autor del ilícito no es parte de ese contrato.

El artículo 18 obliga a la precisión inversa. Considera desleal la realización efectiva de una ventaja competitiva significativa adquirida mediante la infracción de una norma jurídica. Habla de norma jurídica y no de cláusula. El simple incumplimiento contractual no equivale por sí solo a violación de normas; aunque la conducta contractual sí puede infringir otras disposiciones del ordenamiento.

El artículo 19 es el ejemplo máximo. Considera desleal pactar en los

contratos de suministro cláusulas de exclusividad cuando concurren sus elementos, esto es, cuando tengan por objeto o como efecto restringir el acceso de los competidores al mercado o monopolizar la distribución. El verbo del tipo es pactar.

En unos casos el contrato es el escenario. En otros es el instrumento. Y en algunos el propio pacto constituye la conducta que debe examinarse. A ello se suma el tipo de desorganización, que no debe olvidarse, u otros.

V. Un incumplimiento puede trascender al mercado

El material que mejor muestra este tránsito proviene de un arbitraje de suministro de gas en un campo aislado. Lo que sigue corresponde a la tesis allí planteada:

El supuesto es simple y más adelante lo trataremos mejor. El suministrador dejó de entregar al comprador las cantidades a las que estaba obligado. Eso es incumplimiento contractual y nadie lo discute. La tesis que sostuve fue que ese mismo comportamiento produjo además un efecto de mercado, porque el comprador revendía en un mercado secundario y el desabastecimiento le impidió participar allí. Sostuve, en consecuencia, que la conducta configuraba actos restrictivos, abuso de posición de dominio, desviación de clientela y comportamientos contrarios a la buena fe comercial, y que el suministrador utilizó su posición como proveedor del insumo para afectar la capacidad competitiva de quien le competía aguas abajo. Sostuve también que la norma de competencia se aplicaba a ese mercado por mandato del artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, sin que el carácter cerrado del campo lo excluyera.

La secuencia conceptual es la que interesa al libro.

OBLIGACIÓN CONTRACTUAL



INCUMPLIMIENTO



EFFECTO SOBRE LA CAPACIDAD DE COMPETIR (MERCADO)



POSIBLE ILÍCITO COMPETITIVO

La flecha final es la más delicada y por eso conviene decir lo que no significa. El incumplimiento no se transforma automáticamente en ilícito competitivo. Para llegar a la última casilla hay que satisfacer los elementos autónomos de la norma concurrencial, con sus propios supuestos y su propia prueba. Pero tampoco ocurre lo contrario. El incumplimiento no queda inmunizado frente al derecho de la competencia por el hecho de tener origen contractual. Una negativa de entrega puede operar al mismo tiempo como incumplimiento y como barrera de acceso al mercado, y quien solo mira la primera cara deja la mitad del caso sin explicación.

El ejemplo arbitral que viene aporta dos elementos adicionales que anticipan los capítulos siguientes. El primero es procesal: el tribunal asumió desde el inicio competencia para conocer de pretensiones relativas a prácticas restrictivas y competencia desleal. El segundo es normativo: El parágrafo del artículo 11 de la Ley 155 de 1959 dispone que los perjuicios causados a terceros por las prácticas prohibidas por esa ley o por actos de competencia desleal dan acción de perjuicio por la vía ordinaria. La norma puede ser de orden público y la consecuencia privada puede ser judicial o arbitral. Ese es el puente hacia el Capítulo 3 de este libro.

Un tercer elemento merece mención breve. En uno de esos casos que trataremos en otro capítulo se pidió la nulidad de determinadas estipulaciones como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones de competencia, con apoyo en el artículo 19 de la Ley 155 de 1959, que declara absolutamente nulos por objeto ilícito los acuerdos, convenios u operaciones prohibidos por esa ley. No presento la nulidad como consecuencia automática, y no desarrollo su tratamiento técnico. La menciono porque prueba con fuerza lo que este capítulo sostiene. Una norma imperativa de competencia puede incidir sobre la validez o la eficacia de una estipulación contractual. Si pudiera hacerlo, no sería una norma externa al contrato.

La Corte Suprema ha reconocido, en el alcance que consta en el material de trabajo, que en circunstancias excepcionales una infracción negocial puede quedar comprendida también dentro de un ilícito concurrencial, y ha puesto como ejemplo la divulgación de secretos empresariales en violación de un acuerdo de confidencialidad. La regla que extraigo no es que incumplir sea ser desleal. Es que un mismo hecho puede ser incumplimiento y, si satisface los elementos de la norma concurrencial, también ilícito competitivo.

Veamos qué dijo la Corte en Sentencia SC3907-2021:

“Es cierto que, en circunstancias excepcionales, una infracción negocial puede quedar subsumida en la descripción típica de un ilícito concurrencial, como ocurriría, a modo de ejemplo, si una parte divulga secretos industriales de otra, contraviniendo un acuerdo de confidencialidad. Y también resulta posible que, ante tal panorama, la víctima pueda servirse de los remedios contractuales, o, eventualmente, de las acciones de competencia desleal -sin que ello implique la posibilidad de acceder a una doble compensación-...”

VI. La norma imperativa entra al contrato

El apartado anterior muestra una dirección, la del incumplimiento que sale del contrato y llega al mercado. Falta la dirección contraria, que es la norma imperativa que entra al contrato aunque no la hayan escrito las partes.

Ese punto lo sostuve en un salvamento de voto, como árbitro, en un arbitraje de interconexión de telecomunicaciones. La discusión giraba alrededor de una tarifa cobrada entre operadores. Sostuve que el contenido del contrato no se agotaba en lo pactado, porque el artículo 16 del Código Civil subordina la autonomía al orden público y porque el régimen tarifario del sector es norma imperativa que integra la relación.

Sostuve además algo que suele pasarse por alto. El contenido impuesto no es un bloque uniforme. Está compuesto por normas de distinto rango y

entre ellas rige la jerarquía. Cuando una ley fija la fórmula de costos más utilidad razonable y una resolución del regulador fija una tarifa máxima que tiene su fuente en esa misma ley, la tarifa máxima opera como techo y no como precio único, y su aplicación queda atada al criterio de la norma superior. Una resolución no desplaza una ley. Al intérprete le corresponde hacer vigentes a las dos.

La conclusión es la que da nombre al apartado. El árbitro que omite la norma imperativa no está siendo respetuoso de la competencia administrativa. Está interpretando de manera incompleta el contrato que se le pidió interpretar.

VII. El juez del contrato debe aplicar todo el derecho que lo gobierna

Este es el apartado que sostiene este ensayo jurídico.

Si una norma imperativa gobierna el contrato, el juez del contrato debe aplicarla. No porque ejerza potestad administrativa. No porque pueda sancionar. No porque sustituya a la autoridad de competencia. La razón es más simple y por eso mismo más difícil de refutar. Es juez de una relación jurídica y debe aplicar todo el derecho que la gobierna, no solo la parte que las partes escribieron.

Lo que las partes no pueden sacar del contrato tampoco puede sacarlo el juez de su decisión.

El árbitro no aplica derecho de la competencia porque sea autoridad de competencia. Lo aplica porque es juez del contrato y el contrato está sometido al ordenamiento, y dentro del ordenamiento está el derecho de la competencia.

Aplicar la norma imperativa es jurisdicción. Imponer la multa es potestad administrativa. Esa frase separa las dos cosas que el Capítulo 3 desarrolla y es la única que hay que retener de este capítulo si se olvidan todas las demás.

VIII. Norma, conducta y consecuencia

Para que la tesis no se desborde conviene ordenarla en tres niveles que nunca deben confundirse.

Nivel	Qué se afirma	Qué exige
1. Norma	La norma imperativa de competencia existe, es irrenunciable y gobierna el contrato aunque las partes no la hayan escrito	Nada. Opera por su propia fuerza
2. Conducta	El comportamiento concreto satisface o no los elementos del supuesto legal	Hechos y prueba. Es el terreno del litigio
3. Consecuencia	Lo que se produce depende del órgano y de la pretensión. Multa y orden administrativa en sede pública. Nulidad, indemnización, remoción y declaración cuando legalmente corresponda en sede privada	Que se pida y que el órgano pueda producirla

Esta distinción impide los dos errores que arruinan el análisis. El primero consiste en creer que, por ser imperativa la norma, toda conducta contractual es anticompetitiva. Eso confunde el nivel uno con el nivel dos. El segundo consiste en creer que, por tener la autoridad potestad sancionatoria, el juez no puede aplicar la norma. Eso confunde el nivel uno con el nivel tres.

IX. Regla de cierre

Las partes escriben las cláusulas. El ordenamiento escribe sus límites. Las partes pueden escoger árbitro. No pueden escoger qué normas imperativas existen.

CAPÍTULO 3

Una norma, dos sistemas

I. Una misma conducta, dos preguntas

El capítulo anterior terminó con una frase que ahora hay que desarrollar. Aplicar la norma imperativa es jurisdicción. Imponer la multa es potestad administrativa.

De allí sale la tesis de este capítulo. Una misma norma de competencia puede operar en dos sistemas distintos de aplicación, uno público y otro privado. Los dos son autónomos. Autonomía, sin embargo, no significa aislamiento.

Los dos sistemas pueden examinar los mismos hechos y aplicar el mismo tipo sustancial. No hacen lo mismo con él. Protegen dimensiones distintas, persiguen finalidades distintas, funcionan con procedimientos distintos, son decididos por órganos que cumplen funciones distintas, producen consecuencias distintas y están sometidos a controles distintos. Mismo tipo. Distinta función. Distinta consecuencia.

La Constitución permite ver las dos dimensiones sin repartirlas entre artículos. El artículo 58 ayuda a comprender la dimensión patrimonial de la afectación, porque el empresario tiene propiedad sobre su empresa y su clientela, y el consumidor sobre su dinero. El artículo 333 reconoce la libre competencia como derecho de todos y advierte que supone responsabilidades. El artículo 334 expresa la dimensión institucional, con la dirección general de la economía a cargo del Estado. No hay una norma para el sistema público y otra para el privado. Hay una conducta que puede lesionar a la vez el funcionamiento del mercado y el patrimonio de alguien.

II. Aplicación pública

El sistema público corresponde a la autoridad administrativa de

competencia. Puede iniciarse de oficio o por denuncia. Examina la conducta desde su dimensión institucional y protege el orden competitivo como tal, sin necesidad de que exista un perjudicado individual que reclame.

Su instrumento más conocido es la potestad sancionatoria, con multas y órdenes de cesación. No es el único. La autoridad también investiga, imparte instrucciones, examina mercados y ejerce control de integraciones. Reducir todo lo administrativo a la sanción produce un error de perspectiva que este libro no puede permitirse.

El control de integraciones es el mejor ejemplo y la frontera más clara. Autorizar, objetar o condicionar una operación no es sancionar a nadie. Es intervenir en la estructura de un mercado antes de que la operación produzca sus efectos. Se trata de potestades administrativas de intervención y de control previo, no de consecuencias de un ilícito. El árbitro no las ejerce y ninguna cláusula compromisoria se las puede atribuir.

Distinto es preguntarse qué consecuencias privadas pueden producir los actos o contratos relacionados con una operación de esa naturaleza. Esa pregunta existe, es legítima y no se responde acá.

III. Aplicación privada

El sistema privado opera ante el juez y, cuando existe pacto arbitral y la materia es arbitrable, ante el árbitro. Se activa por iniciativa de quien formula una pretensión.

Eso no significa que, una vez trabada la controversia, la aplicación del derecho imperativo dependa enteramente de la calificación jurídica propuesta por las partes. Hasta dónde puede y debe el juez o el árbitro aplicar de oficio las normas imperativas de competencia, sin alterar la causa petendi ni quebrantar la congruencia y el derecho de defensa, es una cuestión distinta y no la cierro acá.

Su pregunta no es qué multa merece el infractor. Es qué consecuencia privada produce esa conducta respecto de quien comparece al proceso. La diferencia no es de matiz. Cambia el objeto del litigio, cambia la carga de la prueba y cambia lo que hay que demostrar.

Según el régimen invocado y la pretensión disponible pueden aparecer la indemnización, la nulidad, la remoción de efectos, la cesación dentro de los límites del régimen privado y la declaración cuando exista soporte legal. Esa lista no está disponible por igual en todas las modalidades. Competencia desleal y prácticas restrictivas no ofrecen las mismas herramientas, y el apartado V explica por qué.

Sobre la nulidad conviene decir de una vez lo que sostengo, porque el libro la menciona varias veces y no puede dejarla como promesa. El artículo 19 de la Ley 155 de 1959 declara absolutamente nulos por objeto ilícito los acuerdos, convenios u operaciones prohibidos por esa ley, y el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, en la redacción del artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, califica como de objeto ilícito, en los términos del Código Civil, las conductas que afecten la libre competencia. De allí se sigue que la consecuencia civil existe y que su juez natural es el juez del contrato. Sostengo tres cosas y con este orden. Primera, la nulidad no es automática, porque exige que se acredite que la estipulación concreta encaja en una prohibición y no basta con invocar el régimen. Segunda, su alcance es el de la estipulación que produce la restricción y no necesariamente el del contrato entero, salvo que aquella sea determinante del consentimiento. Y tercera, el objeto ilícito es materia que el juez debe declarar aun de oficio cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, de modo que el árbitro habilitado para conocer del contrato no queda liberado del punto por el silencio de las partes. Esta última afirmación la formulo como tesis y reconozco que es la más discutible, porque tensiona el principio de congruencia con la naturaleza imperativa de la normas de libre competencia.

IV. Mismo tipo, distinta función, distinta consecuencia

Los dos sistemas pueden verse obligados a examinar el mismo tipo

sustancial. Si una conducta se presenta como abuso de posición de dominio, tanto la autoridad como el juez o el árbitro tendrán que establecer si concurren los elementos del abuso. Nadie inventa un derecho de la competencia paralelo para uso privado. (Sin perder el hilo, no olvidar que el análisis de esta figura exige la comprobación de un mercado relevante, un poder de mercado y una infracción que solo es ilegal para quien ostenta esa posición o poder de mercado.)¹

Volvamos. Lo que cambia es la pregunta que ese examen sirve para responder. El sistema público pregunta si se configuró una infracción que justifique el ejercicio de las potestades del Estado. El sistema privado pregunta si se configuró la conducta que sirve de presupuesto a la consecuencia privada solicitada.

De esa diferencia nace una advertencia que el Capítulo 1 ya dejó sentada y que acá solo se recuerda. Infracción competitiva y perjuicio privado no son la misma cosa. Puede haber infracción sin que un demandante concreto acredite daño, nexo causal, legitimación o cuantía. Y puede haber consecuencia civil sin que exista infracción administrativa sancionable. Probar la infracción no prueba por sí solo el perjuicio. Probar el perjuicio no prueba por sí solo la infracción.

Elemento	Sistema público	Sistema privado
Norma sustancial	Derecho de la competencia	Derecho de la competencia
Pregunta	¿Existe infracción o supuesto de intervención pública?	¿Existe presupuesto para la consecuencia privada pedida?
Dimensión protegida	Mercado, proceso competitivo e interés general	Derecho o interés particular lesionado

1 El tema y explicación de mercado relevante, posición de dominio y las infracciones de abuso, son explicados en las clases abierta en la plataforma digital abierta del Colegio De Derecho de la Competencia (www.colegiodederechodelacompetencia.com) y en la plataforma del Centro de Estudios de Derecho de los Mercados (www.cedemerc.com) o por el canal YouTube Mauricio Velandia, o en libro en el libro abierto <https://mauriciovelandia.com/docs/pdf/Velandia-poder-mercados-ec.2023.pdf>

Función	Administrativa, sancionatoria y de intervención	Jurisdiccional
Inicio	De oficio o por denuncia, según corresponda	Pretensión de parte
Consecuencia	Multa, órdenes y control de operaciones	Indemnización, nulidad, remoción y declaración cuando proceda
Control	Jurisdicción contencioso administrativa	Recursos judiciales, anulación del laudo y tutela excepcional

La fila del órgano no aparece en la tabla, y su ausencia es deliberada. Sería falso presentar la autoridad de competencia y el juez como dos casas separadas, porque en materia de competencia desleal la misma autoridad ejerce también funciones jurisdiccionales. El mismo órgano puede actuar en las dos cuerdas. Lo que separa los sistemas no es quién decide, sino qué función cumple al decidir y qué produce con su decisión.

V. Declarar, constatar y sancionar

Tres operaciones distintas conviven en esta materia.

La primera es sancionar administrativamente. Pertenece a la autoridad dentro de sus competencias y no admite traslado.

La segunda es constatar la ilicitud competitiva como premisa de una consecuencia privada. Quien pide indemnización por un abuso está pidiendo que el juzgador establezca si hubo abuso, porque sin esa constatación no hay título de imputación. Lo mismo ocurre con la nulidad de una cláusula prohibida. La constatación no es un premio declarativo. Es un paso lógico de la sentencia, y sin ella la consecuencia privada carece de fundamento.

La tercera es declarar de manera autónoma una infracción, con un pronunciamiento que agota en sí mismo su objeto. Los dos regímenes no ofrecen lo mismo. En competencia desleal el ordenamiento contempla de manera expresa una acción declarativa y de condena a favor de quien participa en el mercado y ve amenazados sus intereses económicos. En prácticas restrictivas no dispongo hoy de un texto que consagre con igual nitidez una pretensión declarativa autónoma equivalente, y por eso no la afirmo, aunque en sede arbitral pueda llegar a plantearse.

La tesis segura es la segunda operación y basta para sostener el libro. El juez o el árbitro puede necesitar constatar el ilícito competitivo para resolver la consecuencia privada, y esa constatación no es una sanción administrativa.

VI. Autónomos, pero no aislados

La autonomía funciona en las dos direcciones.

El proceso administrativo no es requisito previo del proceso privado. La ausencia de investigación de la autoridad no impide que el particular acuda al juez o al árbitro. La pretensión privada tiene fundamento y presupuestos propios, y no requiere por esa sola razón un pronunciamiento administrativo previo. Nadie necesita permiso administrativo para pedir que le reparen un daño.

La existencia de una actuación administrativa tampoco releva al demandante de nada. Una decisión administrativa sancionatoria, aun cuando sea firme, no sustituye la demostración del daño, del nexo causal y de los demás presupuestos de la responsabilidad civil. Probar la infracción no es probar el perjuicio.

Del otro lado ocurre lo propio. El proceso privado no sustituye la actuación administrativa. Una indemnización arbitral no equivale a una multa. Una nulidad contractual no equivale a una sanción. La constatación privada

de una conducta no transfiere al árbitro el ius puniendi del Estado.

Autonomía significa que ninguna cuerda necesita convertirse en la otra para cumplir su función.

VII. Cuando los dos sistemas se encuentran

Autonomía no significa aislamiento. Los dos sistemas pueden comunicarse, y sostengo que deben hacerlo cuando el ordenamiento lo permita.

El contacto corre en dos direcciones.

De la autoridad hacia el juez o el árbitro pueden llegar decisiones, documentos, declaraciones, información económica, análisis técnicos y conocimiento especializado. Nada de eso entra solo ni entra con valor predeterminado. Su incorporación, su contradicción y su valoración se rigen por las reglas procesales aplicables, incluidas las de prueba trasladada cuando corresponda.

Del juez o el árbitro hacia la autoridad puede fluir lo que el proceso privado revela, como lo son hechos, documentos, estructuras y conductas relevantes para las funciones administrativas. Me ha ocurrido dos veces como árbitro. Una a propósito de tarifas cobradas entre operadores. Otra a propósito de una decisión que podía tener efectos sobre la estructura de control de una sociedad. En ambas dejé constancia de que el asunto podía ser puesto en conocimiento de la autoridad para lo que resultara pertinente en sus labores de supervisión. Sostengo que esa constancia es buena práctica. No afirmo que exista hoy un deber general de remitir copias. Posibilidad de informar y deber jurídico de remitir son cosas distintas.

Una cuestión adicional es si el conocimiento especializado de la autoridad puede ponerse institucionalmente al servicio de una controversia privada y bajo qué figura jurídica. La dejo formulada como pregunta. El Código General del Proceso contempla algunas figuras al respecto.

La información puede circular. La competencia no. Ese es el límite de todo lo anterior. Los dos sistemas pueden alimentarse sin subordinarse, y el intercambio de prueba, información o conocimiento no traslada función alguna. La autoridad no se convierte en árbitro. El árbitro no se convierte en autoridad administrativa. La autoridad no es superior funcional del tribunal. El árbitro no controla la legalidad del acto administrativo. Cada uno conserva lo suyo.

VIII. Cuando los dos sistemas discrepan

El problema existe y esconderlo debilitaría la tesis.

La autoridad puede no sancionar y el juez reconocer una consecuencia privada. Eso no implica contradicción. Puede deberse a que la pretensión era distinta, a que la carga probatoria no era la misma, a que el daño quedó probado en una cuerda y en la otra faltaba el presupuesto sancionatorio. Puede ocurrir lo inverso. La autoridad sanciona y el juez niega la indemnización, porque el demandante no probó daño, causalidad o cuantía. Tampoco hay contradicción. Hay dos preguntas distintas con respuestas coherentes.

Existe, sin embargo, un caso más difícil. Ocurre cuando los dos sistemas llegan a conclusiones realmente incompatibles sobre un elemento común: la existencia material de un acuerdo, la posición de dominio o la ocurrencia de una conducta. No lo resuelvo artificialmente. Reconozco la tensión y sostengo una sola regla.

Sostengo que una decisión firme del otro sistema sobre hechos comunes no debería tratarse como un dato irrelevante. Si el juzgador llega a una conclusión diferente sobre un elemento compartido, una adecuada motivación exige explicar las razones de esa divergencia. Lo formulo como tesis propia y no como regla positiva demostrada.

Autonomía no es indiferencia. Los efectos procesales de la divergencia quedan abiertos.

IX. Dos sistemas, dos controles

Dos sistemas distintos suponen dos circuitos institucionales distintos, y también dos maneras distintas de controlarlos.

La actuación de la autoridad de competencia está sometida a los mecanismos administrativos que correspondan y al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

La decisión judicial privada está sometida a los recursos y controles del ordenamiento procesal aplicable.

El laudo está sometido al recurso extraordinario de anulación, en los términos y por las causales legalmente establecidas. Ese recurso no es una apelación y no reabre libremente el mérito de lo decidido. Opera solo por las causales que la ley señala, y quien lo usa para discutir de nuevo el fondo lo está usando mal. De manera excepcional puede proceder la acción de tutela contra laudos, bajo los requisitos estrictos que ha desarrollado la jurisprudencia constitucional.

X. Aplicar no es sancionar

El contrato no expulsa al mercado, y el mercado no borra el contrato. De la misma manera, el sistema privado no sustituye al público ni el público absorbe al privado.

El árbitro no aplica derecho de la competencia porque sea autoridad de competencia. Lo aplica porque es juez del contrato y el contrato está sometido al ordenamiento. Cuando constata un ilícito para resolver una consecuencia privada no está ejerciendo potestad ajena. Está haciendo lo único que puede hacer con la pretensión que se le sometió.

El derecho de la competencia no cambia porque cambie quien lo aplica. Lo que cambia es la función que cumple su aplicación y la consecuencia que puede producir.

Conviene cerrar con una constancia que no proviene de este libro ni de un panel arbitral, sino de la Corte Constitucional. Al declarar exequible la cláusula general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, la Corte explicó que las expresiones procedimientos y sistemas tendientes a limitar la libre competencia no se interpretan acudiendo al diccionario, sino atendiendo al uso que de ellas hacen los sujetos concernidos alrededor del derecho a la libertad de competencia. Y enumeró quiénes son esos sujetos².

"Respecto de las expresiones "procedimientos" y "sistemas" tendientes a limitar libre competencia, en su interpretación no debe apelarse al ingenuo expediente de acudir al diccionario de la Real Academia de la Lengua, como de continuo se hace, sino que se debe atender al uso que de esas expresiones hacen los sujetos concernidos alrededor del derecho a la libertad de competencia, entre otros, el legislador y sus normas; los productores, las empresas y los comerciantes que concurren al mercado, quienes indudablemente diseñan y ejecutan actos, acuerdos, prácticas, procedimientos y sistemas de acción; los consumidores; los jueces, especialmente los de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la Corte Constitucional y los Tribunales de Arbitramento, cuando hay lugar a ellos; y la Superintendencia de Industria y Comercio, (...)." (Subrayado fuera del texto original)

Digo con precisión qué prueba y qué no prueba ese párrafo. No resuelve la arbitrabilidad, porque la Corte no estaba juzgando esa cuestión y no la juzgó. Es dicho de paso. Pero es dicho de paso en la sentencia que declaró exequible la cláusula general del régimen, y allí la Corte no hace una lista de autoridades administrativas sino una lista de quienes interpretan y aplican el derecho de la competencia. En esa lista el tribunal de arbitramento aparece junto al juez y junto a la Superintendencia, y aparece con una salvedad que vale más que su inclusión, porque está allí cuando hay lugar a él.

Esa salvedad es exactamente la tesis de este capítulo. El árbitro no está siempre. Está cuando las partes lo habilitaron. Lo que no depende del

² Corte Constitucional, Sentencia C-032 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos

pacto es la norma que debe aplicar una vez habilitado, porque esa la puso el ordenamiento y no la pusieron ellas. La Corte no le entregó al árbitro una competencia nueva. Reconoció que, cuando el árbitro es el juez del contrato, es también uno de los sujetos que leen el régimen de competencia. Que es distinto de sancionar.

Una norma. Dos sistemas. Autonomía sin aislamiento.

CAPÍTULO 4

El contrato también es mercado

I. Qué es un mercado relevante

Los capítulos anteriores establecieron que las normas de competencia pueden entrar a una controversia contractual y que el juez o el árbitro puede aplicarlas. Falta lo más difícil. Saber si el poder que aparece dentro de una relación contractual es también poder de mercado. Eso no se responde sin saber cuál es el mercado.

El mercado relevante es el espacio económico dentro del cual se analiza el poder de una empresa y los efectos de una conducta. Tiene dos dimensiones clásicas, la de producto, que identifica qué bienes ofrecen alternativas suficientemente próximas desde el punto de vista competitivo, y la geográfica, que identifica el territorio donde las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas.

Definir un mercado no es describir una industria. Es identificar el espacio dentro del cual tiene sentido preguntar quién tiene poder, frente a quién y con qué alternativas reales. Sin esa delimitación la palabra dominio no significa nada. El instrumental económico de esa operación no se desarrolla acá y remito a mi trabajo anterior¹.

II. Un contrato puede conectar varios mercados

Una relación contractual puede conectar niveles distintos de una misma cadena o mercados distintos que dependen entre sí.

Conviene no confundir el vocabulario. Horizontal y vertical describen la posición competitiva de las partes, no mercados. Aguas arriba y aguas abajo describen niveles de una cadena. Primario y secundario describen una dependencia estructural cuando el segundo no existe sin el primero.

¹ Ver www.colegiodederechodelacompetencia.com; www.cedemerc.com; www.mauriciovelandia.com; canal YouTube Mauricio Velandia; o en el libro guía abierto <https://mauriciovelandia.com/docs/pdf/Velandia-poder-mercados-ec.2023.pdf>

Ninguna de esas expresiones es por sí sola una categoría cerrada de mercado relevante, y presentarlas como si lo fueran crea una taxonomía falsa.

Lo que importa es otra cosa. El mercado donde se origina el poder no siempre coincide con aquel donde aparece el efecto. Puede haber poder sobre un insumo, una infraestructura, un suministro, un canal o un derecho indispensable, y afectar con él la capacidad de competir en otro mercado. El poder puede originarse en un mercado y el efecto contractual manifestarse en otro.

III. El contrato como mapa del mercado

El contrato no define por decreto el mercado. Pero puede revelar sus fronteras.

Sostengo tres cosas y en este orden. Primera, el contrato contiene hechos jurídicamente relevantes para delimitar el mercado. Segunda, esos hechos operan como indicios calificados sobre producto, territorio, sustitución, estructura del canal, dependencia y alternativas disponibles. Tercera, el contrato no sustituye el análisis de sustituibilidad cuando ese análisis sea necesario.

Esa información suele estar en el objeto y sus especificaciones técnicas, en el territorio y sus exclusiones, en la exclusividad y su intensidad, en el canal escogido, en las fuentes alternativas de suministro y en la dependencia que la propia arquitectura del negocio produce. Quien lee un contrato con atención reúne buena parte del material con el que después se define el mercado. Lo que no puede es dar por terminada allí la operación.

IV. Tres mercados leídos desde el contrato

Lo anterior no lo deduje de la teoría. Lo aprendí de tres asuntos en los que intervine y que obligaron a mirar el mercado para poder entender el contrato. Los tres se narran completos en el Capítulo 5, con su fuente

y con su alcance. Acá tomo de cada uno solamente lo que este capítulo necesita, que es la manera como el contrato mostró el mercado.



A. Distribución de lácteos

El expediente completo está en el Capítulo 5, apartado I. Lo que interesa acá es el criterio con el que quedó delimitado el mercado. No lo delimité por cuotas ni por pruebas económicas de sustitución, sino por la arquitectura del canal, que era una decisión del propio fabricante y que constaba en el contrato y en su ejecución. El nivel lo dio la segmentación entre la venta al mayoreo y la venta al detalle. El territorio lo dio la exclusividad por zona con prohibición de vender fuera de ella. El contrato no decretó el mercado, pero acá lo mostró.

Conviene registrar también lo que el salvamento no hizo. No construyó una posición de dominio de mercado dentro del espacio que él mismo delimitó, no midió participaciones ni barreras de entrada, y esa construcción no aparece en la fuente. De allí lo que el asunto enseña para este capítulo. Un mismo expediente puede tener mercado relevante delimitado y, a la vez, un poder calificado como contractual. Delimitar no obliga a concluir dominio, y hablar de dominio contractual no exime de delimitar.

B. Suministro de gas en campo aislado

El expediente completo está en el Capítulo 5, apartado II. Acá interesa que el mercado no hubo que construirlo desde afuera, porque los considerandos del propio contrato declaraban que el gas no cumplía las especificaciones de calidad exigidas para entrar a la red nacional de transporte y que el campo no estaba conectado por ducto a esa red. De esas dos declaraciones, suscritas por ambas partes, se sigue un mercado local y cerrado, con la sustitución severamente restringida en las dos puntas, porque el comprador situado en el campo no podía abastecerse fuera de él y ningún vendedor externo podía entrar a vender dentro.

Conviene medir el alcance de esa afirmación. Las características físicas, técnicas y de infraestructura reducían las alternativas de manera severa, y eso es lo que sostengo. No afirmo elasticidad cero, que exigiría evidencia económica que no invoco. Dentro de ese espacio operaban además dos niveles, uno primario en el que solo los productores podían vender y otro secundario en el que negociaban quienes ya contaban con suministro, de modo que el segundo dependía estructuralmente del primero mientras ambos disputaban la misma clientela.

De allí lo que el asunto enseña acá. El poder estaba alojado en el mercado primario y el efecto se produjo en el secundario. El poder puede originarse en un mercado y el efecto contractual manifestarse en otro.

C. Distribución exclusiva de dos empresas de bebidas competidoras

El expediente completo está en el Capítulo 5, apartado V. Acá interesa una fuente de información que suele desaprovecharse. El propio contrato define las categorías, mide las cuotas en unidades convertidas a botellas de 750 centímetros cúbicos, asigna destino territorial exclusivo y excluye determinados canales. Esa unidad coincide con la que el gremio del sector emplea para reportar participaciones por categoría de bebidas, de modo que el documento contractual y la estadística del mercado hablan el mismo lenguaje.

El territorio contractual no es por eso el mercado geográfico relevante, pero es una fuente difícil de superar. La exclusividad dibuja un territorio contractual. El análisis de sustituibilidad determina si ese territorio es también un mercado. Y el poder no estaba en el fabricante ni en la cuota de producción, sino en el eslabón, porque la decisión sobre qué producto entraba a la góndola quedaba concentrada en una sola cabeza.

De allí la advertencia con la que cierro el apartado. La exclusividad no es ilícita por sí sola. Su relevancia competitiva depende de la cobertura, la duración, las alternativas, el cierre que produce, la estructura del mercado, el poder de las partes y el efecto.

V. Poder contractual y poder de mercado

Los tres casos obligan a una distinción que propongo en tres situaciones.

La primera es poder contractual sin poder de mercado. Puede existir asimetría fuerte, dependencia, larga duración e inversión específica sin que nada de eso demuestre por sí solo posición de dominio en un mercado relevante.

La segunda es poder de mercado ejercido mediante el contrato. Una empresa dominante puede usar cláusulas, terminaciones, condiciones de suministro, descuentos o exclusividades como instrumento de ese poder. Es lo que sostuve en el suministro de gas.

La tercera es la coincidencia de ambas, que existe y que no puede presumirse. Un caso puede reunir dependencia contractual, mercado relevante delimitado, posición dominante y ejercicio de ese poder a través del contrato.

El asunto de los lácteos se detiene justo antes de esa tercera casilla, y conviene no disimularlo. Hay mercado delimitado, hay dependencia y hay poder ejercido a través del contrato, pero la calificación del poder se

quedó en el plano contractual porque el dominio dentro de ese mercado no fue construido ni debatido. Esa detención es correcta y muestra que la secuencia puede recorrerse sin forzar el resultado.

El contrato puede crear dependencia sin crear dominio. Y el dominio puede utilizar el contrato como instrumento. La buena fe ayuda a separar los planos, porque detecta el abuso allí donde la facultad existe pero su finalidad real es otra. No decide si ese abuso trascendió al mercado. Esa pregunta se responde mirando el mercado, no mirando la cláusula.

VI. Posición de dominio y posición de dominio conjunta

No se puede hablar seriamente de posición de dominio sin responder antes en qué mercado. La pregunta por el dominio es siempre relativa a un espacio delimitado.

La cuota es un indicio importante y no agota el análisis. Según el caso pueden pesar más las barreras de entrada, las alternativas reales, el acceso a insumos e infraestructura, la dependencia de la contraparte, el control del canal y, sobre todo, la capacidad de actuar con independencia apreciable frente a competidores, clientes y consumidores.

El dominio puede además ser conjunto, cuando dos o más empresas están en condiciones de adoptar una misma línea de acción y de actuar con esa independencia. Sostengo que una estructura duopólica puede dar lugar a una posición de dominio conjunta bajo determinadas condiciones. Debo dejar constancia de que esa posición es un cambio respecto de la que sostuve en 2012, cuando afirmé que los duopolios debían tratarse por la vía del acuerdo y no por la de la posición de dominio conjunta, y debo decir también sobre qué se apoyó el cambio cuando lo llevé a un tribunal. En los alegatos del arbitraje de suministro de gas el argumento fue el de la flexibilidad reconocida por la Corte Constitucional en la sentencia que declaró exequible la cláusula general, de la que se sigue que las conductas de este régimen no tienen que describirse con la minuciosidad exigida en materia penal. Hoy prefiero un fundamento que no dependa de esa

flexibilidad, y lo digo porque el libro entero se impone el límite de no ensanchar el supuesto de hecho. El artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 define la posición de dominio como la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado, y no dice que esa posibilidad deba residir en un solo agente. Reconocer que dos empresas pueden determinar conjuntamente las condiciones de un mercado no ensancha ningún verbo rector ni crea una conducta nueva. Interpreta el sujeto de la norma, que es cosa distinta. La conducta prohibida sigue siendo la misma y sigue leyéndose como está escrita. Lo único que se admite es que el titular del poder pueda ser plural, porque el texto no lo excluyó².

La tesis exige inmediatamente su contrapeso. Una estructura duopólica no constituye automáticamente una posición de dominio conjunta, porque depende de otros elementos que hay que acreditar, entre ellos la elasticidad de la demanda y de la oferta en el mercado relevante. Contar dos oferentes describe la estructura y no prueba el poder, y quien salte de lo primero a lo segundo estará construyendo un supuesto de hecho que la norma no trae. La afirmación importa para este libro por una razón concreta, como lo es la hipótesis en que uno de los integrantes del duopolio mantiene una relación contractual con un tercero. En ese escenario, una conducta que formalmente ocurre dentro de un contrato bilateral puede exigir una mirada más amplia, porque el contratista no necesariamente se enfrenta solo al poder contractual de su contraparte. Puede estar enfrentándose a una estructura de mercado en la que esa contraparte participa de un dominio conjunto con otro agente.

El contrato puede tener dos partes y el poder económico que gravita sobre él más de una. Esa es la idea y conviene sostenerla con disciplina, separando seis cuestiones que la práctica tiende a amontonar. (i) La existencia de una estructura duopólica. (ii) La acreditación de la posición de dominio conjunta. (iii) La conducta atribuible a uno de sus integrantes. (iv) La relación contractual con el tercero. (v) El eventual abuso. (vi) El daño o la consecuencia privada. Cada una exige su propia demostración.

² La posición anterior se sustentó en su momento en la flexibilidad de la tipicidad reconocida en la Sentencia C-032 de 2017.

De allí tres negativas que formulo con la misma firmeza que la tesis. La existencia del contrato no prueba el dominio. El daño sufrido por el contratista no prueba el abuso. Y la presencia de dos empresas en un mercado no significa que actúen de manera coordinada. Con esas cautelas, el punto conecta con la teoría general de este libro, porque una conducta que parece puramente contractual puede revelar una dimensión competitiva cuando se observa la estructura de mercado dentro de la cual el contrato se ejecuta. Los requisitos técnicos del dominio conjunto no se desarrollan acá.

VII. Dónde está alojado el poder

Los tres asuntos me llevaron a una tesis que considero el aporte principal de este capítulo. El poder económico relevante para un contrato no está necesariamente en el fabricante ni en quien tiene la mayor cuota. Puede estar alojado en puntos muy distintos de la estructura económica.

Puede residir en el control del insumo, del suministro, de una infraestructura, de un acceso o de la distribución. Puede residir en el diseño mismo del canal y en la titularidad de la clientela que ese diseño produce, como ocurrió en los lácteos. Puede residir en la dependencia estructural que la arquitectura del negocio genera. Y puede residir en el control contractual cuando este coincide con poder de mercado. Buscarlo siempre en el mismo lugar es la manera más segura de no encontrarlo.

Antes de medir el poder hay que saber dónde buscarlo. El contrato suele mostrar dónde está alojado. El mercado permite saber si ese poder trasciende la relación entre las partes.

En los tres asuntos el instrumento fue el mismo. Una facultad contractual ejercida de determinada manera, como lo son la entrega, la exclusividad, la política del canal o la retención del producto. Ninguna es ilícita. Lo que cambia el análisis es dónde estaba el poder y qué produjo su ejercicio.

De allí el método que propongo. Ante una controversia contractual con posible dimensión competitiva, cinco preguntas y en este orden. (i) Cuál es el contrato. (ii) Cuál es el mercado relevante. (iii) Dónde está alojado el poder. (iv) Cuál es la conducta. (v) Dónde produce sus efectos. Saltarse la segunda produce dos resultados igualmente malos: llamar dominio a una simple asimetría y llamar simple asimetría a un dominio real.

VIII. Cierre

Sin mercado relevante hay contrato. Lo que todavía no sabemos es si hay poder de mercado. O si existe cartel dañino para algunas de las partes impactada por el mismo.

El contrato dice qué podían hacer las partes entre ellas. El mercado permite saber qué podía hacer ese poder más allá de ellas o ese arreglo de no competencia.

CAPÍTULO 5

Cinco laboratorios

El derecho de la competencia dentro de cinco expedientes arbitrales

I. Distribuidor de lácteos

El contrato decía distribución

Un distribuidor de productos lácteos atendió durante cerca de veinte años las zonas de Bosa y Soacha. Sus vendedores salían a la calle con chaqueta azul y el logo del fabricante al lado del suyo. Los vehículos llevaban los logotipos del fabricante, colocados por el fabricante y a su costo. Existía un manual de política de distribuidores con un anexo donde el gerente firmaba que se comprometía a cumplirlo estrictamente. Existía un himno. Todos los meses llegaba una carta con el presupuesto de ventas del mes, los productos foco, los concursos a la fuerza de ventas y una lista numerada de actividades del plan estratégico. Había reuniones semanales en las que se transmitía a los vendedores qué debían decir. El jefe de ventas del fabricante salía una vez por semana a acompañar a los asesores del distribuidor en su ruta y regresaba con un formato de trabajo de campo. Los concursos, los bonos y los viáticos que recibían los vendedores del distribuidor los pagaba el fabricante. El maestro de clientes se entregaba mensualmente al fabricante con nombre, dirección y volumen de compra de cada tendero. El precio de venta al tendero venía en lista y venderlo por encima era causal de terminación.

El contrato firmado se llamaba concesión mercantil para distribución.

La relación terminó por expiración de una de las prórrogas y el distribuidor convocó tribunal. La pretensión 1.1 pedía declarar que lo celebrado y ejecutado fue un contrato de agencia comercial. La Sala Arbitral, por mayoría, la despachó desfavorablemente. Consideró que

faltaban dos elementos, el encargo del fabricante y la actuación por cuenta ajena, y calificó la relación como distribución comercial. La misma Sala, en decisión que compartí, calificó un abuso de la posición de dominio contractual del fabricante frente al distribuidor en momentos previos a la terminación del contrato. Salvé el voto de manera parcial y únicamente en la calificación del contrato.

Empieza aquí lo que me interesa de este expediente para el derecho de la competencia, y no es lo que el lector espera.

El mercado se delimitó. En el salvamento describí el mercado antes de calificar el contrato, porque no se puede leer una relación vertical sin saber dónde ocurre. La descripción quedó así. El fabricante organizó una distribución mixta, atendiendo él directamente ciertos clientes de Bogotá y cediendo otras zonas a distribuidores mayoristas en canal tradicional. Dentro del canal indirecto la intensidad era exclusiva por territorio, con un único distribuidor en la zona y con prohibición de vender fuera de ella. De ahí concluí que el mercado relevante por territorio no podía tomarse como toda Bogotá, sino el área donde tenía impacto la actividad de las dos empresas en conflicto, quedando concretado en el segmento de venta al mayoreo de productos del fabricante en la zona de Bosa y Soacha.

Y sin embargo no declaré dominio de mercado. Ese ejercicio de delimitación no se hizo para concluir que el fabricante tuviera posición dominante en el mercado de lácteos, ni en el de distribución mayorista de lácteos en Bogotá. Se hizo para saber dónde ocurría la relación que estaba calificando. Delimitar un mercado no obliga a concluir dominio, y reconocer poder contractual no autoriza a inventar dominio de mercado. Los efectos sobre la competencia dentro del mercado delimitado no fueron objeto del debate arbitral.

El poder contractual existía. El laudo lo nombró con precisión al referirse a la posición de dominio contractual. Ese poder no provenía de una cuota de mercado sino de la estructura de la relación, con un solo proveedor del que dependía la operación del distribuidor, veinte años de relación,

exclusividad territorial, presupuestos mensuales y condiciones de reventa cuyo desconocimiento podía conducir a la terminación. Era poder jurídicamente relevante, aunque no fuera poder de mercado. A ello se sumaba el destino de la clientela, reportada mes a mes y retornada al fabricante al terminar el vínculo.

De ahí sale la primera enseñanza del capítulo. No todo poder contractual es poder de mercado. El derecho privado tiene herramientas propias para controlar ese poder, y el juez del contrato puede usarlas sin necesidad de convertir artificialmente la controversia en un abuso de posición dominante de mercado.

La ejecución reconstruyó la relación. Mi disenso fue de calificación y se apoyó en una idea que sigo sosteniendo. El artículo 29 del Código Civil manda entender las palabras de una ciencia o arte en el sentido que les dan quienes la profesan, y el artículo 1.317 del Código de Comercio está escrito con vocabulario de marketing y de contabilidad. Promover, en esa ciencia, es comunicar, y comunicar no es vender. Por eso la agencia comercial para promover no exige venta efectiva y no se destruye porque el distribuidor compre para revender, pudiendo coexistir las dos prestaciones en un contrato mixto o coligado, como lo ha admitido la Corte Suprema. El encargo, además, no necesita forma, pues los artículos 2.149 y 2.150 del Código Civil admiten el mandato tácito y la aceptación por actos de ejecución. Y el elemento por cuenta de no se agota en la prueba contable, porque hay hechos económicos identificables y no cuantificables, como el valor o el descrédito de una marca, que no aparecen en el balance y sí existen en la realidad.

Con ese marco, los hechos de ejecución dejaron de ser anécdota. El manual obligatorio, el acompañamiento de las rutas y el maestro de clientes en poder del fabricante mostraban una ejecución que iba más allá de la simple compra para reventa. Todo eso describe a alguien ejecutando la estrategia promocional de otro, con recursos de otro, en beneficio y riesgo reputacional de otro.

Advertí allí un límite que me parece importante, y es que el cuidado legítimo de la marca no puede convertirse en cobija que borre la agencia para promover. El titular tiene derecho a proteger su signo, y el agotamiento del derecho de marca señala hasta dónde llega ese derecho una vez vendido el producto. La propiedad intelectual explica facultades del titular, no inmuniza la forma en que esas facultades se ejercen dentro del contrato.

Un apunte sobre la remuneración. Su ausencia no impedía, en mi lectura, la existencia de la agencia, pues no constituye un elemento esencial, y en una estructura de compra para reventa acompañada de promoción el descuento a pie de factura podía operar como forma de remuneración. La autonomía de la voluntad conservaba, naturalmente, los límites impuestos por el ordenamiento.

Lo que este expediente no decidió. La lista de precios de reventa con terminación como consecuencia es, en el plano del derecho de la competencia, materia del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153. En el arbitraje esa discusión no se planteó y ni el laudo ni mi salvamento la abordaron. La menciono porque muestra que un mismo hecho contractual puede admitir también una lectura competitiva, sin que ello autorice al árbitro a decidir una cuestión que no le fue sometida.

La regla que deja este caso. El contrato puede decir distribución y la ejecución revelar agencia. El poder que nace de esa relación puede ser jurídicamente relevante y producir consecuencias privadas sin constituir poder de mercado. Delimitar el mercado permitió entender dónde ocurría la relación, no obligaba a construir una posición dominante que el expediente no demostraba.

El caso enseña que antes de preguntar por el poder de mercado hay que saber qué contrato existió realmente.

¿Qué ocurre, en cambio, cuando el poder que se ejerce mediante el contrato sí es también poder de mercado?

II. Mercado de gas

Cuando el incumplimiento excluye

La empresa A era al mismo tiempo proveedor de la empresa B y competidor suyo por los mismos compradores. Esa frase, que parece un detalle del negocio, es todo el caso.

En febrero de 2015 las dos empresas firmaron un contrato de suministro de gas con cláusula take or pay y cláusula de reposición. La empresa B pagó gas que no tomó durante el primer período y adquirió el derecho a nominarlo después, como gas de reposición. Ese gas servía para dos cosas: alimentar su propia planta de generación y revender los derechos sobre el gas a usuarios no regulados del mismo campo, por el Punto de Entrega A, hasta 2.000 mmBTU diarios.

La empresa B tenía contratos de gas interrumpible con la empresa C y con la empresa D. La empresa A también les vendía a la empresa C y a la empresa D. Y llegado el momento de la reposición, la empresa A limitó la nominación a 600 mmBTU diarios.

Lo que sigue es lo que sostuvimos como parte, porque este laboratorio no nace de un salvamento sino de un alegato de conclusión. El capítulo de derecho de la competencia estuvo a mi cargo. Nada de lo que viene es hecho probado ni decisión del tribunal. Es tesis de parte, y así debe leerse.

Lo primero fue si el árbitro podía siquiera entrar. La convocada alegó desde el inicio que un tribunal arbitral no podía conocer pretensiones de derecho antimonopolio ni de competencia desleal. Sostuvimos que sí, y por vía de texto. El párrafo del artículo 11 de la Ley 155 de 1959 concede acción de perjuicio por la vía ordinaria a quien resulte dañado por las prácticas prohibidas por esa ley o por actos de competencia desleal, y el artículo 19 declara absolutamente nulos por objeto ilícito los acuerdos y operaciones prohibidos. Daño y nulidad son materia de la justicia privada, no del procedimiento administrativo sancionatorio.

En competencia desleal el título es aún más directo, con el numeral 1 del artículo 20 de la Ley 256 de 1996 y el numeral 3 del artículo 20 del Código General del Proceso. El panel asumió competencia desde el principio.

Aparece aquí la tesis del libro en su forma más nítida. Lo que se pide al árbitro no es ejercer potestad sancionatoria, sino constatar la ilicitud competitiva cuando esa constatación sea presupuesto de las consecuencias privadas sometidas a su decisión. Aplicar no es sancionar.

Conviene ser exacto sobre lo que en este caso se pidió, porque no coincide sin más con esa formulación. Las pretensiones quinta a décima primera solicitaban declaraciones de que la empresa A había actuado de manera discriminatoria, impuesto barreras de entrada y precios excesivos, incurrido en abuso de posición dominante y en actos restrictivos, desviado clientela y obrado contra la buena fe comercial, y solo después venían la nulidad y los perjuicios. Es decir, se pidieron declaraciones y no únicamente la constatación instrumental de la ilicitud. Esa diferencia entre lo que allí se pidió y lo que el libro sostiene como criterio general queda anotada, y el Capítulo 3 la trabaja.

El mercado lo delimitó el propio contrato. No hubo que construirlo desde afuera, porque estaba escrito en los considerandos. En el literal (e) las partes declararon que el gas objeto del contrato no cumple las especificaciones de calidad exigidas para entrar al Sistema Nacional de Transporte, y en el literal (d) que el campo no está conectado a ese sistema. Un gas que no puede salir y un campo que no está conectado describen, por definición regulatoria, un campo aislado, y con eso quedan fijados el mercado producto y el mercado territorio. De ahí se sigue lo que importa, que es la ausencia de elasticidad en las dos puntas, pues ningún comprador instalado en ese campo podía traer gas de otro campo y ningún vendedor de afuera podía entrar a vender allí. El mercado relevante era la venta de gas dentro de ese campo aislado, con la empresa A, el otro productor y la empresa B del lado de la oferta y las empresas C y D y unos pocos más del lado de la demanda.

La empresa A intentó diluir ese mercado en el nacional alegando que la empresa B pudo levantar su planta en otra parte del país. Respondimos que la libertad de escoger dónde participar no puede volverse contra quien la ejerce, porque sería validar la infracción ajena a costa de la falta de previsión de la víctima. Y fue el propio perito de la empresa A quien había acreditado que se trataba de un campo aislado.

En el caso de distribución de lácteos el mercado quedó acotado por una cláusula de exclusividad territorial. En este, por una declaración de calidad del producto. En los dos casos el contrato dijo dónde ocurría el mercado antes de que nadie hablara de dominio.

Después vino el poder, y no era individual. Ninguno de los dos productores llegaba por sí solo a más de la mitad de la producción del campo, de modo que la lectura individual no daba. Pero los dos únicos productores del campo generaban entre ambos la totalidad del gas y estaban vinculados entre sí por relaciones societarias y por un acuerdo de operación conjunta del campo, de modo que ninguno decidía su oferta con independencia del otro. Sobre esos hechos construimos la tesis de posición de dominio conjunta, sosteniendo que la definición del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, al hablar de la posibilidad de determinar directa o indirectamente las condiciones de un mercado, no exige que el poder lo ostente uno solo, y apoyándonos en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en el artículo 9 de la Decisión 608 de la Comunidad Andina, que aluden expresamente a una o más empresas. El otro productor, sin embargo, no era parte del arbitraje, y el problema que plantea sostener un poder conjunto frente a quien no está en la mesa se trabaja en el Capítulo 7.

Y con el poder identificado, la conducta. El numeral 3 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 prohíbe negarse a vender o prestar servicios a una empresa, o discriminar en contra de ella, cuando pueda entenderse como retaliación a su política de precios. En el alegato argumentamos primero la negativa, sosteniendo que no entregar produce en el mercado el mismo resultado que no vender, porque en ambos casos el revendedor queda sin

producto que revender, y que la norma no está limitada a la compraventa sino que alcanza al suministro.

Hoy prefiero la otra vía. En derecho sancionatorio el tipo se lee, no se estira. Y no hacía falta estirarlo, porque el mismo numeral contiene una conducta que describe mejor lo ocurrido, que es discriminar.

La discriminación no necesita diferencia de precio. Suele pensarse que discriminar es cobrar distinto a iguales, y esa es solo una de sus formas. El supuesto legal no exige que la diferencia recaiga sobre el precio, de modo que puede tratarse de una discriminación absoluta, que es cumplir frente a unos compradores y no cumplir frente a otro comparable. Sostuvimos que la empresa A entregaba el gas a la empresa C y D y no se lo entregaba a la empresa B, teniendo capacidad para hacerlo. La objeción previsible es que el comparable debería ser otro revendedor, y la respuesta está en la conducta que se compara, que es el cumplimiento de un contrato de suministro. En esa condición los tres eran iguales, todos compradores con derecho a que se les entregara el gas. Lo que rompía la igualdad era el precio al que la empresa B revendía.

El incumplimiento fue el mecanismo y la barrera el resultado. El contrato de suministro operaba en el mercado primario, donde solo pueden vender los productores. La reventa de la empresa B ocurría en el secundario, donde solo pueden vender quienes tienen derechos sobre el gas. Son mercados conexos y dependientes, porque sin venta primaria no hay excedentes que revender, y sobre todo comparten la misma clientela. Al limitar la entrega en el mercado ascendente, sostuvimos, la empresa A obstruyó la participación de la empresa B en el descendente, que es lo que prohíbe el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. No hizo falta que el duopolio dominara el mercado secundario, porque el poder se ejerció donde se tenía y el efecto se produjo donde se competía. Y la denegación no tiene que ser pura y simple, pues basta la denegación constructiva, que es demorar, degradar o condicionar el suministro.

A eso se sumó el precio. Alegamos que la empresa A condicionó entregar

cantidades superiores al pago de un valor adicional sobre gas ya pagado en el primer período, y lo planteamos como precio inequitativo bajo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. No lo traigo acá como teoría de los precios excesivos, sino porque muestra que la barrera tenía dos formas simultáneas, una de cantidad y otra de precio.

El caso de la empresa C lo muestra sin necesidad de doctrina. Era cliente tradicional de la empresa A y compraba a cuatro dólares por millón de BTU. En 2018 la empresa B entró ofreciendo tres dólares con cincuenta y ganó ese cliente en gas interrumpible, con contrato hasta 2020. Después llegó la limitación a 600 mmBTU diarios, y la empresa B no pudo atender a los dos clientes que tenía. En 2019 la empresa A recuperó a la empresa C, y según sostuvimos lo hizo bajando su precio al nivel que cobraba la empresa B.

La secuencia es el corazón del laboratorio. Un competidor entra. Baja el precio. El proveedor, que también compite, limita el suministro. El competidor no puede abastecer. El cliente vuelve al proveedor. Y desaparece del mercado la presión de precios que había introducido el nuevo oferente. Nada de eso está escrito en ninguna cláusula. Todo ocurrió a través del contrato.

Sobre esos mismos hechos alegamos desviación de clientela, del artículo 8 de la Ley 256 de 1996, y violación del artículo 7 por afectación del funcionamiento concurrencial del mercado y de la buena fe comercial. Esa buena fe no es la contractual. Es la que se debe al mercado y a los competidores.

No todo incumplimiento contractual llega hasta ese punto. Para adquirir dimensión competitiva la afectación debe trascender el daño bilateral y proyectarse sobre el proceso competitivo. En el alegato usamos además la significatividad en los términos del Decreto 4886 de 2011 para mostrar que el problema transcendía la relación entre las dos partes, sosteniendo que la conducta redujo la oferta en un mercado cerrado, duopólico y estrecho, y que el efecto alcanzaba a quienes atienden usuarios finales.

Esa referencia debe distinguirse de una cuestión diferente, que es cuáles son los presupuestos de la acción privada. Lo que no cambia es la idea de fondo. Sin una afectación competitiva relevante, lo que queda es un incumplimiento contractual y nada más.

Hubo también una pretensión de nulidad de las estipulaciones que limitaron la reventa por encima de 2.000 mmBTU diarios, pedida como consecuencia de las declaraciones anteriores. Ese hilo, el de la validez del negocio que produce la restricción, quedó planteado en el expediente y no fue resuelto allí.

La regla que deja este caso. Un incumplimiento contractual puede ser el mecanismo de una exclusión competitiva. El caso permitió sostener una proposición más amplia, y es que cuando el proveedor es también competidor de su comprador, dejar de entregar puede no ser solamente incumplir, sino el mecanismo para retirar del mercado a quien estaba introduciendo presión competitiva. El contrato no expulsa al mercado y el mercado no borra el contrato.

En este caso el problema competitivo estaba en la conducta ejecutada a través del contrato. ¿Qué ocurre cuando el límite no nace de la conducta de una parte, sino del ordenamiento que gobierna el contrato y al propio árbitro?

III. Cargos de Interconexión

La tarifa no era solo un precio

Dos operadores de telecomunicaciones interconectan sus redes y uno le cobra al otro por el uso de la suya. Ese cobro se llama cargo de acceso, nace de un contrato y tiene una cifra. Pero la cifra no la ponían enteramente las partes, porque el Estado había intervenido dos veces sobre ella, primero con una ley que ordenó fijar la tarifa de interconexión con base en costos más una utilidad razonable, y después con resoluciones que establecieron un tope. La controversia era de dinero. Antes de llegar al

dinero aparecieron dos preguntas que el expediente no dejó esquivar: quién podía decidir y con qué norma debía decidirse.

El 21 de octubre de 2014 salvé el voto, apartándome de la totalidad de lo decidido. Consta en el propio salvamento que lo escribí con base en las discusiones sostenidas en la Sala.

Primero, quién podía decidir. El tribunal solicitó interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y lo hizo por orden expresa del Consejo de Estado. Fue una decisión del propio tribunal arbitral pedir que hablara el derecho comunitario. El derecho comunitario habló, y lo que dijo fue incómodo para quien lo había consultado. Sostuvo (i) que el tribunal de arbitramento no era competente para conocer del asunto, (ii) que la autoridad competente en conflictos de interconexión era la Comisión de Regulación de Comunicaciones, (iii) que la normatividad andina se aplica incluso entre operadores situados dentro de un mismo país miembro y (iv) que las tarifas de interconexión deben responder a costos más una utilidad razonable, amparando así el derecho de la competencia e impidiendo abusos por vía regulatoria.

Ese último punto conviene retenerlo, porque desde ese momento el problema de tarifa ya no era solo contractual ni solo regulatorio. Venía marcado por la competencia desde la respuesta comunitaria.

La Sala no siguió la interpretación prejudicial. Conservó su competencia y falló el fondo del asunto. De esa decisión me aparté, y esa es la primera razón de mi salvamento.

Mi posición fue la contraria y no era cómoda. Dudé, y lo dejé escrito, de que la CRC tuviera facultades jurisdiccionales, porque el artículo 116 de la Constitución exige que sea la ley la que las atribuya y no encontré esa ley. Pero una cosa es discrepar de la respuesta y otra ignorarla. La interpretación prejudicial vincula al juez nacional que la solicitó, de modo que no le quedaba al tribunal más que obedecer y remitir el expediente a la CRC para que fuera ella quien evaluara lo de su competencia. La

tensión entre el derecho al juez natural y los compromisos comunitarios ni siquiera había madurado, pues el vicio solo nacería si la CRC se declaraba competente sin serlo, y para eso los interesados tendrían sus acciones. No seguir lo decidido, equivocado o no, sería tanto como permitir que el inferior desobedezca al superior cuando cree que se equivocó, y no hay norma colombiana que respalde esa tesis. Son los costos de la integración comunitaria, previsibles y asumidos por Colombia cuando decidió ser parte de ella.

Ahí está la paradoja del expediente. El tribunal pidió que hablara el derecho comunitario y, cuando el derecho comunitario habló en contra de su propia competencia, no lo acató. El árbitro no puede invocar el ordenamiento solamente cuando el ordenamiento le da la razón.

Segundo, con qué norma debía decidirse. Habiendo decidido la mayoría entrar al fondo, quedaba la segunda pregunta. El artículo 14 de la Ley 555 de 2000 ordenó que la interconexión asegurara trato no discriminatorio, transparencia, precios basados en costos más una utilidad razonable y promoción de la libre y leal competencia. La Resolución 463 de 2001 de la CRC, expedida invocando entre otras esa misma ley, fijó topes de tarifa. Son dos normas vigentes de distinto rango, y la resolución no podía leerse aisladamente de la ley que le daba fundamento. Al intérprete le corresponde hacerlas vivir a las dos.

Tercero, cómo debía determinarse la tarifa. La mayoría de la Sala leyó el tope como si fuera un precio único, de modo que quien se acogiera al esquema podía cobrarlo sin más. Mi lectura fue otra. El tope es un límite superior y no una autorización, y su aplicación queda atada al criterio de ponderación de la norma superior, de manera que un operador puede pretender la tarifa máxima solo si esa tarifa encuadra, en su caso, dentro de la fórmula legal. El tope opera como disciplina y como incentivo de eficiencia, en el sentido de que el ineficiente no puede trasladar el costo de su ineficiencia al mercado, y no como autorización para convertir el máximo regulatorio en una utilidad desconectada de los costos. Tarifa máxima no significa precio contractual automático.

El contrato entra entonces en el análisis. La fórmula tarifaria integra el orden público económico, porque protege un interés que no pertenece a las partes, que es el excedente del consumidor. Y conforme al artículo 16 del Código Civil la autonomía dispositiva tiene por límite el orden público, de modo que lo imperativo que las partes no escribieron gobierna igual el contrato como contenido secundario. Un contrato de interconexión puede fijar su tarifa, pero no puede disponer del criterio con el que la ley ordenó fijarla. El árbitro que interpreta ese contrato tampoco puede aplicar media regulación.

Conviene precisar qué no dije, porque en un salvamento la precisión vale más que el énfasis. No afirmé que la convocante hubiera cobrado tarifas excesivas, ni que no fuera acreedora de sumas de dinero, ni que fuera legal un cargo por debajo de costos. Mi reproche fue de método y de prueba. La decisión aplicó el tope prescindiendo del criterio de ponderación, y en el expediente no obraba prueba de que la tarifa pretendida encuadrara dentro de la fórmula de costos más utilidad razonable. Acreditarlo es carga de quien la pretende y verificarlo es deber de quien falla.

Y por eso el salvamento terminó mirando hacia afuera. Invité y recomendé que la Superintendencia de Industria y Comercio investigara si algunas de las tarifas cobradas entre operadores por cargos de interconexión habían defraudado el excedente del consumidor, aun mediando acuerdo contractual entre las partes. Esa invitación dice bien dónde está la frontera. El árbitro interpreta el contrato con toda la regulación a la vista y produce consecuencias privadas. La autoridad investiga y sanciona. Ninguno de los dos hace el trabajo del otro.

El orden público operó dos veces sobre el mismo arbitraje. Una vez sobre el árbitro, cuando una regla superior determinó quién podía decidir. Otra vez sobre el contrato, cuando una norma imperativa determinó dentro de qué parámetros podían pactar las partes. Por eso este expediente no es simplemente un caso de tarifas, sino un caso sobre los límites del arbitraje frente al orden público económico, límites que aparecen en las dos direcciones y que no dependen de la voluntad de nadie.

La regla que deja este caso. En mercados regulados el contrato no puede aislarse ni de la regulación ni del derecho de la competencia. El ordenamiento puede limitar tanto la competencia del árbitro como la autonomía de las partes. La tarifa pactada no es solamente un precio, está sometida al orden público económico, y leer el tope sin la fórmula que lo sostiene es aplicar solo una parte de la norma.

El caso del mercado de gas mostró un poder de mercado ejercido a través del contrato. Acá el límite no lo pone la relación sino el ordenamiento, y lo pone aunque las dos partes estén de acuerdo.

¿Qué ocurre, entonces, cuando el problema de competencia no está en lo que el contrato dice ni en lo que la regulación manda, sino en el efecto que produce la decisión del propio tribunal?

IV. Mercado de minerales

Cuando el laudo modifica la estructura

Dos productores de minerales que competían entre sí decidieron dejar de hacerlo. En febrero de 2018 firmaron un acuerdo de accionistas, crearon una sociedad nueva y concentraron allí su operación, cada uno con la mitad de las acciones. La operación se informó a la Superintendencia de Industria y Comercio bajo el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, se tramitó como integración empresarial bajo la figura de empresa nueva y fue autorizada. En el estudio que la autoridad emitió quedó escrito que las intervinientes dejarían de actuar como agentes económicos individuales en el mercado de ese mineral y pasarían a participar de manera conjunta a través de la nueva sociedad, sujeta a control conjunto de las dos. El acuerdo incluía además una cláusula de no competencia, por la cual mientras tuvieran participación solo actuarían en ese mercado a través de la sociedad común.

Cinco años después llegaron a un tribunal arbitral. El pleito era societario y de dinero. Uno de los socios había hecho anticipos para futuras

capitalizaciones por más de treinta y un mil millones de pesos y pedía que se capitalizaran. El otro no hacía concurrir a sus miembros de junta directiva, con lo cual las decisiones de capital no se aprobaban.

El laudo del 10 de julio de 2023 le dio la razón al convocante. Declaró el incumplimiento del acuerdo de accionistas, declaró una situación de bloqueo, ordenó capitalizar el anticipo y, como consecuencia, declaró que la participación quedaba en 81,21% y 18,79%, ordenando inscribir el cambio en el libro de accionistas y en el registro mercantil. Y como la participación del socio minoritario quedaba por debajo del veinticinco por ciento, declaró terminado el acuerdo de accionistas. El tribunal estaba resolviendo un problema societario y contractual. No estaba decidiendo una operación de concentración.

Hasta ahí todo es derecho societario y contractual. Firmé el laudo. No salvé el voto. Aclaré.

Lo que aclaré no fue un desacuerdo, sino una consecuencia. Ninguna de las partes pidió al tribunal que se pronunciara sobre integraciones empresariales, y el tribunal no lo hizo. Pero la decisión producía un efecto que ninguna de las dos había puesto en las pretensiones. Lo que se informó a la autoridad en 2018 fue una empresa común con paridad accionaria y control conjunto de dos antiguos competidores. Lo que quedó después del laudo fue esa misma empresa común, con la misma actividad, bajo el control de uno solo de ellos.

Conviene decirlo con precisión, porque es fácil exagerarlo. No hubo aumento de participación de mercado de la sociedad común. Lo que cambió fue quién la controla. Y no todo cambio accionario interesa al derecho de la competencia, pues una cosa es la modificación de la participación societaria y otra su relevancia para el control competitivo. El derecho de la competencia no observa solamente cuánto mercado tiene una empresa. También observa quién puede determinar su comportamiento competitivo. En este caso la paridad, que no reportaba control en el certificado de existencia de la sociedad, era justamente lo

que hacía relevante su desaparición.

El laudo no decidió una integración. Pero podía producirla como efecto. Y producirla significa una cosa concreta y no más, que es dejar una modificación de control competitivamente relevante cuya calificación bajo el régimen de integraciones corresponde a la autoridad y no al tribunal.

De ahí la pregunta que me interesa. Si un árbitro advierte que su decisión puede alterar la estructura de control de una empresa común autorizada por la autoridad de competencia, ¿qué debe hacer?

Lo que no debe hacer está claro. No debe autorizar la operación resultante, ni objetarla, ni condicionarla. Y tampoco debe abstenerse de fallar por temor a producir un efecto estructural. El árbitro resuelve la controversia que le fue sometida. La autoridad califica y controla la eventual modificación estructural que resulte, si jurídicamente corresponde. Son dos funciones distintas y ninguna sustituye a la otra.

Por eso la aclaración no se dirigió a la autoridad. Se dirigió a la parte. Invité a la convocante a que, no obstante el alcance de cosa juzgada del laudo, analizara si la decisión debía ser informada a la Superintendencia, para que esa entidad conociera que por decisión de la justicia se eliminó la paridad anteriormente avisada y que en adelante el control de la actividad de mercado de la sociedad común quedaba en una sola cabeza.

La diferencia con el salvamento de interconexión no es de tono sino de estructura. Allá había una conducta potencialmente relevante y la invitación a investigar se dirigió a la autoridad. Acá no hay conducta de una parte que reprochar, porque el efecto surge de la decisión judicial, y la cuestión es si la parte debe informar. Una cosa es investigar una conducta y otra controlar una modificación estructural. El árbitro no sustituye a la autoridad en ninguno de los dos escenarios.

Antes de todo eso hubo un punto previo, que dejé escrito en el mismo

documento porque atraviesa el libro entero. Sostuve allí que un tribunal arbitral es competente para conocer y pronunciarse sobre asuntos de derecho de la competencia que tengan como fuente el cumplimiento o el incumplimiento de un contrato con cláusula arbitral, cuando exista pretensión declarativa o de daños privados, igual que lo es un juez civil y sin esperar a que la Superintendencia lo decida. Como expliqué en el Capítulo 3, hoy preciso esa proposición distinguiendo la declaración autónoma de una infracción de la constatación de la ilicitud competitiva como presupuesto de una consecuencia privada.

Añadí allí algo que suele pasarse por alto. Que el daño ya esté económicamente comprendido dentro de la indemnización por incumplimiento no hace desaparecer la cuestión competitiva, y el juzgador debe resolverla si es necesaria para decidir.

Conviene distinguir lo que es distinto. Una pretensión de daño por una práctica restrictiva es un escenario. Una modificación estructural es otro. En el primero el árbitro decide. En el segundo el árbitro no decide sobre la concentración, sino que resuelve la controversia, y su fallo puede producir una modificación de control competitivamente relevante cuya calificación corresponde a la autoridad.

A veces el árbitro aplica derecho de la competencia sin llamarlo derecho de la competencia. Eso hizo la mayoría en este mismo laudo. Al rechazar el argumento del socio minoritario según el cual se le estaba impidiendo competir, el tribunal razonó que las dos empresas habían pasado por un trámite de integración autorizado, que una concentración horizontal significa que dos competidores del mismo eslabón dejan de competir para actuar como un solo operador económico, y que por eso resultaba ajeno a la realidad afirmar que una impedía a la otra competir cuando fueron ellas las que decidieron concentrarse. Un argumento societario se resolvió con la lógica del régimen de integraciones.

La regla que deja este caso de minerales. Una decisión arbitral sobre derechos societarios puede producir, como consecuencia, una

modificación del control competitivamente relevante de una empresa común. El árbitro no decide la integración y no puede decidirla. Pero puede advertir el efecto, y advertirlo es distinto de arrogarse competencia para calificarlo. Lo que fue informado a la autoridad en un momento puede dejar de describir la estructura resultante después del laudo.

El caso de lácteos, el de gas y el de la interconexión mostraron el problema competitivo dentro del contrato. En este apareció fuera de él, en el efecto de la decisión. ¿Y qué ocurre cuando ninguno de los contratos, mirado por separado, tiene nada de particular, pero los dos juntos forman una estructura de mercado distinta?

V. Caso de bebidas. Una integración que se aloja en un canal de distribución

Las marcas A y B son aquellas con las que la empresa C concurre al mercado de Bogotá y de un departamento. La empresa D concurre al mismo mercado con las marcas E, F y G. Son productos competidores, en las mismas categorías y frente al mismo consumidor.

Un mismo distribuidor las llevaba a la calle. La empresa H mantenía de manera simultánea relaciones de distribución exclusiva o única de productos de ambas empresas de bebidas en Bogotá y Cundinamarca. La relación con la empresa C venía del contrato de distribución y de un otro sí.

La coexistencia no fue clandestina, y conviene decirlo antes de cualquier reproche. El otrosí admitió expresamente la excepción correspondiente a los contratos con las otras empresas, y al mismo tiempo dispuso mecanismos dirigidos a mantener separada la comercialización, entre ellos la obligación de tener a disposición un equipo de preventa independiente para la atención de las ventas de los productos de la empresa C. El contrato no ignoró el problema. Lo administró por la vía de la separación operativa.

El peso económico de la relación aparece en dos cifras. La cláusula séptima fijó una cuota mínima anual de compra de once millones quinientas mil unidades convertidas a botellas de 750 mililitros para el primer periodo contractual, con incremento del dos punto cinco por ciento anual desde 2023. Y el distribuidor era el comprador del noventa y cuatro por ciento de las botellas que la empresa C fabricaba.

Dos fabricantes que seguían siendo jurídicamente independientes. Una parte sustancial de su acceso al mercado reunida en un mismo distribuidor. De esa imagen sale todo lo demás.

El consumidor no compra en la fábrica. Compra en la tienda, en el supermercado, en el bar, y allí la botella no compite con una hoja de balance sino con la botella que está al lado. Quien decide cuál llega, en qué cantidad, con qué visibilidad y con qué impulso es el distribuidor. Esa es, en sentido estricto, una decisión de mercado.

Dos contratos verticales, vistos por separado, parecen relaciones ordinarias de distribución. Cada uno tiene su fabricante, su territorio, su cuota, su exclusividad. Observados en conjunto pueden revelar algo distinto. El mercado obliga a mirar juntos contratos que el derecho contractual presenta separados.

La tesis no debe caricaturizarse. Un supermercado vende marcas competidoras todos los días y nadie ve allí una concentración. La diferencia está en los elementos que en este caso concurrían: la exclusividad, la unicidad, el mismo territorio y dos fabricantes competidores llegando por un mismo agente. Si el distribuidor es el único a quien se le puede comprar para revender en la zona, la elección desaparece aguas abajo aunque siga existiendo aguas arriba.

Sostuve ante el tribunal que en este caso la competencia intermarca sobrevive en la fábrica y desaparece en el canal, y que el canal puede ser un lugar de concentración de mercado y no solo un lugar de tránsito.

La norma invocada fue el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, y dentro de él una expresión que se lee con frecuencia y se aplica con poca atención.

“(...) para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada”.

Cuatro verbos, no uno. Sostuvimos que adquirir el control no agota la disposición y que la consolidación y la integración son supuestos con contenido propio, que el legislador no puso allí de adorno.

Los hechos que juegan en contra hay que decirlos primero. El distribuidor no adquirió acciones de las empresas fabricantes, las fabricantes no se fusionaron y no hubo órganos comunes ni participación cruzada. No había, entonces, una integración societaria convencional. Lo que sí había era un agente que reunía la distribución exclusiva o única de marcas competidoras en un mismo territorio y que era el único que podía comprarlas para revenderlas allí. La empresa D, cuyo contrato integra la estructura que se cuestiona, tampoco era parte del arbitraje, y el Capítulo 7 se ocupa de ese límite.

Mi tesis fue que la relevancia competitiva de una operación no se mide leyendo el organigrama societario sino contando las puertas de acceso al mercado.

Lo digo como tesis y no como doctrina asentada. La lectura amplia de los cuatro verbos no es pacífica, y el deber de informar depende además de que se verifiquen los supuestos de ingresos o de participación previstos en la norma, cuestión que es de prueba y no de retórica.

Nada de esto fue una observación lateral de abogado ni una reflexión posterior mientras escribía este libro. Fue objeto de pretensiones.

Una de las pretensiones principales pidió declarar que el distribuidor incumplió el contrato, en particular el párrafo tercero de su cláusula

tercera, y los deberes derivados del régimen de integraciones, porque no dio aviso ni obtuvo los permisos legales necesarios para ejecutar la concentración en un solo agente económico de la distribución exclusiva de productos de dos empresas competidoras en el mercado relevante segmentado.

Otra pretensión pidió declarar que el distribuidor utilizó esa concentración no avisada para causar daño a la empresa C. La novena formuló la indemnización como consecuencia de la prosperidad de las declarativas anteriores.

No se le pidió al árbitro que impusiera la multa por no informar la integración. Se le pidió que examinara la relevancia jurídica de esa integración y de su falta de aviso como presupuesto de un incumplimiento y de un daño privado.

Private enforcement no es acá una etiqueta traída de la literatura extranjera. Es un expediente con radicación.

El contrato obligaba al distribuidor a obtener los permisos y a cumplir los requisitos legales y procedimentales relacionados con la operación comercial que desarrollaría. La cláusula no creó el deber. Ese deber existía por ley y habría gobernado la operación aunque el contrato hubiera guardado silencio. Lo que la cláusula hizo fue asignarlo entre las partes, decidir cuál de las dos cargaba con él, y esa asignación sí es materia contractual y por serlo entra sin dificultad en el pacto arbitral.

El contrato no incorpora el derecho de la competencia porque las partes lo escriban. Lo incorpora porque el ordenamiento lo impone.

Una misma conducta puede ser examinada en dos sistemas distintos, con preguntas y consecuencias distintas. En el sistema público la Superintendencia determina si existía una operación sometida a información o a control previo, adelanta la investigación que corresponda y decide sobre la autorización, la objeción, los condicionamientos y la

sanción. En el sistema privado el tribunal arbitral resuelve las consecuencias civiles que le fueron sometidas: el incumplimiento, el daño, la causalidad y la reparación.

El árbitro no ejerce el control administrativo de la integración, pero puede tener que examinar su relevancia competitiva cuando de ella dependa la consecuencia privada que le fue pedida.

El árbitro no autoriza la operación, no la objeta, no le impone condicionamientos y no sanciona su falta de aviso. Tampoco queda inhabilitado para mirarla. Confundir esas dos preguntas es lo que todavía produce el rechazo instintivo frente a un árbitro hablando de integraciones.

La estructura, por sí sola, no produce daño. Un distribuidor puede reunir dos marcas competidoras y venderlas con el mismo empeño. La segunda parte de la tesis fáctica de la reconvención consistió en afirmar que eso no ocurrió, y que el distribuidor utilizó la posición derivada de manejar simultáneamente productos competidores para favorecer los del otro competidor y perjudicar a la empresa C.

Quien controla el canal de dos marcas competidoras puede decidir cuál impulsa, cuál abastece, cuál exhibe y cuál deja perder participación. Esa capacidad nace de la estructura. Que se haya ejercido, y con qué efecto, es cuestión de prueba.

Ese fenómeno merece un tratamiento conceptual y no meramente adjetivo, porque describe un mecanismo y no una queja. Lo llamo marchitamiento de marca y lo entiendo como el debilitamiento progresivo de un producto en el mercado, producido no por su calidad ni por su precio ni por la preferencia del consumidor, sino por decisiones de quien controla su acceso al canal. La marca no es derrotada, es dejada de impulsar. Y la diferencia importa, porque el resultado observable es el mismo en los dos casos, la caída de la participación, mientras que la causa jurídica es opuesta. En un caso el mercado funcionó y una marca perdió. En el otro

el mercado no llegó a operar, porque quien debía llevar el producto al punto de venta decidió no llevarlo.

El marchitamiento es, entonces, un daño de canal antes que un daño de producto, y de allí se sigue dónde está su prueba. No está en las preferencias del consumidor sino en las decisiones de inventario, de abastecimiento, de exhibición y de esfuerzo comercial de quien tenía la exclusividad de las dos marcas. Esa es también la razón por la cual la conducta puede alojarse íntegramente dentro de la ejecución de un contrato de distribución y no aparecer en ninguna de sus cláusulas.

La omisión del aviso abre además una pregunta que este caso deja planteada y que no encuentro resuelta. Si una operación estaba sometida al régimen de integraciones y no fue informada, la autoridad nunca tuvo la ocasión de examinarla, y con ello se perdió la posibilidad de que se autorizara, se objetara o se condicionara. Llamo a eso pérdida de oportunidad regulatoria, y digo con claridad que es una construcción que propongo y no doctrina recibida.

No afirmo que constituya por sí sola un daño indemnizable, porque para ello habría que demostrar que la autoridad probablemente habría intervenido y que esa intervención habría evitado el perjuicio, lo que es carga exigente y no siempre satisfecha. Sostengo algo más modesto y suficiente. Que la falta de aviso no es un incumplimiento meramente formal, porque suprime un control diseñado para operar antes de que la estructura exista, y que un tribunal puede valorar esa supresión al examinar la conducta de quien estaba obligado a informar.

Dos contratos verticales que aisladamente parecen relaciones ordinarias de distribución pueden, observados en conjunto, producir una estructura horizontalmente relevante. Cuando los productos de fabricantes competidores llegan al mercado a través de una misma distribución exclusiva, el canal deja de ser únicamente un instrumento de ejecución contractual y puede convertirse en parte de la estructura competitiva.

Si además se sostiene que esa estructura estaba sometida al régimen de integraciones y no fue informada, el incumplimiento de la norma de competencia adquiere relevancia privada en el momento en que se invoca como presupuesto de un daño cuya reparación se pide al árbitro.

Nada de ello convierte al árbitro en autoridad de competencia. Lo que hace es devolverle al contrato las consecuencias de una norma que siempre estuvo dentro de él.

CAPÍTULO 6

Comportamiento significativo y comportamiento concurrencial

El punto en que la conducta sale del contrato y entra al mercado

I. No todo incumplimiento es competencia

Un proveedor incumple una obligación. Eso no basta para hablar de derecho de la competencia. Un fabricante termina un contrato. Tampoco. Un distribuidor favorece un producto sobre otro. Todavía no sabemos. Para que el comportamiento contractual adquiera relevancia competitiva hace falta algo más.

Y ese algo más no es idéntico en los dos regímenes. En competencia desleal la ley exige que el comportamiento sea concurrencial. En prácticas restrictivas propongo una exigencia distinta, que llamo comportamiento significativo. Son dos filtros y conviene no mezclarlos.

El capítulo responde entonces una sola pregunta. ¿Cuándo deja la conducta de ser solamente contractual y se vuelve competitivamente relevante?

II. El comportamiento concurrencial

La Ley 256 de 1996 no se aplica a cualquier conflicto entre empresarios. Su ámbito objetivo exige que los comportamientos se realicen en el mercado y con fines concursenciales, y presume esa finalidad cuando el acto, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo ejecuta o de un tercero.

De ahí se sigue algo que en la práctica se olvida. No basta que exista un contrato, ni que haya incumplimiento, ni que haya mala fe, ni que haya

daño, ni que las partes sean empresarios. Todo eso puede estar presente y el asunto seguir siendo contractual. Lo que la ley pide es que la conducta se proyecte sobre el mercado con esa aptitud.

III. Autogermaco: el contrato no basta

El caso es claro y por eso lo uso. Un concesionario de automóviles de Medellín había mantenido durante años una concesión con el representante de la marca en Colombia. El concedente terminó unilateralmente el contrato. El concesionario demandó por competencia desleal, sosteniendo que la terminación buscaba sacarlo del mercado y quedarse con su clientela, e invocando desorganización, desviación de clientela y explotación de la reputación ajena.

El Tribunal absolvió por falta de fin concurrencial y la Corte Suprema, en sentencia SC575-2022 del 4 de abril de 2022, no casó. El criterio que dejó es doble y las dos mitades importan. La terminación de una concesión que excluye al concesionario del mercado sí puede tener fin concurrencial, porque nada impide que el concedente quiera asumir directamente el mercado conquistado por aquel. Pero son las circunstancias que rodean esa decisión las que muestran si existió ese ánimo o si medió una razón justificada. En el caso concreto la prueba mostró requerimientos previos por fallas en el servicio y quejas de clientes, y con eso la conducta se quedó donde había nacido, que es el contrato.

La enseñanza es la que buscaba. La Ley 256 puede aplicarse a una relación contractual, incluida su terminación. Pero no se aplica por el hecho de que la relación sea contractual y haya terminado mal.

IV. La buena fe no basta

Acá hay un riesgo que conviene nombrar, porque este libro sostiene que el ilícito competitivo puede estar en el comportamiento contractual y esa tesis no puede quedar sin límite.

Los dos regímenes usan la buena fe, y no la usan igual. La buena fe contractual mide la conducta frente a la contraparte. La buena fe comercial de la competencia desleal mide la conducta frente al mercado y frente a los competidores. Coinciden a veces y no siempre. La mala fe puede nacer dentro del contrato, pero para ser desleal tiene que salir al terreno concurrencial.

V. El comportamiento significativo

Paso ahora a las prácticas restrictivas, y advierto que lo que sigue es una construcción mía. En este libro uso la expresión comportamiento significativo como categoría analítica, no como categoría legal, y no se la atribuyo a la ley, a la Corte ni a la autoridad.

Entiendo por comportamiento significativo aquel que produce, o tiene aptitud real para producir, un efecto sobre el mercado. La pregunta que propongo no es cuán grave fue el incumplimiento, sino si la conducta tuvo capacidad para alterar materialmente las posibilidades de competir de uno o varios agentes.

Y significativo no quiere decir grande. No es empresa grande, ni cuota alta, ni cifra elevada, ni conducta masiva. Una conducta pequeña puede ser significativa en un mercado cerrado, y una conducta cuantiosa puede no serlo en un mercado con sustitución inmediata y entrada fácil. El tamaño describe la conducta. La significatividad describe lo que la conducta puede hacerle al mercado.

VI. Elasticidad, sustitutos y barreras: la capacidad de escapar

La intuición económica que propongo es sencilla. La elasticidad es capacidad de escape. Mientras el afectado pueda sustituir proveedor, producto, canal o tecnología, el mercado disciplina la conducta y el problema se resuelve solo. Cuando esa posibilidad desaparece, la decisión de una contraparte adquiere una capacidad que ya no es simplemente contractual. El poder comienza donde termina la posibilidad real de sustituir.

Para bajar eso a tierra propongo mirar cinco cosas, sin convertirlas en una fórmula. Primero, la elasticidad de la demanda, es decir si el afectado puede sustituir el insumo, el proveedor o el canal de manera inmediata y a costo razonable. Segundo, la elasticidad de la oferta, es decir si otros pueden aumentar el suministro o entrar a reemplazar lo que fue restringido. Tercero, la existencia de sustitutos reales, y no de sustitutos jurídicamente posibles pero económicamente inutilizables. Cuarto, las barreras, de entrada, de expansión, de cambio de proveedor, de acceso a infraestructura o a la distribución, incluidas las de costos hundidos. Y quinto, la dependencia que la propia relación haya creado, que no debe confundirse con posición dominante, porque acá es un dato para medir capacidad de escape y no una calificación de poder.

A eso puede sumarse la duración y la cobertura de la conducta, porque no es lo mismo un episodio aislado que una restricción persistente sobre una porción relevante del acceso al mercado.

Conviene distinguir esto del mercado relevante, que el Capítulo 4 ya trabajó. El mercado relevante identifica el espacio competitivo. La significatividad pregunta si la conducta tiene capacidad para alterar materialmente las posibilidades de competir dentro de ese espacio. Lo primero delimita. Lo segundo mide.

VII. Del contrato al mercado

El caso del mercado de lácteos sirve como contraejemplo. Allí delimité un mercado para entender la relación y reconocí poder contractual, y aun así no había posición de dominio de mercado. Delimitar un mercado no equivale a encontrar un comportamiento significativo.

El caso del mercado de gas es el ejemplo positivo. La secuencia ya se contó y no la repito. Un competidor entra y baja el precio, depende del suministro de quien también compite por esos clientes, el suministro se limita, no puede atender lo que había comprometido y el cliente regresa al proveedor. Lo que allí sostuve como parte no fue que hubiera

incumplimiento, porque eso solo prueba el contrato. Fue que en ese campo aislado no había elasticidad en ninguna de las dos puntas, que no existían sustitutos ni entrada posible, y que por eso la limitación del suministro tenía capacidad para alterar la estructura competitiva efectiva. Ahí está el salto del incumplimiento contractual al comportamiento con efecto en el mercado.

El caso de las bebidas muestra lo mismo desde otro ángulo. Concentrar la distribución de dos marcas competidoras en un mismo canal exclusivo puede ser significativo justamente porque sustituir el canal no es inmediato. La exclusividad, el territorio y la dependencia reducen la elasticidad, y esa reducción es lo que hace que dos contratos ordinarios merezcan una segunda mirada.

VIII. El riesgo también cuenta

No creo que deba exigirse siempre un daño consumado. Un comportamiento puede ser significativo cuando produce un efecto o cuando pone realmente en riesgo el proceso competitivo. Pero riesgo no es posibilidad abstracta, sino aptitud objetiva, y por eso la ausencia de sustitutos, las barreras y la falta de elasticidad importan incluso antes de que pueda medirse una exclusión.

La legislación ofrece apoyo para esa lectura, en cuanto describe conductas por su objeto o por su efecto y alcanza prácticas tendientes a limitar la libre competencia. Lo formulo como criterio de análisis y no como transcripción de la norma.

IX. Dos filtros distintos

Puede existir comportamiento concurrencial sin comportamiento significativo, y puede existir una conducta significativa para el mercado que no necesite ser calificada como acto desleal. Los dos filtros responden preguntas distintas y se aplican por separado.

Régimen	Filtro	Pregunta
Contractual	Incumplimiento y buena fe	¿Qué prometieron y cómo actuaron?
Competencia desleal	Comportamiento concurrencial	¿La conducta se realizó en el mercado y con fines concurrenciales en los términos de la ley?
Prácticas restrictivas	Comportamiento significativo	¿La conducta produjo o tuvo aptitud real para producir un efecto competitivo, dadas las alternativas disponibles?

X. La regla que deja el capítulo

El contrato explica dónde nació la conducta. No determina por sí solo su naturaleza. En competencia desleal la pregunta es si el comportamiento fue concurrencial, y Autogermaco muestra que la terminación de un contrato puede serlo o no serlo según las circunstancias que la rodean. En prácticas restrictivas propongo una pregunta adicional, que es si el comportamiento fue significativo, esto es, si dadas las condiciones reales de sustitución, elasticidad y barreras produjo o tuvo capacidad para producir un efecto sobre el mercado.

No todo incumplimiento sale del contrato. Solo algunos llegan al mercado.

CAPÍTULO 7

El mercado tiene más sujetos que el contrato Partes, terceros y límites subjetivos del arbitraje

Dos empresas celebran un contrato sometido a arbitraje. Durante su ejecución realizan una conducta que afecta a un tercero que nunca firmó la cláusula compromisoria. El tercero sufrió el daño. Pero no pactó el arbitraje. ¿Quién puede reclamar, contra quién y ante qué juez?

Los capítulos anteriores mostraron que el contrato puede ser el vehículo de una conducta competitiva y que el árbitro puede aplicar el derecho de la competencia sin sancionar. Falta el problema de los sujetos. El derecho de la competencia amplía el número de afectados, porque protege el mercado y no solo la relación. El pacto arbitral hace lo contrario, porque solo alcanza a quienes consintieron. Esa tensión organiza el capítulo.

El contrato tiene partes. El mercado tiene participantes. No siempre son los mismos.

I. Ser tercero del contrato no significa ser tercero del daño

El principio de relatividad dice que el contrato no convierte a un extraño ni en acreedor ni en deudor, y que a los extraños ni los afecta ni los perjudica. Pero la Corte Suprema ha reconocido que en los alrededores del contrato hay personas que no fueron sus celebrantes y a quienes la suerte del contrato no les es indiferente, porque su incumplimiento o el desequilibrio de su contenido alcanza patrimonialmente a sujetos distintos de los contratantes. La doctrina ha llamado terceros relativos a quienes están en esa posición¹.

Conviene separar cuatro calidades que suelen confundirse. (i) El tercero frente al contrato, que no lo celebró. (ii) El tercero afectado por la conducta, que sufrió el daño. (iii) El tercero procesal, que es una posición dentro

¹ CSJ, Sala de Casación Civil, SC1182-2016 del 8 de febrero de 2016, rad. 54001-31-03-003-2008-00064-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

del proceso. (iv) El tercero frente al pacto arbitral, que no consintió el arbitraje. Un mismo sujeto puede ser las cuatro cosas, o solo algunas. El error consiste en pasar de una a otra sin detenerse.

La legitimación para reclamar nace del daño. La competencia del árbitro nace del consentimiento. Son dos preguntas distintas y la primera no responde la segunda.

II. Litisconsorcio, solidaridad y cartel

El Código General del Proceso distingue tres formas de litisconsorcio. El facultativo reúne relaciones sustanciales independientes y sus integrantes se tratan como litigantes separados. El necesario supone una relación única e indivisible que exige la comparecencia de todos. Y el cuasinecesario permite intervenir a quien es titular de una relación sustancial a la que se extienden los efectos jurídicos de la sentencia, de modo que su presencia no es obligatoria pero la decisión le resulta oponible.

En el escrito que precedió a este capítulo sostuve que entre los miembros de un cartel existe solidaridad y que entre ellos hay litisconsorcio cuasinecesario. Hoy mantengo lo primero y matizo lo segundo.

Mantengo la solidaridad. Si un daño ha sido cometido por dos o más personas, cada una responde solidariamente de todo, y el acreedor puede dirigirse contra todos o contra cualquiera a su arbitrio, siempre que concurren los presupuestos legales. El afectado puede entonces reclamar el daño íntegro a un solo cartelista, que conservará su acción de reembolso contra los demás.

Matizo la clasificación procesal. La solidaridad sustancial no resuelve por sí sola la calificación procesal. Esa calificación depende de si la sentencia debe extender sus efectos jurídicos al codeudor ausente, que es precisamente lo discutido. La Corte Constitucional ha sostenido que la solidaridad pasiva no impone litisconsorcio necesario sino cuasinecesario. Pero hay decisiones civiles que tratan a los solidarios como litigantes

separados. Afirmar sin reservas que los cartelistas son cuasinecesarios es presentar como pacífico lo que no lo es².

La distinción no es académica, porque en el arbitraje esa calificación tiene una consecuencia que no tiene ante el juez.

III. El caso difícil: el cartelista que no firmó

A y B se cartelizan. El afectado tiene pacto arbitral con A y no con B. ¿Puede demandar solo a A ante un tribunal arbitral?

Conviene leer la norma antes de responder, y leerla exactamente. El artículo 36 de la Ley 1563 de 2012 no se activa por la etiqueta que se le ponga al litisconsorcio. Se activa por un criterio material, que es que por la naturaleza de la relación jurídica debatida el laudo haya de generar efectos de cosa juzgada para personas que no estipularon el pacto. Ese es el mismo criterio con el que el Código General del Proceso define al cuasinecesario, que es ser titular de una relación sustancial a la que se extienden los efectos jurídicos de la sentencia.

Y la consecuencia está en el propio artículo 36. El tribunal ordena la citación personal de esas personas para que manifiesten si adhieren o no al pacto. Si no adhieren dentro del término, o si no se logra notificarlas, el tribunal declara extinguidos los efectos del compromiso o de la cláusula compromisoria para esa controversia y ordena reintegrar la totalidad de los honorarios. La prescripción no se considera interrumpida y opera la caducidad, salvo que el interesado promueva el proceso ante el juez dentro de los veinte días hábiles siguientes. Si todos adhieren, el tribunal fija la contribución que les corresponde en honorarios y gastos. El artículo 35 agrega, con otra terminología, que el tribunal cesa en sus funciones cuando el litisconsorte necesario que no suscribió el pacto no es notificado o no adhiere.

De modo que la respuesta depende de una sola cosa, y no es el nombre de la figura. Si el laudo no extiende cosa juzgada a B, el arbitraje procede contra A, y por la solidaridad el afectado puede reclamar allí el daño íntegro. Si se sostiene que el laudo sí alcanza a B, hay que citarlo, y si B no adhiere el arbitraje se extingue para esa controversia, sin importar que A sí hubiera firmado.

El precio de expandir los efectos subjetivos del laudo es la pérdida del foro arbitral. La tesis más protectora del tercero es la que deja sin arbitraje al que sí pactó, y termina enviando a la víctima ante el juez, con veinte días para rehacer lo andado.

De ahí una conclusión que el escrito anterior no extraía. Una conducta puede ser económicamente indivisible y procesalmente divisible. La unidad económica del cartel no elimina la relatividad del pacto arbitral ni obliga a que todos sus participantes litiguen en el mismo foro.

IV. El tercero con daño propio

Cuando la conducta restrictiva se produce dentro del contrato y el perjudicado inmediato es la contraparte, las partes del contrato y las del arbitraje coinciden. Es el caso simple, y es el de la mayor parte de este libro. El caso difícil aparece aguas abajo, con el comprador del comprador, el competidor desplazado o el cliente que pagó de más.

Ese sujeto puede tener un daño propio y por tanto legitimación material para reclamarlo. Pero la legitimación material no es consentimiento al arbitraje. El derecho a ser reparado no crea por sí solo el deber de arbitrar. Ese tercero deberá acudir a la jurisdicción ordinaria, salvo que esté jurídicamente vinculado al pacto o adhiera después a él.

Las puertas de entrada existen y son estrechas. El interviniente excluyente que no suscribió el pacto adhiere a él por el hecho de presentar su demanda. Y quien garantizó el cumplimiento de las obligaciones de un contrato que contiene pacto arbitral queda vinculado a sus efectos cuando es llamado

en garantía, según el párrafo primero del artículo 37. Ese supuesto se explica por la relación del garante con el contrato garantizado y no autoriza a extender la misma solución a cualquier no signatario. Fuera de allí, el árbitro puede conocer del daño causado a una parte por el contrato, pero no puede crear consentimiento arbitral donde no existe³.

V. Coadyuvar no es pretender

El artículo 37 admite expresamente la intervención del coadyuvante y del llamado de oficio, remitiendo a las normas procesales sobre esa clase de terceros, y agrega que el tribunal fijará la suma adicional a su cargo por honorarios y gastos y que el no pago hará improcedente su intervención. El párrafo segundo añade que ni las partes ni los reglamentos de los centros pueden prohibir esa intervención.

De modo que el consumidor afectado que quiera coadyuvar puede hacerlo, y sí debe pagar. Hasta ahí el escrito anterior era correcto. Lo que falta es la distinción decisiva. El coadyuvante apoya la posición de una de las partes porque su propia relación sustancial puede verse afectada por la decisión. No formula pretensión propia, no lleva su daño al proceso y no obtiene condena a su favor.

Quien quiere que le reparen su daño no busca coadyuvar. Busca demandar. Y para demandar en arbitraje hace falta pacto.

VI. Efecto económico y efecto procesal

Queda una última distinción, que este ensayo jurídico ya encontró en un expediente. Un laudo puede producir consecuencias económicas sobre quienes no fueron parte, como ocurrió en el laboratorio de minerales, donde una decisión societaria alteró el control de una empresa común. Eso no significa que esos sujetos queden jurídicamente vinculados por la cosa juzgada.

3 C-170 de 2014

Resultar económicamente afectado y quedar procesalmente vinculado son cosas distintas. La primera es una cuestión de mercado y puede interesar a la autoridad. La segunda es una cuestión de consentimiento y de debido proceso, y define hasta dónde llega el laudo.

VII. Del ilícito al patrimonio

Queda la pregunta que el epílogo anuncia y que este libro no puede eludir. Definido quién puede reclamar y ante quién, falta decir qué se paga. Sostengo que la respuesta no la da el derecho de la competencia sino la responsabilidad civil, y que ese es justamente el punto donde el árbitro está mejor equipado que la autoridad, porque liquidar perjuicios es su oficio ordinario.

Conviene separar dos cosas que se confunden a diario. El daño al proceso competitivo se aprecia desde el mercado y explica por qué el régimen existe. El perjuicio individual indemnizable se aprecia desde el patrimonio de una persona determinada y es lo único que puede liquidarse en una condena. Puede existir el primero sin que el demandante acredite el segundo, y puede haber menoscabo patrimonial que no comprometa el proceso competitivo. Quien pide reparación debe probar el segundo, y la constatación del primero le sirve de premisa y no de sustituto.

La prueba de ese perjuicio descansa en una comparación y no en una afirmación. Hay que reconstruir qué habría ocurrido si la conducta no se hubiera desplegado, que es lo que la literatura llama el escenario contrafáctico, y medir la diferencia entre ese escenario y el real. Esa reconstrucción es económica antes que jurídica y suele exigir prueba pericial, lo que impone una carga que el demandante prudente asume desde la demanda y no desde los alegatos. Vale aquí la advertencia que atraviesa el libro. Que el árbitro pueda mirar el mercado no significa que pueda inventarlo, y un contrafáctico sin soporte no es un contrafáctico sino una hipótesis.

Un problema adicional aparece cuando el perjudicado inmediato trasladó el sobrecosto a sus propios clientes. Si lo hizo, su daño se redujo en esa

medida, y quien lo alega debe probarlo. Este es el terreno donde la acción privada se vuelve técnicamente exigente y donde, dicho sea de paso, el arbitraje ofrece una ventaja, porque permite prueba pericial extensa y decisión especializada en plazos que la jurisdicción ordinaria difícilmente alcanza.

Queda el plazo, que es lo primero que excepciona la convocada y lo que más se olvida. En competencia desleal la ley fijó términos propios y breves. En prácticas restrictivas no existe una regla especial de prescripción para la acción privada, de modo que rigen los términos ordinarios de la responsabilidad civil según se invoque la vertiente contractual o la extracontractual. Conviene no confundir ninguno de esos términos con la caducidad de la facultad sancionatoria de la autoridad, que corre por su cuenta y bajo su propia norma. Son tres relojes distintos y solo uno de ellos gobierna la pretensión que se le somete al árbitro.

VIII. La regla que deja el capítulo

El derecho de la competencia puede ampliar el círculo de perjudicados, pero no amplía por sí solo el círculo de quienes consintieron el arbitraje. El mercado puede tener más sujetos que el contrato y más afectados que el proceso. Esa diferencia no debilita la aplicación privada del derecho de la competencia en sede arbitral. Define su frontera, y conocerla es lo que permite usarla bien, porque quien sabe dónde termina su foro sabe también qué puede pedir en él y qué debe pedir en otro.

El daño puede salir del contrato. El pacto arbitral, no siempre.

EPÍLOGO

La multa no repara

El giro privado del derecho de la competencia y el lugar del arbitraje

A la empresa que fue excluida del mercado la multa no le devuelve nada. La autoridad investiga, sanciona y el dinero entra al presupuesto del Estado. El afectado mira ese resultado desde afuera, con la razón reconocida y el patrimonio igual de golpeado que el día anterior. Esa distancia entre el castigo y la reparación explica, mejor que cualquier teoría, lo que ha venido ocurriendo en el mundo con el derecho de la competencia.

Durante décadas el antimonopolio fue casi exclusivamente derecho público. Los Estados Unidos fueron la excepción temprana, con un sistema que desde siempre puso a los particulares a demandar. En Europa el giro llegó por vía jurisprudencial antes que legislativa, cuando el Tribunal de Justicia reconoció en *Courage* y después en *Manfredi* que cualquier persona perjudicada por una infracción tiene derecho a la reparación del daño sufrido. La Directiva 2014/104 vino a organizar lo que la jurisprudencia ya había abierto, con reglas sobre reparación integral, acceso a pruebas, prescripción, cuantificación y repercusión de sobre costos.

El efecto se ve en los tribunales. Las acciones de daños por infracciones al derecho de la competencia se han multiplicado en Europa a lo largo de la última década, con una porción creciente de reclamos colectivos, y varios ordenamientos fuera de ese continente han ajustado sus reglas para hacer viable el reclamo privado.

La razón de fondo no es ideológica sino práctica. El afectado no persigue el castigo. Persigue la reparación de lo que perdió. Y esa diferencia cambia el trabajo jurídico. En el procedimiento sancionatorio la pregunta central es la infracción y las consecuencias públicas que de ella se siguen, con las garantías propias de ese régimen. En el juicio privado hay que acreditar

además el daño individual y el vínculo causal que permite atribuirlo a la conducta, que es la parte difícil y la que decide los casos.

Colombia tiene desde 1959 el título para participar de ese movimiento, y muchas veces no lo usamos. El parágrafo del artículo 11 de la Ley 155 dispone que todos los perjuicios causados a terceros por las prácticas prohibidas por esa ley o por actos de competencia desleal dan acción de perjuicio por la vía ordinaria, y el artículo 19 declara absolutamente nulos por objeto ilícito los acuerdos y operaciones prohibidos. En competencia desleal, el artículo 20 de la Ley 256 concede al afectado acción declarativa y de condena. Lo que ha faltado no son normas sino litigios bien contruidos.

Y acá aparece el arbitraje. El reclamo privado necesita un foro. Muchos daños competitivos entre empresas nacen dentro de una relación contractual, y esas relaciones suelen tener cláusula compromisoria. Cuando eso ocurre, el foro ya estaba escogido antes de que el conflicto existiera, y el árbitro se encuentra con un problema de competencia que nadie había denominado así en la carátula.

La discusión sobre si eso es posible se cerró en el mundo hace cuarenta años. En 1985, en Mitsubishi contra Soler, la Corte Suprema de los Estados Unidos aceptó que pretensiones fundadas en la ley antimonopolio, surgidas de un contrato con cláusula arbitral, fueran decididas por árbitros. En 1999, en Eco Swiss contra Benetton, el Tribunal de Justicia dijo algo distinto y complementario, y es que las normas fundamentales de competencia no desaparecen porque la controversia se haya llevado a arbitraje, de modo que un laudo que las desatienda puede quedar expuesto a la anulación por razones de orden público. Las dos decisiones, juntas, dicen lo que este libro ha venido repitiendo. El árbitro puede aplicar el derecho de la competencia, y además no puede ignorarlo.

De ahí que la pregunta relevante no sea si el árbitro puede meterse en temas de competencia, sino qué tan bien lo hace cuando le toca. Y le toca más de lo que se reconoce. Este libro salió de cinco expedientes en los que

el problema competitivo estaba adentro, y en uno de ellos la mayoría del tribunal razonó con el régimen de integraciones sin llamarlo así.

Queda la advertencia, que es la misma de cada capítulo. Que el arbitraje sea el foro no significa que el árbitro asuma funciones que no tiene. No sanciona, no autoriza operaciones, no objeta integraciones y no crea consentimiento donde no lo hay. Hace algo distinto y suficiente, que es aplicar las normas imperativas que gobiernan el contrato y declarar las consecuencias privadas que de allí se siguen. Aplicar no es sancionar, y esa frase no es una limitación del arbitraje sino su título para entrar.

En estos conflictos pueden coincidir tres dimensiones: el patrimonio de la empresa afectada, el funcionamiento del mercado y el interés del consumidor. No son el mismo bien jurídico ni se protegen del mismo modo, pero se tocan. El particular que demanda su propio daño está, sin proponérselo, haciendo cumplir una norma que no le pertenece solo a él.

<

Ese es el sentido del giro privado. No reemplaza a la autoridad, que conserva potestades de investigación y sanción que el particular no tiene. Le agrega otra cosa, que es reparación donde antes solo había castigo, y un juez o un árbitro obligado a mirar el mercado porque sin mirarlo no puede medir el daño.

El derecho de la competencia nació mirando al Estado. Está aprendiendo a mirar al perjudicado. Y cuando ese perjuicio nace dentro de una relación empresarial, el contrato ya había escogido quién lo mira primero: el árbitro.

EL ÁRBITRO FRENTE AL CONTRATO ANTICOMPETITIVO Y DESLEAL

Un ensayo jurídico construido desde los casos
con el auspicio del Colegio de Derecho de la
Competencia y de el CEDEMERC

Escanee el código QR para acceder
a la edición digital



www.colegiodederechodelacompetencia.com

www.cedemerc.com

www.mauriciovelandia.com

mauriciovelandia@mauriciovelandia.com

© Mauricio Velandia 2026