LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL A LA LIBRE COMPETENCIA, LA PROHIBICIÓN DEL ABUSO A LA POSICIÓN DE DOMINANTE Y A LA FORMACIÓN DE MONOPOLIOS PRIVADOS, DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Vicepresidencia de Regulación TigoUne

Octubre 5 del 2016

Contenido

IDEA EN SÍNTESIS..... 3

INTRODUCCIÓN..... 5

I. LA PROTECCIÓN A LA LIBERTAD ECONÓMICA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, A TRAVÉS DE LA ARMONIZACIÓN DE LA GARANTÍA A LA LIBRE EMPRESA Y LA LIBRE COMPETENCIA.... 7

Nociones sobre Libertad Económica, Libertad de Empresa, y Libre Competencia. 9

II. EL PROPÓSITO DE LA LIBRE COMPETENCIA COMO GARANTÍA DEL INTERÉS DE LOS COMPETIDORES, DE LOS CONSUMIDORES Y DEL INTERÉS PÚBLICO 12

III. LÍMITES AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD ECONÓMICA: LA FUNCIÓN ESTATAL DE PREVENCIÓN DEL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE Y LA FORMACIÓN DE MONOPOLIOS.... 14

Evitar el abuso de la posición de dominante..... 14

Prohibición a la formación de monopolios..... 16

IV. LA LIBRE COMPETENCIA EN LAS TELECOMUNICACIONES DESDE LA MIRADA CONSTITUCIONAL. 17

Bibliografía 20

IDEA EN SÍNTESIS

- El derecho a la libre competencia, cuenta con diferentes facetas de protección constitucional, dirigido tanto a los consumidores como al colectivo, para asegurar respectivamente, su derecho a la libre elección, y el derecho a la existencia de pluralidad de oferentes en el mercado.

- Bajo dicho reconocimiento, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional hace un llamado a evitar la conformación de monopolios privados y prevenir la comisión de conductas de obstrucción a las libertades económicas y el abuso de la posición dominante.

- La Corte Constitucional señala que una "empresa u organización empresarial tiene una posición dominante cuando dispone de un poder o fuerza económica que le permite individualmente determinar eficazmente las condiciones del mercado, en relación con los precios1, las cantidades, las prestaciones complementarias, etc., sin consideración a la acción de otros empresarios o consumidores del mismo bien o servicio. Este poder económico reviste la virtualidad de influenciar notablemente el comportamiento y la decisiones de otras empresas, y eventualmente, de resolver su participación o exclusión en un determinado mercado"2.

- Frente a la presencia de comportamientos como las mencionadas, el Estado tiene la obligación de intervenir para reestablecer el equilibrio del sistema económico, y se evite la obstrucción de las libertades económicas, e igualmente, se prevenga el abuso de la posición dominante, y la conformación de monopolios privados prohibidos en la Constitución Política.

- "La regulación constitucional y legal de la posición dominante de las empresas en el mercado tiene como finalidad evitar que estos sujetos, prevaleciéndose de su supremacía económica y comercial, que goza de la protección jurídica del Estado (artículo 58 de la C.P.), puedan utilizarla para eliminar a sus competidores"3.

- De esta manera4, en el marco de la protección de la competencia económica, el Estado está llamado a garantizar *"tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado",* para lo cual debe: (i) impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores; y (ii) evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo.

---

1 Tal y como sucede cuando un competidor tiene un comportamiento orientado a la "disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión".
2 Sentencia C-616 del 2001
3 Sentencia C-616 del 2001.
4 Ibídem

- Para este propósito, la jurisprudencia establece que la Constitución otorga a las Autoridades competentes una función preventiva, conminando a que se adopten medidas eficientes para la salvaguarda del derecho a la libre competencia. Al respecto, en la Sentencia C-263 del 2011 refiere que sí *"las labores de intervención del mercado solo tuvieran carácter sancionatorio ex post, el aparato estatal provocaría un déficit de protección del derecho a la libre competencia, puesto que diferiría su salvaguarda efectiva a la comprobación de una conducta constitutiva de abuso de posición dominante. En últimas, lo que propone el cargo es que el Estado retroceda en su facultad constitucional de intervención en el mercado, adoptando una posición propia del liberalismo económico clásico. Esta postura, como ya se ha analizado, es incompatible con el modelo económico adoptado por el Constituyente."*5

- Así las cosas, la CRC debe desarrollar acciones dirigidas a: (i) la corrección de las distorsiones a la libre competencia, a través de las prácticas de la competencia y los abusos de la posición dominante6, o la formación de monopolios; (ii) apuntar a una regulación que redunde en un mayor bienestar para el usuario7 y la maximización del ejercicio efectivo de la libre elección en un sistema económico competitivo 8; (iii) igualmente, "*evitar y controlar todo aquello que se oponga a la libertad económica, dentro de lo cual está aquello que pueda constituir una restricción de la competencia"9.*

- Adicionalmente en materia de telecomunicaciones móviles, so pretexto de la existencia de presuntas tarifas bajas en estos servicios, y de concomitantes posibles ventajas frente al bienestar del consumidor, no puede el regulador abstraerse de la necesidad de definir medidas en pro de la sana competencia. El regulador, tiene un especial deber de evitar se desconozcan los mandatos que la Carta Política que reconocen la libertad económica y el derecho a la libre competencia.

- La CRC tiene un importante mandato constitucional, de intervención en el mercado para el restablecimiento del equilibrio económico, como parte del aseguramiento de las libertades económicas a que está llamada a proteger. De esta manera, se evitará se prolonguen posibles abusos de la posición dominante que actualmente pudieren estarse presentando en los mercados móviles, así mismo, se impida la consolidación de monopolios privados, que como se verá, son comportamientos proscritos en la Constitución Política.

5 Véase la Sentencia C-228 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
6 Sentencia 978 del 2010 tomando como referencia la Sentencia C-616 de 2001.
7 Sentencia C- 389 del 2002
8 Sentencia 815 del 2001
9 Sentencia C- 616 del 2001

INTRODUCCIÓN

El presente documento construye la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre libertades económicas y libre competencia, con el propósito de evidenciar los precedentes jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento para las Autoridades Estatales, en materias como: la libre competencia, la prohibición de distorsiones a las libertades económicas, el abuso de la posición de dominante y la prohibición constitucional de la conformación de monopolios privados.

Se mostrará, cómo desde la Constitución Política, se configuraron mecanismos de protección directa a la libre competencia, tanto desde la perspectiva de los usuarios, como de las empresas.

También se expone como desde las facultades de intervención del Estado, y en especial a través de la regulación, se pueden desarrollar acciones preventivas que facilitan el correcto y sano funcionamiento de la economía, a través de la remoción de obstáculos y barreras que obstruyan la libre y sana competencia y las libertades económicas. Además se muestra como el enfoque de intervención del Estado debe propiciar un enfoque preventivo y no solo sancionatorio ex post, ya que esto *"provocaría un déficit de protección del derecho a la libre competencia, puesto que diferiría su salvaguarda efectiva a la comprobación de una conducta constitutiva de abuso de posición dominante"; que* en últimas significaría una postura de intervención *"incompatible con el modelo económico adoptado por el Constituyente."*[10]

Los precedentes jurisprudenciales están contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional expedidas a través de las siguientes etapas:

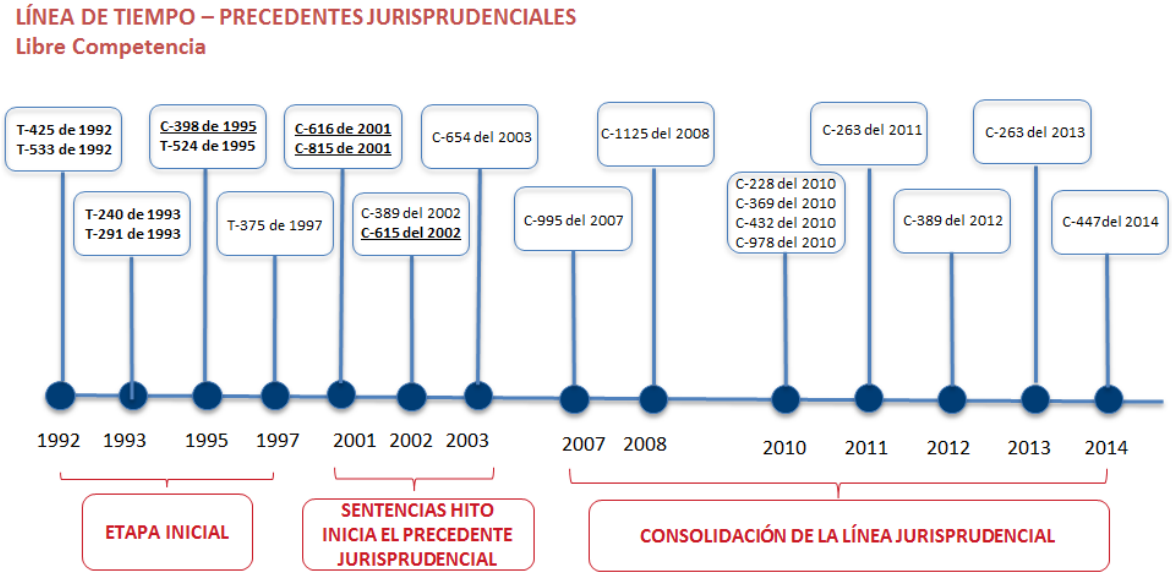

Gráfico Construcción TigoUne, 2016.

El documento se encuentra dividido en 5 secciones: (I) La protección a la libertad económica desde la constitución a través de la armonización de la garantía a la libre

10 Véase la Sentencia C-228 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

empresa y la libertad económica; (II) El propósito de la libre competencia como garantía del interés de los competidores, de los consumidores y del interés público; (III) Límites al ejercicio de la libertad económica: la función estatal de prevención del abuso de la posición dominante y la formación de monopolios; (IV) la libre competencia en las telecomunicaciones, desde la mirada constitucional; y por último se encontrará la bibliografía usada.

I. LA PROTECCIÓN A LA LIBERTAD ECONÓMICA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, A TRAVÉS DE LA ARMONIZACIÓN DE LA GARANTÍA A LA LIBRE EMPRESA Y LA LIBRE COMPETENCIA.

"La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisito, sin autorización de la ley.

La libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades […]

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o] se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante […]" (Constitución Política, artículo 333)

La Constitución Política adoptó un modelo de "economía social de mercado e introdujo una serie de principios e instituciones para armonizar la intervención del Estado"[11]. Este modelo, es la base de las libertades económicas consagradas en la Constitución Política.

Precisamente, en el artículo 333 de la Constitución se contempla la libre competencia como derecho directo, es decir, un derecho además de contemplar un enfoque garantista, define a su vez la necesidad de aplicar al principio de intervención del Estado para asegurar su garantía. La Corte Constitucional ha reconocido que la libre competencia no es un derecho absoluto[12], esto implica que este derecho[13] tiene límites, que guardan coherencia con el principio de prevalencia del interés general en el marco de las facultades del Estado para intervenir en la economía en forma proporcionada y razonable a través de la regulación, vigilancia y control.

Por otro lado, el artículo 336 de la Constitución consagra otro aspecto integrante de las libertades económicas, establecido como prohibición de monopolios, así:

"Ningún monopolio podrá establecerse sino con arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley".

---

11 Sentencia C-616 del 2001.

12 *"En un Estado Social de Derecho, dentro del cual el Poder Público asume responsabilidades tales como la racionalización de la economía, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, no menos que la de promover la productividad y la competitividad, y que tiene a su cargo la orientación de la política económica hacia el desarrollo armónico de las regiones, la libre competencia no puede erigirse en derecho absoluto ni en barrera infranqueable para la actividad de intervención del Estado. La libre competencia económica no excluye en modo alguno la injerencia del Estado para alcanzar fines que le son propios, como los indicados en los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución"* Sentencia C-398 de 1995.

13 Ver también: Sentencia C- 263 del 2011: "[…] las libertades económicas no son absolutas. Esta disposición señala que la empresa tiene una función social que implica obligaciones, prevé que la libre competencia supone responsabilidades, e indica que la ley delimitará el alcance de la libertad económica "cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación". Con base en esta disposición de la Carta, la jurisprudencia constitucional ha concluido que las libertades económicas **son reconocidas a los particulares por motivos de interés público"**. [Con referencia a la sentencia C-615 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra]

Le corresponde, por tanto, al Estado, en virtud de sus facultades de intervención en la economía "evitar las prácticas monopolísticas del mercado que hipotéticamente ejerzan los particulares. Esta obligación estatal va encaminada a proteger la libertad económica de acciones privadas, lo cual evidentemente es una tradición constitucional colombiana, y va de la mano del principio de igualdad real que informa toda la Carta Política, tanto en cuanto (sic) busca democratizar la propiedad como beneficiar a los grupos de consumidores, los cuales evidentemente están en una posición de indefensión natural frente a los operadores de servicios y empresas productoras. El querer del constituyente popular fue limitar los monopolios incluso los estatales […]"

Se erige entonces la libertad económica, como principio constitucional esencial que a su vez condensa los derechos a la libre competencia, el de libertad de empresa, y la prohibición de monopolios, que se detallarán más adelante.

En estos derechos, tienen como base de su aseguramiento en su garantía, la intervención del Estado en los mercados, la cual, no "constituye un obstáculo a la intervención del Estado en la economía ni al logro de los fines que le son propios al Estado Social de Derecho"[14], por el contrario, es son la esencia para el aseguramiento de los fines propios del ordenamiento de la economía bajo el modelo de economía social referido, entre estos evitar prácticas que vayan en contra de la libre competencia, y la prohibición constitucional a monopolios.

Desde esa perspectiva, se muestra como en el ordenamiento de la economía, el constituyente contempló[15] tanto la protección del derecho que tiene las empresas, como la protección a los consumidores y a los usuarios de dichos servicios. Pues de esta manera, se asegura que el completo ciclo económico esté protegido desde la Constitución, asegurando la eficacia de los derechos y deberes consagrados en la misma.

El Estado, entonces, está llamado a racionalizar la economía "con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano"[16].

Esa racionalización, se entiende como el proceso en que el Estado "busca entonces conciliar los intereses privados presentes en la actividad empresarial, con el interés general involucrado en el buen funcionamiento de los mercados para lograr la satisfacción de las necesidades de toda la población en condiciones de equidad"[17].

---

14 Sentencia C- 389 del 2002

15 Ver también Sentencia C-389 del 2012: "Así pues, como el derecho a la libre competencia no constituye un obstáculo a la intervención del Estado en la economía ni al logro de los fines que le son propios al Estado Social de Derecho, puede afirmarse entonces, que ella debe apreciarse en dos dimensiones: de un lado, desde la perspectiva del derecho que tienen las empresas como tales; y, de otro, desde el punto de vista de los consumidores, usuarios y de la comunidad en general que son quienes en últimas se benefician de un régimen competitivo y eficiente pues de tal forma se garantiza la posibilidad de elegir libremente entre varios competidores lo que redunda en una mayor calidad y mejores tarifas por los servicios recibidos".

16 Sentencia C- 263 del 2011 en referencia a la Sentencias C-615 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C- 352 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa

17 Sentencia C- 263 del 2002.

Conforme con lo expuesto, a continuación se desarrollarán las nociones sobre libertad económica, libertad de empresa y libre competencia; y posteriormente, desde el enfoque de derechos se desarrollarán sus dimensiones, según sea el ámbito de aplicación respectivo.

Nociones sobre Libertad Económica, Libertad de Empresa, y Libre Competencia.

La Corte Constitucional en sus precedentes jurisprudenciales[18] sobre libre competencia, expresa que la libertad económica comprende los conceptos de libertad de empresa y libre competencia.

En primera instancia, como Libre Empresa se entiende[19] "aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial - la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer- y el instrumental -a través de una organización económica típica-, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral".

A su vez, la Libre Competencia se presenta "cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita"[20]

Partiendo de los conceptos expuestos, la libertad económica supone entonces la presencia de:

- **UN ESCENARIO COMPETITIVO EQUITATIVO:** en el que "en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios"[21].

- **AUSENCIA DE BARRERAS**. "La libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita"[22].

---

18 Ver sentencias C-616 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-389 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas, Hernández; C-992 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-486 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa; C-228 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; entre otras.
19 Sentencia C-524 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz),
20 Sentencia C-815 del 2001
21 Ibídem.
22 Ibídem.

- **DEBER DE LOS EMPRESARIOS**: "estarse al fin social y a los límites del bien común que acompañan el ejercicio de la citada libertad"[23]. Es decir, es un derecho que implica responsabilidades, en el sentido que el ejercicio del derecho individual de la libre competencia está limitado por la función social que se debe cumplir.[24].

El panorama competitivo que compone la libertad económica, lo componen[25] diferentes dimensiones, según sea su ámbito de aplicación de la libertad vista como garantía social:

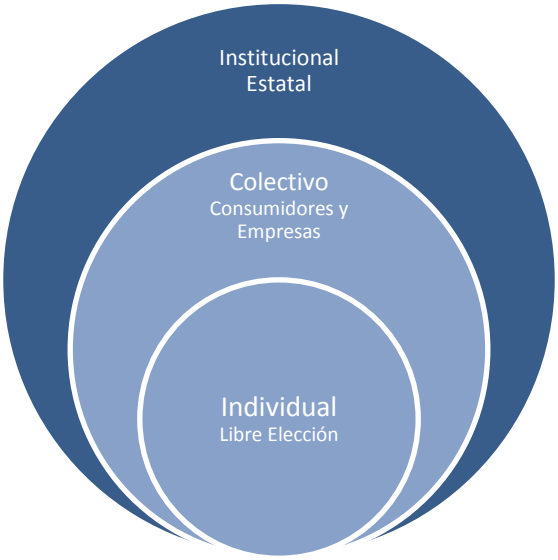

Gráfico dimensiones de la libertad económica, construcción TigoUne (2016)

- **DIMENSIÓN INDIVIDUAL O SUBJETIVA**: los individuos son quienes "quienes en últimas se benefician de un régimen competitivo y eficiente pues de tal forma se garantiza la posibilidad de elegir libremente entre varios competidores lo que redunda en una mayor calidad y mejores tarifas por los servicios recibidos"[26].

  La dimensión individual, envuelve los derechos que "están en estrecha relación con la autonomía de la libertad y la libertad contractual propia de la esfera del individuo, cuya titularidad se predica de los sujetos que se dedican a una determinada actividad económica. Esta connotación individual de la libertad económica, además, implica, para los individuos el ejercicio efectivo de la libre elección en un sistema económico competitivo[27].

- **DIMENSIÓN COLECTIVA:** está dirigida a "proteger los derechos e intereses de los consumidores y usuarios de bienes servicios", y a su vez el beneficio de disfrutar una economía con condiciones competitivas para los empresarios.

---

23 Ibídem
24 Sentencia C-616 del 2001
25 Sentencia C-1125 del 2008
26 Sentencia C- 389 del 2002
27 Sentencia 815 del 2001

Bajo esta dimensión, y según la jurisprudencia[28], esta libertad comprende al menos tres prerrogativas:

(i) la posibilidad de concurrir al mercado,
(ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas,
(iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros.

- **DIMENSIÓN INSTITUCIONAL:** la libertad de competencia tiene una dimensión institucional como fundamento indispensable para el funcionamiento de la economía de mercado. En efecto, como señala la doctrina *"sólo bajo la presión de los competidores el sistema productivo tiende a adaptarse a las necesidades del consumidor adquiriendo de esta manera una proyección social. Sólo por el acicate del beneficio y la sanción de la pérdida económica los empresarios tratarán de minimizar costes e innovar, consiguiéndose una asignación más eficaz de los recursos económicos escasos"*[29].

  El Estado es el principal llamado a asegurar condiciones para que posibilite la libre competencia, y es entonces, "responsable de eliminar las barreras de acceso al mercado y censurar las prácticas restrictivas de la competencia, como el abuso de la posición dominante o la creación de monopolios"[30]. Así mismo, "*debe evitar y controlar todo aquello que se oponga a la libertad económica, dentro de lo cual está aquello que pueda constituir una restricción de la competencia"*[31].

  Estos aspectos serán desarrollados a continuación.

28 Tomado de Sentencia C-263 del 2011, basado en sentencias C-616 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-815 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; y C-389 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández
29 Asenjo, Juan. La Constitución Económica Española (1984) citado en Sentencia C-1125 del 2008
30 Sentencia C-263 del 2011, basado en sentencias C-616 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-815 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; y C-389 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández
31 Sentencia C- 616 del 2001

II. EL PROPÓSITO DE LA LIBRE COMPETENCIA COMO GARANTÍA DEL INTERÉS DE LOS COMPETIDORES, DE LOS CONSUMIDORES Y DEL INTERÉS PÚBLICO

Más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, la protección de la libre competencia tiene como propósito "impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado"[32]. Es de anotar que la existencia de pluralismo referido anteriormente, conlleva la posibilidad intrínseca "de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas"[33], no obstante, aunque se pueda presentar pluralidad de oferentes y pueden existir otras restricciones a la libertad económica, el deber del Estado está dirigido a asegurar que éste intervenga para asegurar un estado de competencia real que haga efectivo igualmente el derecho a la libre elección por parte de los consumidores.

Así lo entiende la Corte Constitucional, al indicar que se "*concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo (artículo 88 de la Constitución), cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Por lo tanto,* ***el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales[34] que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades"*** [35] (negrita añadida)

En la misma Sentencia[36], la Corte expresa que para la protección de la competencia económica, el Estado está llamado a garantizar *"tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado",* para lo cual debe:

1. Impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores.
2. Evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo.

---

32 Sentencia 815 del 201
33 Sentencia 228 del 2010
34 Sentencia C-616 del 2001: "La libre competencia en Colombia se desarrolla dentro de una economía social de mercado, *en la que existe la libre iniciativa privada pero en la que a su vez el Estado se presenta como instrumento de justicia social ejerciendo cierta intervención redistributiva de la riqueza y de los recursos para corregir las desigualdades sociales originadas por los excesos individuales o colectivista" tomado de* T-533 de 1992 de la Corte Constitucional. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
35 Sentencia C- 815 del 2001.
36 Ibídem

Partiendo de lo expuesto, el ejercicio del poder del Estado es el atributo a partir del cual se garantiza el derecho de la libre competencia, y se asegura éste, a partir de la ejecución de las acciones institucionales con fundamento en los siguientes enfoques:

- **ENFOQUE PREVENTIVO. IMPEDIR SE GENEREN BARRERAS O SE OBSTRUYA LA ECONOMÍA**: El Estado debe impedir que se obstruya la libre y sana competencia, y por tanto, se generen barreras para un mercado competido[37]. Para este propósito se debe "*remover los obstáculos que impiden el libre acceso a los mercados de bienes y servicios*"[38].

  El Estado tienen entonces el deber de impedir que se "obstruya o se restrinja la libertad económica, *y* evitar o controlar el abuso de la posición dominante que los empresarios tengan en el mercado"[39]. Para el cumplimiento de este propósito "la regulación legal (sic) [debe estar] orientada a preservar la libre y honesta competencia, se refiere básicamente a tres tipos de prácticas deshonestas: <u>en primer lugar, las prácticas colusorias entre empresarios para restringir la competencia; en segundo término, el abuso de posición dominante; y en tercer plano, la competencia desleal entre empresarios</u>"[40]. (subrayado añadido)

  Además la Corte Constitucional ha conminado a que las medidas que se adopten bajo el enfoque preventivo, tengan que ser eficientes para la salvaguarda del derecho a la libre competencia. En la Sentencia C-263 del 2011, refiere que sí ***<u>"las labores de intervención del mercado solo tuvieran carácter sancionatorio ex post, el aparato estatal provocaría un déficit de protección del derecho a la libre competencia, puesto que diferiría su salvaguarda efectiva a la comprobación de una conducta constitutiva de abuso de posición dominante</u>****. En últimas, lo que propone el cargo es que el Estado retroceda en su facultad constitucional de intervención en el mercado, adoptando una posición propia del liberalismo económico clásico. Esta postura, como ya se ha analizado, es incompatible con el modelo económico adoptado por el Constituyente."*[41] *(negrita añadida)*

- **ENFOQUE SANCIONATORIO CONTRA EL ABUSO:** Se concretan en las actividades ex post para sancionar las conductas anticompetitivas, las cuales tienen entre otros, los siguientes criterios para su ejercicio:

  i) *necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley;*
  ii) *no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa;*
  iii) *debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía;*
  iv) *debe obedecer al principio de solidaridad;*
  v) *debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad"*[42].

---

37 Ver Sentencia C-639 del 2010.
38 Véase la Sentencia SU- 157 de 1999, citado en Sentencia C-639 del 2010.
39 Sentencia C-616 del 2001.
40 Ibídem.
41 Véase la Sentencia C-228 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
42 *Sentencias* C-615 de 2002, reiterada en la C-870 de 2003 y en la C-277 de 2006, Sentencia T-291 de 1994, Sentencia T-240 de 1993 y Sentencia C-398 de 1995.

III. LÍMITES AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD ECONÓMICA: LA FUNCIÓN ESTATAL DE PREVENCIÓN DEL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE Y LA FORMACIÓN DE MONOPOLIOS.

Tal y como se refirió anteriormente, la Corte Constitucional ha considerado que la libertad económica tiene límites, especialmente orientados a evitar el abuso de la posición dominante y la formación de monopolios, temas que se desarrollan a continuación:

Evitar el abuso de la posición de dominante

Frente al abuso de la posición de dominante, la Corte indica en la Sentencia C-228 del 2010 lo siguiente:

"A partir de las regulaciones contenidas en el Decreto 2153/92, existe posición dominante cuando uno de sus oferentes, en razón de su grado de participación, tiene la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado. La posición dominante no puede considerarse, en sí misma, como una infracción al derecho de competencia, restringiéndose tal afectación a los comportamientos del agente constitutivos de abuso de la posición de dominio. Conforme a la misma normatividad, dichos actos refieren a:

- ***(i)*** **la disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos**
- *(ii)* la aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas;
- *(iii)* las conductas que tengan por objeto o como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones;
- *(iv)* la venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado;
- *(v)* vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente a aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción;
- *(vi)* obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización".

Igualmente se presenta cuando[43] una "empresa u organización empresarial tiene una posición dominante cuando dispone de un poder o fuerza económica que le permite

---

43 Véase también la Sentencia T-375 de 1997 en la que se definió la posición dominante como "...Un poder de mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable." Agregó la Corte que "[e]l poder de mercado implica menos

individualmente determinar eficazmente las condiciones del mercado, en relación con los precios, las cantidades, las prestaciones complementarias, etc., sin consideración a la acción de otros empresarios o consumidores del mismo bien o servicio. Este poder económico reviste la virtualidad de influenciar notablemente el comportamiento y la decisiones de otras empresas, y eventualmente, de resolver su participación o exclusión en un determinado mercado. La regulación constitucional y legal de la posición dominante de las empresas en el mercado tiene como finalidad evitar que estos sujetos, prevaleciéndose de su supremacía económica y comercial, que goza de la protección jurídica del Estado (artículo 58 de la C.P.), puedan utilizarla para eliminar a sus competidores"[44].

De esta manera, la finalidad de la Regulación frente al abuso de la posición dominante, parte de reconocer que en el mercado existen "conductas incorrectas en el mercado, tales como la elevación de precios, disminución de la oferta, baja de la calidad, etc., [que] afectan especialmente a los consumidores y usuarios de los bienes y servicios, razón por la cual, es incuestionable la finalidad de interés público que persigue el régimen de la competencia"[45].

Para el logro de dichos propósitos la Corte expresa que la regulación debe estar orientada bajo la "*finalidad [de] evitar que estos sujetos, prevaleciéndose de su supremacía económica y comercial, que goza de la protección jurídica del Estado (artículo 58 de la C.P.), puedan utilizarla para eliminar a sus competidores*".

En ese orden de ideas, la Corte reitera que, con la consagración del concepto de posición dominante "se ha querido evitar que un ente económico, válido de su poder, pueda sustraerse a una **competencia efectiva** en una parte importante del mercado, afectando no sólo la libertad económica sino también los intereses de los consumidores"[46]. De esta manera "[c]*uando se trata efectivamente de una situación de posición dominante, la labor del Estado es la de impedir el abuso de la misma a través de una serie de controles e instrumentos de intervención, que están orientados [entre otros] a evitar las siguientes conductas o prácticas contrarias a la honestidad y lealtad comercial: a) Imponer precios, b) limitar la producción, c) aplicar en la relaciones contractuales condiciones desiguales y d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias."*[47]

Otras conductas de abuso de la posición dominante, sujetos de control y definición de instrumentos por parte del Estado, están referidas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así[48]:

---

participación colectiva en la fijación de los precios y cantidades y, correlativamente, mayor unilateralidad y relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes que, de llegar a ser avasallantes, sustituyen los mecanismos de mercado".

44 Sentencia C-616 del 2001.

45 Ibídem.

46 Ibídem.

47 Ibídem.

48 Sentencia T-375 de 1997

1. Inequitativa fijación de precios. Ya sea por ser excesivamente altos en relación con los costos de producción o, en el otro extremo, excesivamente bajos hasta el punto de eliminar a los competidores como consecuencia de tácticas predatorias;
2. Negativa a contratar. Se configura cuando sin obrar un motivo objetivo y razonable, la empresa dominante rehúsa suministrar el bien que produce a quien lo solicita, eliminando o restringiendo la competencia en dicho mercado o reservándolo para sí;
3. Modificaciones estructurales de la empresa dominante. En algunos casos, las fusiones, adquisiciones y demás cambios estructurales que ocurran en la esfera o en el entorno de la empresa dominante, que conduzcan a potenciar aún más su posición de poder y a restringir de manera sustancial el margen restante de competencia todavía existente en el mercado, pueden estimarse como abusivos.

Prohibición a la formación de monopolios

Respecto de la formación de monopolios, la Corte Constitucional ha considerado que *"el monopolio, desde el punto de vista económico se describe como la situación que se da cuando una empresa o un individuo es el único oferente de un determinado producto o servicio"*[49], y dichas actividades se encuentra "proscrita por la Constitución, por cuanto restringe la libertad económica y distorsiona la libre competencia (Art. 334, inc. 4o.), de manera que sólo se admite cuando es de creación legal, con el carácter de arbitrio rentístico y para una finalidad de interés público o social (art. 336). Es decir, que la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos, están sometidos, por voluntad constitucional, a un régimen propio, fijado por la ley, a iniciativa del gobierno"[50]

Menciona la Corte que la Constitución no conlleva el deber de garantizar la libertad económica de manera absoluta, por el contrario, lo que se *"pretende igualmente [es] otorgar al Estado y a la comunidad, mecanismos para prevenir abusos y garantizar la equidad en las relaciones económicas. Por ello, la búsqueda de transparencia, la solidaridad, la interacción de los diferentes agentes y unidades económicas dentro de esquemas que promuevan la prosperidad general, la limitación en el ejercicio del poder monopolístico y del abuso de la posición dominante en el mercado, entre otros, son elementos que permiten limitar la libertad económica y de empresa"*[51].

Se resalta como conclusión que el "Estado tiene el deber y la facultad de evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo"[52].

---

49 Sentencia C-750 de 2008
50 Sentencia C-978 del 2010 tomando como referencia la Sentencia C 147 de 1997.
51 Sentencia 978 del 2010 tomando como referencia la Sentencia C-624 de 1998.
52 Sentencia 978 del 2010 tomando como referencia la Sentencia C-616 de 2001.

IV. LA LIBRE COMPETENCIA EN LAS TELECOMUNICACIONES DESDE LA MIRADA CONSTITUCIONAL.

En Colombia, desde el año 2009 la CRC, en Resolución 2062, constata la posición dominante de COMCEL S.A en el mercado relevante de telecomunicaciones "voz saliente móvil" justificando su intervención[53] en orden a corregir fallas de mercado evidenciadas. No obstante al 2016, aún continúa prolongándose las condiciones poco competitivas de los mercados móviles, incluyendo la transferencia de la dominancia a los servicios de datos móviles.

De acuerdo con los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional, la Comisión de Regulación de Comunicaciones en el marco de sus competencias[54], debe desplegar las acciones preventivas para impedir que se generen y se sigan consolidando barreras en los mercados móviles, las cuales, han conllevado a una obstrucción o restricción de la Libertad Económica en el sector de las comunicaciones móviles. La CRC debe impedir que se obstruya la libre y sana competencia, y por tanto, evitar se generen barreras para un mercado competido[55], así mismo, debe propiciar la remoción de "*los obstáculos que impiden el libre acceso a los mercados de bienes y servicios*"[56].

En este aspecto, no sobra recordar que en Sentencia C-616 del 2001, se conmina al Estado a impedir que se "obstruya o se restrinja la libertad económica, *y* evitar o controlar el abuso de la posición dominante que los empresarios tengan en el mercado"[57].

Además, se resalta que el desarrollo de monopolios privados está prohibido en la Constitución, por tanto, la CRC "tiene el deber y la facultad de evitar la conformación de monopolios"[58].

Para el cumplimiento de este propósito "la regulación legal (sic) [debe estar] orientada a preservar la libre y honesta competencia, se refiere básicamente a tres tipos de prácticas deshonestas: <u>en primer lugar, las prácticas colusorias entre empresarios para restringir la competencia; en segundo término, el abuso de posición dominante; y en tercer plano, la competencia desleal entre empresarios</u>"[59]. (subrayado añadido)

Así las cosas, la CRC está conminada a ejercer acciones de protección constitucional, bajo la dimensión de los deberes constitucionales institucionales, para proteger los derechos individuales y colectivos de los consumidores y las empresas. Para este propósito debe, entre otros, desarrollar acciones dirigidas a:

- La corrección de las distorsiones a la libre competencia, e impedir los abusos de la posición dominante[60], o la formación de monopolios.

---

53 Sentencia C-150 del 2003. MP Manuel José Cepeda citado en Resolución CRC 2062 del 2009.
54 Ley 1341 del 2009
55 Ver Sentencia C-639 del 2010.
56 Véase la Sentencia SU- 157 de 1999, citado en Sentencia C-639 del 2010.
57 Sentencia C-616 del 2001.
58 Sentencia 978 del 2010 tomando como referencia la Sentencia C-616 de 2001.
59 Ibídem.
60 Sentencia 978 del 2010 tomando como referencia la Sentencia C-616 de 2001.

- Apuntar a una regulación que redunde en un mayor bienestar para el usuario[61] y la maximización del ejercicio efectivo de la libre elección en un sistema económico competitivo[62].

- Igualmente, "*evitar y controlar todo aquello que se oponga a la libertad económica, dentro de lo cual está aquello que pueda constituir una restricción de la competencia*"[63]

Finalmente, es necesario expresar que los precedentes jurisprudenciales referidos, han mostrado una línea de decisión sumamente sólida como jurisprudencia de obligatorio cumplimiento para las Autoridades.

La Corte, de forma contundente, menciona que en el marco de la protección de libre competencia se tienen prohibiciones de naturaleza constitucional al abuso de la posición dominante, la prohibición de prácticas que restrinjan la libertad económica, y la proscripción de toda posibilidad de formación de monopolios privados.

A partir de lo enunciado, se genera un mandato de obligatorio cumplimiento para las Autoridades, teniendo presente además que bajo la dimensión institucional de enfoque preventivo, se muestra que "la regulación legal (sic) [debe estar] orientada a preservar la libre y honesta competencia"[64], e igualmente, se describe que se debe evitar que las labores de intervención del Estado solo estén dirigidas a tener un carácter sancionatorio ex post, porque de hacerlo, se "provocaría un déficit de protección del derecho a la libre competencia, puesto que diferiría su salvaguardia efectiva a la comprobación de una conducta constitutiva de abuso de posición dominante".

Se debe por tanto, asegurar el derecho a la libre competencia que tienen los consumidores, y las colectividades, garantizando la pluralidad de oferentes, y evitar la conformación de monopolios privados. Todas las actuaciones de las autoridades públicas, competentes en la materia, deben estar enfocadas en cumplir ese mandato constitucional, como parte vital para garantizar el funcionamiento de una sana economía, y la protección de los derechos de los ciudadanos.

Adicionalmente, so pretexto de la existencia de presuntas tarifas bajas en los servicios móviles, y de concomitantes posibles ventajas frente al bienestar del consumidor, no puede el regulador abstraerse de definir medidas en pro de la sana competencia. El regulador debe evitar se desconozcan los mandatos que la Carta Política que reconoce la libertad económica y el derecho a la libre competencia.

---

61 Sentencia C- 389 del 2002
62 Sentencia 815 del 2001
63 Sentencia C- 616 del 2001
64 Sentencia 978 del 2010 tomando como referencia la Sentencia C-616 de 2001.

No queda en duda el importante mandato constitucional que tiene en sus manos la CRC, para intervenir, en el marco de sus competencias, para definir regulación orientada al restablecimiento del equilibrio económico como parte del aseguramiento de las libertades económicas a que está llamada a proteger. De esta manera se evitará que se prolonguen posibles abusos de la posición dominante que actualmente pudieren estarse presentando en los mercados móviles, así mismo, se impida la consolidación de monopolios privados, que como se vio anteriormente, son comportamientos proscritos en la Constitución Política.

Bibliografía

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias:

T-425 de 1992

T-533 de 1992

T-240 de 1993

T-291 de 1993

C-398 de 1995

T-524 de 1995

T-375 de 1997

C-616 de 2001

C-815 de 2001

C-389 de 2002

C-995 de 2007

C-1125 de 2008

C-432 de 2010

C-978 de 2010

C-263 de 2013

C-447 de 2014