

**EL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN EL EJERCICIO DE LA  
LIBERTAD CONTRACTUAL**

**ROCIO CARVAJAL AGUIRRE  
ALVARO JAVIER GUERRERO**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO  
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO - JURIDICAS  
ESPECIALIZACION EN DERECHO COMERCIAL  
PASTO  
2013**

**EL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN EL EJERCICIO DE LA  
LIBERTAD CONTRACTUAL**

**ROCIO CARVAJAL AGUIRRE  
ALVARO JAVIER GUERRERO**

**Trabajo de Grado para optar a título de especialista en Derecho Comercial**

**Asesor: RAUL MONTEZUMA ENRIQUEZ  
Abogado  
Especialista Derecho de transporte**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO  
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO - JURIDICAS  
ESPECIALIZACION EN DERECHO COMERCIAL  
PASTO  
2013**

## **NOTA DE RESPONSABILIDAD**

Las ideas y conclusiones aportadas en el siguiente trabajo son responsabilidad exclusiva del autor.

Artículo 1<sup>ro</sup> del Acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1966 emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

**NOTA DE ACEPTACIÓN**

---

---

---

---

---

---

**JURADO**

---

**JURADO**

---

**ASESOR**

San Juan de Pasto, 25 de Febrero de 2013.

## DEDICATORIA

*Dedicamos este estudio a nuestros hijos quienes fortalecen cada día nuestro Espíritu y orientan nuestra vida personal y profesional, a nuestros padres a quienes les debemos la fortaleza de carácter, la dedicación y la disciplina, a todos nuestros familiares y a la comunidad académica que trabaja por la búsqueda de la verdad y por superar los límites del entendimiento.*

## CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	10
1.- METODOLOGIA DE LINEA JURISPRUDENCIAL	12
2.-DERECHO DE COMPETENCIA Y LIBERTAD ECONÓMICA	14
3.- AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD PRIVADA Y LIBERTAD CONTRACTUAL	17
4.- POSICIÓN DOMINANTE	24
5.- SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD	24
5.1 SENTENCIA C – 432 de 2010	24
5.2 SENTENCIA C – 1041 de 2007	26
5.3 SENTENCIA C – 616 de 2001	28
6. EXPLICACIÓN METODOLOGICA	31
6.1 JUSTIFICACIÓN DE LA LÍNEA	31
6.2 PROBLEMA JURÍDICO Y LAS TESIS QUE LO RESUELVEN	32
6.3 SENTENCIA ARQUIMÉDICA T-517 de 2006	33
6.4 INGENIERÍA DE REVERSA	36
6.4.1 Sentencia T-763 de 2005	36
6.4.2 Sentencia T-468 de 2003	39
6.4.3 Sentencia T-1118 de 2002	42
6.4.4 Sentencia T-1165 de 2001	43
6.4.5 Sentencia T-118 de 2000	44
6.4.6 Sentencia SU – 157 de 1999	45
6.4.7 Sentencia T-375 de 1997	48
6.4.8 Sentencia T- 057 de 1995	52
6.4.9 Sentencia T-240 de 1993	54
6.4.10 Sentencia T-594 de 1992	57
6.4.11 Sentencias T-660 de 2006 y T-724 de 2005	58
6.5 NICHO CITACIONAL	60
6.6 PATRON FACTICO	64
6.7 SENTENCIAS HITO	64
6.8 SUB REGLAS DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL	67
6.9 ESQUEMA GRAFICO DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL	71
CONCLUSIONES	72
BIBLIOGRAFIA	75

## **RESUMEN**

Se desarrolla en el presente trabajo de grado la construcción de una línea jurisprudencial en el área del derecho comercial que estudia cual es la postura de la Corte Constitucional en relación a la posición dominante en el ejercicio de la libertad contractual. El trabajo metodológico estructura la metodología de la línea jurisprudencial atendiendo los aspectos de problema jurídico, escenario constitucional, sentencia arkimédica, ingeniería de reversa, analogía estricta, nicho citacional y subreglas, para posteriormente enlazar a través de la narración jurídica pertinente las sentencias objeto de estudio en orden a determinar a través del conocimiento del conjunto jurisprudencial el patrón de decisión de la Corte Constitucional respecto al problema jurídico planteado.

## **ABSTRACT**

This degree work building a line of decisions in the area of commercial law which is studying the position of the Constitutional Court in relation to the dominant position in the exercise of freedom of contract. The methodological structure of the building line of cases addressing aspects of legal problem scenario constitutional arquimédica judgment, reverse engineering, strict analogy, citational and sub-niche, later linked through narration relevant legal judgments studied in order to determine through knowledge of the pattern set jurisprudential decision of the Constitutional Court regarding the legal problem raised

## GLOSARIO

**Posición dominante:** Es la posición de fortaleza económica de una empresa, que le permite evitar que en el mercado en cuestión se mantenga una competencia real por conferirle el poder de conducirse en buena medida con independencia de sus competidores, clientes y, en último extremo, de los consumidores

**Libertad Contractual:** Facultad derivada de la autonomía de la voluntad que otorga la posibilidad contratar o no contratar.

**Acción:** Demanda que se instaura para exigir judicialmente la declaración o ejecución de un derecho.

**Jurisprudencia:** Decisión de las altas cortes que conforman el sistema judicial.

**Subregla:** Formulación abstracta que permiten aplicar el derecho a un caso concreto.

**Ratio decidendi:** Principio, regla o razón general que constituye la base de la decisión judicial específica.

**Analogía:** Invocar la razón de una regla jurídica en un caso no previsto por ella pero que es semejante.

**Norma:** Regla dirigida a la ordenación del comportamiento humano.

## INTRODUCCION

En los negocios comerciales se presentan situaciones específicas desde celebran los contratos, sin embargo, su punto de creación se debe realizar determinando las condiciones equitativas para partes intervinientes en el mismo, lo cual no siempre ocurre, más cuando se tiene en cuenta las tendencias corporativas actuales donde la búsqueda y aseguramiento de los mercados es prioridad y por tanto, poco espacio queda a principios rectores de estas situaciones jurídicas que tienen origen en la Constitución y en la libertad de mercado y de empresa, cuestiones esenciales dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

En los contratos comerciales, la posición dominante es un punto esencial, más dentro de la economía y mercado colombiano, donde la regulación en el tema es escasa, anacrónica y sin mayor relevancia al compararla con los avances que tiene la sociedad y los mercados internacionales, más aun en el marco de pactos de integración regional del calibre de la Unión Europea, Comunidad Andina y de los tratados de libre comercio en los que se encuentra inmerso Colombia.

Por la problemática legislativa, la jurisprudencia, como fuente del derecho debe suplir sus vacíos y darle sentido a su espíritu, compaginándolo con la actualidad. Desde esa perspectiva, se propone la idea de una línea jurisprudencial que abarque el pensamiento constitucional para definir cuáles son los criterios a seguir en la definición de la posición dominante en el ejercicio de la libertad contractual y sus implicaciones sociales, jurídicas y económicas en un determinado mercado, concepto en el cual todos nos encontramos inmersos debido a la necesidad de satisfacer los requerimientos de la vida diaria.

Por otra parte, se debe advertir que el deber de quien construye la línea jurisprudencial no es forzar los conceptos del precedente, por el contrario, debe ser una posición neutral, desde donde se pueda apreciar cuales son las posturas

de la Corte, para posteriormente criticarlas u observarlas, pero desde una óptica donde el sistema de precedente pueda cumplir con su misión de servir de orientación a partes oscuras del conocimiento jurídico. Lo contrario, sería considerado un error metodológico de aplicación del método tan arduamente elaborado por el doctrinante Diego López Medina.

El trabajo metodológico a desarrollar en este orden de ideas se centra en un análisis jurisprudencial de referencia a través de la remisión a sentencias a través de la analogía estricta, aspecto que permite anclar y relacionar estructuras fácticas propias de escenarios constitucionales específicos, posteriormente se identifica a partir de la narrativa jurídica: hechos, ratio decidendi, analogía estricta y subreglas que precisan y delimitan una objetividad en el trabajo y otorgan validez a la línea jurisprudencial.

## 1. METODOLOGIA DE LINEA JURISPRUDENCIAL

La resolución de un problema determinado dentro de la metodología de línea jurisprudencial requiere una aproximación clara al concepto de escenario constitucional, respecto al cual se ha señalado: “Un “escenario Constitucional” es el patrón fáctico típico (con un correspondiente campo de intereses contrapuestos) en el que la Corte ha especificado, mediante subreglas, el significado concreto de un principio constitucional abstracto”<sup>1</sup>.

La elaboración del problema jurídico con base en el patrón factico identificado permite evitar la generalidad de la línea y abstraerse de un análisis eminentemente conceptual que se aleja de escenarios constitucionales concretos y precisos: “El investigador jurisprudencial, por razones que ya se han explicado, deber preferir la elaboración de problemas jurídicos concretos y descritos en términos fácticos en vez de problemas jurídicos meramente conceptuales. Debe por tanto desarrollar una línea jurisprudencial para cada escenario constitucional”<sup>2</sup>.

Las argumentaciones expuestas permiten orientar la construcción de la línea jurisprudencial objeto de estudio alejada de la perspectiva conceptualista y en este orden de ideas, se hace necesario determinar que son objeto de estudio y análisis en la línea sub examine las sentencias tipo T, las cuales corresponden por la resolución de casos particulares al patrón ideal para determinar escenarios fácticos, sin embargo, no se desconoce la importancia de las sentencia de constitucionalidad o Tipo C las cuales se relacionan y estudian de manera independiente al escenario factico estructurado, por cuanto a criterio de los investigadores son esenciales para observar conceptualizaciones y reconceptualizaciones desarrolladas por la Corte Constitucional, que inclusive se

---

<sup>1</sup> LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Bogotá D.C.: Legis. 2007. pág.148

<sup>2</sup> Ibidem, pág.187

deben destacar por cuanto las mismas en sentido general pueden construir o reconstruir una nueva teoría o explicación que a la postre puede tener injerencia directa sobre los escenarios facticos de una línea jurisprudencial en particular, pero que dentro del problema jurídico planteado por corresponder a sentencias de exequibilidad en primera instancia se presentan al observador como referentes conceptuales y de argumentación de validez frente a la constitucionalidad de una norma dentro del contexto político y social del Estado Colombiano.

La técnica de investigación a través de línea jurisprudencial requiere que la construcción de la línea este totalmente apartada de la afinidad conceptual, por cuanto la misma se agrupa en torno a problema jurídicos precisos y determinados que canalizan el esfuerzo investigativo para evitar ahondar en sentencias que no tienen relación alguna con el objeto de estudio. Es preciso en consecuencia que los hechos presentes en cada una de las sentencias que conforman la línea jurisprudencial se parezcan lo suficiente a los hechos materiales y relevantes del caso<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Ibidem, pág 168

## 2. DERECHO DE COMPETENCIA Y LIBERTAD ECONÓMICA

Dentro del ordenamiento jurídico Colombiano se predica el establecimiento de un derecho de competencia el cual se circunscribe en la Carta Política al artículo 333, garantizando en este sentido una finalidad política clara y determinada respecto a tan vital aspecto dentro de del Estado Social de Derecho.

Es válidamente reconocido que el Derecho de Competencia se envuelve a tres ejes principales: 1.- La prohibición de prácticas comerciales restrictivas, 2.- La prohibición de la competencia desleal, y 3. El derecho de los consumidores, dichos ejes tienden a proteger el orden económico al interior de un Estado:

En donde prima como referente de protección primario el mercado del comercio, este es el bien jurídicamente tutelado o protegido y encarna un interés público, por ende de general importancia para el entorno social..., se procura que la competencia entre comerciantes esté reglada por normas que defiendan la libertad para competir y la igualdad de condiciones que garantice a los participantes para competir sanamente.<sup>4</sup>

El derecho de competencia tiene su origen remoto en el Imperio Romano en la cual el sistema capitalista e individualista propio del imperio determinaba la necesidad de regulaciones normativas, situación que se hizo evidente y necesaria toda vez que la economía se tornaba libre en cuanto al mercado en desmedro de los consumidores, en este sentido se ha precisado:

El derecho de la competencia, tal como lo conocemos hoy día, surgió y tomó cuerpo en Estados Unidos. Algunos doctrinantes, como el inglés EDWARD COKE, afirman que hay evidencias de que los monopolios estaban prohibidos desde el derecho romano, luego implícitamente en la Carta Magna y en ciertas leyes del rey Eduardo III. Sin embargo, por el estado de evolución incipiente de la ciencia económica, no se puede decir que estas normas expedidas en forma ocasional y desarticulada conformaran un cuerpo legislativo o doctrinario con entidad propia.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> ROA REYES, Nelson. LA COMPETENCIA LEAL Y LIBRE COMPETENCIA. Segunda Edición. Bogotá D.C.: s.n. 2012. pág 100.

<sup>5</sup> MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. "Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica" en Cedec III. Bogotá: s.n. 2002, pág. 147.

Igualmente se tiene como un antecedente normativo importante la ley Sherman que puntualmente enfrenta uno de los problemas implícitos al derecho de competencia el cual se constituye en la existencia de Monopolios:

La ley Sherman (Sherman Act), que es aún la ley fundamental del derecho antimonopolios en los Estados Unidos, fue creada con objeto de destruir aquellas combinaciones tendentes a restringir la competencia. Para ello, la ley Sherman prohíbe los acuerdos tendentes a restringir el comercio y todos los actos tendentes a obtener un monopolio sobre cualquier parte del mercado.<sup>6</sup>

En orden a preservar el derecho de competencia la Corte Constitucional ha precisado los conceptos que determinan inicialmente que debe entenderse por libertad de competencia al respecto la sentencia C-616 de 2001 precisa: “La competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas) en u marco normativo, de igualdad de condiciones ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios. La libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita”<sup>7</sup> .

La protección del derecho de competencia se torna esencial en Estado Social de Derecho por cuanto el Estado garantiza la libertad económica que prescribe la libertad de empresa y en este orden de ideas “la competencia” se enmarca dentro de una órbita de ius fundamentalidad por conexidad:

“Desde una óptica subjetiva que involucra la empresa y dentro de ella la libertad de competencia que es un principio básico de operación, es un derecho no fundamental de todas las personas a participar de la vida económica de la nación ( sobre esta punto la corte ha hecho ver que si bien las libertades económicas no son derechos fundamentales per se y que, además, pueden ser limitados ampliamente por el legislador, no es posible restringirlos arbitrariamente ni es factible impedir el ejercicio, en igualdad de condiciones, de todas las personas que se encuentren condiciones fácticamente similares (C.P. art 13 y 333), por

---

<sup>6</sup> E. THOMAS SULLIVAN y HERBERT HOVENKAMP, “Antitrust law policy and procedure”, The Michie Company, 1984, págs. 16 y ss. Citado por ALFONSO MIRANDA LONDOÑO en “El derecho de la competencia en Colombia”, en Revista de Derecho Económico, núm. 9, 1989, pág. 69.

<sup>7</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-616 DE 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

consiguientes es viable predicar la ius fundamentalidad de estos derechos cuando se encuentren en conexidad con un derecho fundamental, esto es cuando su ejercicio sea el instrumento para hacer efectivo un derecho fundamental, como por ejemplo el de igualdad.<sup>8</sup>

La problemática suscitada en la línea jurisprudencial se enfoca de manera directa en determinar la posición o patrón de decisión de la Corte Constitucional en relación a la libertad contractual y la posición dominante, pero igualmente de manera indirecta toca aspectos que recaen directamente sobre un componente esencial el cual se constituye en el derecho de los consumidores, en este sentido, la teleología de los fallos constitucionales se orienta en protección de los derechos fundamentales de los consumidores, posición que ocupan los asociados dentro de un Estado cuando establecen relaciones económicas en orden satisfacer sus necesidades vitales. El rol de consumidor del ciudadano esta íntegramente relacionado con la historia de la humanidad:

A través de la historia, el hombre se ha caracterizado por tener una esencia social, económica, política, cultural y jurídica que le ha permitido interrelacionarse con sus semejantes, lo cual da lugar a generar vínculos comerciales, entendiéndose estos como la obligación de los pueblos y de sus integrantes, de producir e intercambiar bienes y servicios para satisfacer de esta manera sus necesidades vitales.

Teniendo en cuenta la relación anteriormente enunciada, surgen dos figuras en dicho trato, como son el productor o distribuidor de bienes y el sujeto que tiene la necesidad de aprovechar tal bien, creándose de esta manera la figura del consumidor, quien es el destinatario de toda relación comercial - jurídica, y que es el último en la escala jerárquica del objeto industrial y Para aclarar el concepto, Berkemeyer plantea acerca de la noción que en lo antiguo, se consideraba consumidor a quien adquiría cualquier clase de producto. Posteriormente, se amplió ese concepto con la incorporación del usuario al sistema de protección de normas que originariamente se refería.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 157 de 1999. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>9</sup> BERKEMEYER, Hugo. Protección jurídica del consumidor y usuario. Asunción: Intercontinental Studio. 1991, p. 20.

### 3. AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD PRIVADA Y LIBERTAD CONTRACTUAL

Las relaciones económicas que los particulares establecen entre sí y que se generan a través de contratos están determinados por el principio de la autonomía privada, la cual se constituye en el fundamento del negocio jurídico y la obligatoriedad de sus declaraciones, este concepto construido históricamente tiene su antecedente mediato en el código francés:

La autonomía privada siempre fue el instrumento idóneo para la realización o perfeccionamiento de una relación contractual en aquellos regímenes que de alguna manera se vieron influenciados por el Código francés, como es el caso del ordenamiento colombiano. De acuerdo a esa idea el contrato es ley privada generada por la recíproca voluntad contractual de las partes, de tal manera que sus conductas deben remitirse únicamente a lo por concepción tan individual, como lo veremos, fue perdiendo fuerza por diversos factores normales en la evolución de las sociedades, ellos acordado.<sup>10</sup>

Tratándose de una aproximación conceptual a la autonomía privada que involucre una visión amplia del concepto y lo vincule con su rol jurídico en la sociedad es acertado afirmar que la misma consiste en:

Sí tratásemos de dar una definición de autonomía privada siempre tendríamos que pensar en actitudes de tipo personal o subjetivas como autorregulación ó autodeterminación, que de alguna forma dan una idea de autonomía privada como actitud subjetiva del ser humano; de acuerdo a esto definiríamos autonomía privada como aquella potestad que tiene el ser humano para autorregularse, y ser soberano en sus propias decisiones en general. Este concepto genérico adquiere gran importancia cuando se refiere a las personas y entonces se llama autonomía privada, y se define como el poder que el ordenamiento jurídico confiere al individuo para gobernar su propia esfera jurídica.<sup>11</sup>

Por otra parte en una muy acertada definición Emilio Betti sostiene: "La autonomía normativa se define como el poder atribuido a entes no soberanos para expedir normas jurídicas equiparadas a las normas del ente soberano"<sup>12</sup>, atado inescindiblemente al concepto de autonomía de la voluntad se encuentra el concepto de libertad contractual frente al cual se establece:

---

<sup>10</sup> ROMANO, Salvatore, Autonomía Privada, en "Studi in Onore di Francesco, Messineo", Milano, Giuffrè. T. IV. s.l.: s.n. 1.959, pág. 87

<sup>11</sup> BAMBACH SALVATORE, María Victoria. Contratos, Jornadas de Derecho Privado, Universidad de Chile 1.993. Santiago: s.n. s.f. pág 49.

<sup>12</sup> BETTI, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico, trad. A. Martín Pérez. Madrid: s.n. 1959, pág. 47

...si las partes en una relación contractual expresan su consentimiento de la forma ya explicada, es decir, con plena libertad contractual por parte de ambos contratantes, estaremos ante una relación jurídica que estará presumiblemente investida de gran justicia y equidad, por como vinculantes por partes aquellos que se contratos encuentran libremente jurídicamente lo menos originalmente, en el momento de la celebración del contrato, porque como bien lo dice la jurista chilena, ninguna dependerá del arbitrio de la otra y ambas están en situación de velar por su propio interés. Si se logra por las partes una relación jurídica con las características mencionadas, estaremos ante una autodeterminación por parte de los sujetos que se obligan, que de alguna forma implica una actividad creadora de derecho. Y es que es tan real lo acotado, que las mismas legislaciones de derecho privado así lo establecen. Podemos mencionar nuevamente lo dispuesto por nuestra legislación, al referirse en materia de contratos privados al principio de que "los contratos son ley para las partes"<sup>13</sup>.

En el sentido anteriormente expuesto la libertad contractual se concreta en la facultad que tienen las partes de manifestar libremente su consentimiento o su negativa de convenir un contrato u obligarse a través de una relación contractual, en lo pertinente este acercamiento al concepto de libertad contractual es esencial al abordar el estudio de línea jurisprudencial:

La autonomía privada va tan ligada con la libertad contractual, que además de ser una género y la otra especie, esa autonomía es una manifestación de la libertad que obedece a una iniciativa nacida de una necesidad, que en este caso en particular se va satisfacer a través de un contrato, y, es aquí, especialmente, donde se puede recordar aquellas primeras clases de contratos, cuando se nos enseñó sobre las funciones de los mismos. Una primera función económica como medio tendiente a solventar una necesidad y una función jurídica como instrumento apto para una regulación vinculante de intereses, y, es en ese preciso momento de necesidad de satisfacer ese algo, cuando aparece la autorregulación ya mencionada que vincula a las partes por una razón autónoma y libre, que se ve en primera medida limitada por ciertas reglas de conducta que deben ser observadas.<sup>14</sup>

En estricto rigor jurídico la doctrina ha determinado frente a libertad contractual que la misma se despliega de dos formas a saber: la libertad de conclusión y la libertad interna de configuración, la primera de las cuales se aproxima al concepto

---

<sup>13</sup> Op. Cit. BAMBACH SALVATORE, María Victoria. pág 1.

<sup>14</sup> BETTI, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico, de. R.D.P. T.1. Madrid: s.n. 1.959. pág. 43

esgrimido y sostenido como supuesto fáctico en la línea jurisprudencial objeto de estudio:

La libertad contractual, según el jurista chileno Jorge López Santamaría "comprende la libertad de conclusión y la libertad de configuración interna de los contratos. En base a la libertad de conclusión, se afirma que las partes son libres para contratar o para no contratar, y, en caso afirmativo, para escoger el cocontratante. En base a la libertad de configuración interna, las partes pueden fijar las cláusulas o contenido del contrato como mejor les parezca... Como dice el ilustre jurista chileno, en este caso la voluntad se configura en la forma en que se quiere contratar, habiéndose tomado ya esa decisión libre, espontánea y subjetiva de contratar, que no es más que la llamada libertad.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> LOPEZ SANTAMARIA, Jorge, "Los Contratos (Parte General)", Santiago de Chile: s.n. 1.986, pág. 187.

## 4. POSICIÓN DOMINANTE

Para entender el concepto que se trata en el trabajo, es necesario indicar cuál es el concepto de posición dominante de una empresa, el cual nace desde el tratado de Roma constitutivo de la Unión Europea de 1957, el cual, mediante los Artículos 85 y 86 indica la forma en la que debe aplicarse las normas para la competencia en cuanto a la prohibición de las prácticas restrictivas de la competencia y el abuso de la posición dominante

Primero se debe aclarar que el abuso de la posición dominante es un concepto que según el parlamento europeo, consiste en:

[...] Es la posición de fortaleza económica de una empresa, que le permite evitar que en el mercado en cuestión se mantenga una competencia real por conferirle el poder de conducirse en buena medida con independencia de sus competidores, clientes y, en último extremo, de los consumidores. La existencia de una posición dominante se determina con ayuda de indicadores de los que el principal es estar en posesión de una gran cuota de mercado. Entran en consideración también la debilidad económica de los competidores, la ausencia de competencia latente o el dominio del acceso a recursos y tecnología.<sup>16</sup>

Bajo esta cuestión puede observarse que en principio, lo concerniente a la posición dominante se reputa hacia la competencia, pero que también se tiene en cuenta, aunque desde un segundo plano, los consumidores.

El fundamento constitucional de la libertad de empresa y por ende, de la restricción al abuso de la posición dominante está dado por el Artículo 333, desde donde se puede apreciar en el inciso 4 que es un mandato estatal el impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica y a su vez deberá evitar o controlar

---

<sup>16</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO. Caso United Brands 27/76, de 14 de febrero de 1978. En: EUR-Lex. s.l, s.f. (Consultada: 25 Octubre de 2012. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976J0027:ES:NOT>

cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.<sup>17</sup>

Sin embargo, esta concepción se da desde el citado Tratado de Roma de 1957, en cuyos artículos 85 y 86 se puede observar las normas relativas a la libre competencia y el abuso de la posición dominante, este concepto, en la Comunidad Europea se ha tomado como: “un poderío económico, es decir, la capacidad de ejercer sobre el funcionamiento del mercado una influencia sustancial y en principio también previsible para la empresa dominante”<sup>18</sup> y más adelante indica lo que considera la Comisión Económica Europea al respecto “[L]a posición dominante contemplada por [el artículo 86 del Tratado] se refiere a una situación de preponderancia económica mantenida por una empresa que le confiere el poder de impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado en cuestión proporcionándole la posibilidad de aplicar comportamientos independientes en una medida apreciable frente a sus competidores, a sus clientes y finalmente a los consumidores.”<sup>19</sup>

El problema radica en la forma de determinar la existencia o no de la posición dominante; según Braakman<sup>20</sup>, este hecho puede ser el producto de la suma de varios criterios, uno de los más relevantes son las cuotas de mercado, al respecto ha indicado lo siguiente:

Por regla general, las cuotas de mercado inferiores al 20% excluyen la existencia de una posición dominante porque sólo pueden impedir la existencia de una competencia efectiva en circunstancias totalmente excepcionales. Por el contrario, las cuotas de mercado especialmente elevadas – del 50% en adelante – permiten en general llegar a la conclusión de la existencia de una posición dominante.

---

<sup>17</sup> CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA DE 1991, Artículo 333.

<sup>18</sup> BRAAKMAN August J. Aplicación De Los Artículos 85 & 86 Del Tratado Ce Por Las Jurisdicciones Nacionales De Los Estados Miembros [En línea]. En: Europa, s.l, s.f. Consultado (11 de Junio de 2012) disponible en: [http://ec.europa.eu/competition/publications/art8586\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/art8586_es.pdf)

<sup>19</sup> Ibidem. 169

<sup>20</sup> Ibidem. p.170

Cuando las cuotas de mercado están comprendidas entre los valores de referencia citados, es necesario recurrir a medios de prueba suplementarios para determinar el dominio del mercado. En ese caso, es necesario tener también en cuenta el número y la fuerza de los competidores existentes. Otros elementos que pueden confirmar la existencia de una posición dominante son la capacidad financiera de la empresa, su integración vertical, en la medida en que ésta le confiere un acceso privilegiado a los mercados de compra o de venta, un avance tecnológico o comercial sobre los competidores, la existencia de barreras a la entrada para los recién llegados, así como la ausencia de competencia potencial.<sup>21</sup>

Para el caso de Colombia, la situación de la posición dominante de la empresa o empresas sobre un mercado y su abuso, se debe considerar que tal desarrollo no ha sido extenso, el precedente se encuentra en la ley 155 de 1959 y por tanto, las empresas se han visto en la libertad de ejercer y abusar de esta calidad que pueden tener sobre el mercado. Por esta misma razón, el desarrollo jurisprudencial al respecto es sumamente limitado pues no hay casos donde se haya presentado a menudo esta situación, e igualmente, de presentarse, se debe tener en cuenta que el habilitado para dirimirla será la superintendencia de sociedades o la de industria y comercio, siendo raro el caso que llegue a la Corte Constitucional.

Cabe destacar que esta ley 155 de 1959 le da al estado el deber de vigilar las empresas que gozan de una posición dominante en el mercado, así puede leerse en el artículo 2 “Las empresas que produzcan, abastezcan, distribuyan o consuman determinado artículo o servicio, y que tengan capacidad para determinar los precios en el mercado, por la cantidad que controlen del respectivo artículo o servicio, estarán sometidas a la vigilancia del Estado para los efectos de la presente ley.”

En cuanto a la legislación, se encuentra la ley 159 en su artículo 8, que indica una posición cercana a la definición de posición dominante y su abuso dentro de la legislación colombiana, allí se puede leer “Las empresas comerciales no podrán emplear prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a monopolizar la

---

<sup>21</sup> Ibid. p.171

distribución, ni ejecutar actos de competencia desleal en perjuicio de otros comerciantes.”, esta definición se puede encontrar de una manera más puntual en el Decreto 2327 de 1991, desde donde se regula lo atinente a las empresas de transporte marítimo; en el numeral 4 del artículo 30 se puede leer:

Se considera práctica restrictiva o discriminatoria el abuso de posición dominante que tenga una empresa de transporte marítimo nacional o extranjera, en un determinado tráfico. Se considera que existe posición dominante cuando una empresa de transporte marítimo, nacional o extranjera es la única oferente del servicio de transporte marítimo o cuando no tiene una competencia efectiva en el mercado. Habrá abuso de dicha posición dominante cuando se cobren tarifas o recargos excesivos o injustificados que no tengan relación con los costos reales de operación.

Cronológicamente, se tiene el decreto 2327 de 1991, norma especial para el transporte marítimo, donde se indica que existe posición dominante cuando una empresa dedicada a tal negocio es la única que lo ofrece en el mercado o cuando de no serlo, no tiene una competencia efectiva, se abusa de esta posición cuando “se cobren tarifas o recargos excesivos o injustificados que no tengan relación con los costos reales de operación”.

Por otra parte, el artículo 50 del decreto 2153 indica que situaciones, en el caso de una empresa tener posición dominante, constituyen un abuso de la misma:

Otra de las legislaciones relacionadas es la ley 182 de 1995, donde se faculta a la Comisión Nacional de Televisión para evitar la formación de una posición dominante en el mercado o monopolio frente al uso del espectro electromagnético.

Finalmente, se tiene la ley 142 de 1994 que regula la prestación de servicios domiciliarios, en su artículo 2, numeral 2.6 indica que el Estado debe garantizar la libertad de competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante.

La misma ley tiene una definición para la posición dominante siendo "la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una

empresa respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado<sup>22</sup>". Tal concepto se compagina con el artículo 30 y 34, donde se amplía el concepto y los casos donde se indica la existencia del abuso de la posición dominante. Por su parte el artículo 73 indica cuales son las funciones y facultades de las Comisiones de Regulación de los Servicios Públicos con respecto al abuso de la posición dominante los cuales se amplían en los artículos 98, 132 y 133.

Pese a lo anterior, no se tiene un concepto claro acerca de lo que se considera la posición dominante y como debe sancionarse en el orden empresarial, de esta manera, se muestra la necesidad de identificar el régimen y los conceptos que en el caso de los vacíos normativos de la materia se deben llenar por parte de la jurisprudencia. En ese orden de ideas y adelantándose al análisis de las jurisprudencias, se puede traer a colación el concepto dado por la Corte Constitucional donde se define a la posición dominante como: "[...] La posibilidad de ejercer un comportamiento independiente respecto de los precios, condiciones de venta, volúmenes de producción y sistemas de distribución de bienes y servicios dado el control que ella puede ejercer sobre una parte significativa del mercado en razón de la magnitud de sus recursos financieros, tecnológicos o del manejo estratégico de materias primas o demás factores económicos."<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA Ley 142 de 11 de julio 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. En: Secretaria del Senado, Bogotá, s.f. (Consultada 12 de Julio de 2012). Disponible en <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2752>

<sup>23</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-240 del 24 de junio de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [en línea]. En: Rama Judicial, s.l, s.f. (Consultada 7 de Junio de 2012) disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-240-93.htm>

## **5. LAS SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD**

Si bien es cierto se aborda en este acápite de manera concreta las sentencias tipo C que hacen alusión a la libertad contractual y la posición dominante, no debe pasarse por alto que el punto inicial de la línea será la sentencia T-517 de 2006, con ponencia del Doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, sentencia en la cual se expone que una persona necesita contratar un seguro judicial con el cual pudiera prestar caución dentro de un proceso penal para embargar al tercero civilmente responsable, sin embargo, al ser el tercero una aseguradora, ninguna otra compañía del ramo, quería asegurar el negocio debido a la existencia de un pacto entre estas compañías, el que se hacía efectivo cuando, por el eventual perjuicio, la perjudicada era otra aseguradora. El fundamento de la respuesta negativa consistía en que éstas se reservaban el derecho del riesgo de su expedición.

Claramente estructurado el escenario constitucional sobre sentencias tipo T, se procede a exponer todas las sentencias tipo C que están vinculadas con la línea jurisprudencial objeto de estudio.

### **5.1 SENTENCIA C – 432 de 2010**

Debe destacarse el valor de la sentencia C-432 de 2010, por cuanto la misma aborda la exequibilidad de la ley 1328 de 2009 y a su vez ratifica aspectos conceptuales de la Sentencia C-616 de 2001 la cual de manera clara y precisa determina el concepto de la posición dominante y su existencia, la cual se da en el momento en que:

Una empresa u organización empresarial [...] dispone de un poder o fuerza económica que le permite 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.

La sentencia C-432 de 2010, igualmente realiza un anclaje con la sentencia C-1041 de 2007, en relación con el fenómeno de la posición dominante en el sector salud, con respecto al cual la Corte consideró:

La posición dominante, por su parte, consiste en una sustracción de la competencia efectiva, en una situación de fortaleza en la cual se encuentra una determinada empresa, la cual le permite evitar que en un mercado determinado se mantenga una competencia real por conferirle el poder de conducirse en buena medida con independencia de sus competidores, clientes y, en últimas, de los consumidores. La existencia de una posición dominante se determina con ayuda de indicadores económicos, de los cuales el principal es estar en posesión de una gran cuota de mercado. También es necesario tomar en consideración la debilidad económica de los competidores, la ausencia de competencia latente o el dominio del acceso al recurso o a la tecnología.

Este concepto está enfocado en la capacidad de una empresa para la actividad que realiza en el mercado y respecto de este, debe incluirse los consumidores de productos, quienes son los destinatarios finales de los servicios.

Un concepto similar es el que tiene el Sistema de Información sobre el Comercio Exterior – SICE –; para tal organismo, el abuso de la posición dominante consiste en aquellas prácticas comerciales anticompetitivas en las que puede incurrir una empresa con el fin de conservar o reforzar su posición en el mercado. Estas prácticas, que no están exentas de controversia, pueden considerarse una explotación “abusiva o inadecuada” del control monopólico de un mercado a fin de restringir la competencia. Entre ellas se encuentran el cobro de precios excesivos, la discriminación en materia de precios, la fijación de precios predatorios, la negativa a tratar y a vender, y las ventas condicionadas, pero la definición de una práctica comercial como abusiva varía según el caso y el país.

Tomando en consideración este último punto, una de las prácticas que competen al abuso de la posición dominante es la negativa a tratar y vender los productos o servicios que ofrecen con fundamento en el ejercicio de la libertad contractual.

Así las cosas, se puede encontrar que se ha configurado una posición dominante por parte del ramo asegurador en general y frente al cual, el usuario no puede reaccionar, siendo esta una posición de indefensión, es evidente como se da el enfrentamiento entre la posición dominante y el derecho a la libertad contractual.

Como respuesta de la Corte ante la tensión presentada se expone:

No es jurídicamente admisible darle efectos a la discrecionalidad absoluta respecto a si se otorga o no una Póliza de Seguros en tratándose de actividades de interés público que exigen tener en cuenta razones que conlleven la prevalencia del bien común, y protección de la parte débil, o que se encuentre en estado de indefensión, o cuando se trate de proteger un derecho fundamental.

Así entonces, la respuesta que se da esta marcada por la protección de los derechos ajenos y el no abuso de los propios, siendo el fundamento para el presente asunto.

## **5.2 SENTENCIA C – 1041 de 2007**

La providencia en cuestión es un examen de constitucionalidad al Artículo 15 de la ley 1122 de 2007 el cual reza literalmente:

Artículo 15. Regulación de la integración vertical patrimonial y de la posición dominante. Las Empresas Promotoras de Salud (EPS) no podrán contratar, directamente o a través de terceros, con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud. Las EPS podrán distribuir este gasto en las proporciones que consideren pertinentes dentro de los distintos niveles de complejidad de los servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud.

El Gobierno Nacional reglamentará dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de la presente ley, las condiciones de competencia necesarias para evitar el abuso de posición dominante o conflictos de interés, de cualquiera de los actores del sistema de salud.

Dése un período de transición de un (1) año para aquellas EPS que sobrepasen el 30% de que trata el presente artículo para que se ajusten a este porcentaje.

Como puede observarse, el artículo restringe la integración vertical de las empresas prestadoras del servicio de salud y su posición dominante en el mercado al no poder contratar más del 30% del valor del gasto con sus propias IPS.

El cargo específico relacionado con la posición dominante, lo entra a explicar la corte de la siguiente manera:

(i) La Constitución no prohíbe la posición dominante sino el abuso de ella; (ii) El abuso de posición dominante está determinado por la existencia de un poder eficaz y unilateral para sustraer la competencia del mercado y establecer el precio, calidad y cantidad de los bienes o servicios; (iii) en materia de salud el abuso de posición dominante es casi imposible porque el Estado regula el precio de los bienes, las condiciones del servicio y los estándares de calidad, e incluso la oferta mínima; además, el legislador impide la discriminación (establece las prestaciones a que tiene derecho el usuario) y establece un principio de libertad de elección entre los diferentes prestadores del servicio; (iv) la integración vertical no implica ni posición dominante ni mucho menos el abuso de la misma, en tanto que no hay una capacidad de las EPS de controlar el mercado, los bienes ofertados y las condiciones de los mismos; (v) los abusos en casos particulares frente a un usuario, no son un problema normativo y de prohibición de la integración vertical, sino de supervisión, control y sanción.

Como parte del ejercicio de constitucionalidad de la norma, la Corte se decanta en varios aspectos atinentes a la posición dominante, entre estos el concepto que se maneja y en el cual se indica que uno de los criterios principales para determinar su existencia es el poder que se tenga sobre un mercado, además de otros factores eminentemente económicos, como lo es la posición de indefensión de los competidores la ausencia de competencia latente o el dominio del acceso al recurso o a la tecnología, todo lo anterior en el marco del artículo 333 constitucional, así, la consideración es que este marco de desarrollo impide el abuso de tal condición que ostente una determinada empresa e igualmente, propende por su prevención, cosa que, en palabras de la Corte, busca artículo que se denuncia como contrario a la carta política; así mismo, esta concepción se complementa con lo expresado por el deseo de la ley 100 de 1993, que en su artículo 183, parágrafo 2º donde se lee “El Estado, por mandato de la ley, impedirá

que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”., así, según la Corte, “la misma redacción de la disposición constitucional se deriva que el deber del Estado no se limita a controlar abusos de la posición dominante, imputables a personas o empresas, sino igualmente a prevenir que los mismos tengan lugar en el futuro. En esta línea se incardina, precisamente, el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007”, por lo tanto, se concluye que no hay lugar a la inconstitucionalidad de la norma.

### **5.3 SENTENCIA C – 616 de 2001**

En esta providencia, se analiza el concepto de posición dominante desde el punto de vista del concepto y la regulación de la misma en el ámbito negocial de las empresas prestadoras del servicio de salud – EPS – a partir del análisis que se hace de la norma Constitucional contenida en el Artículo 333, desde ese punto lo que se indica es la prohibición al abuso de la posición dominante, mas no el hecho que esta exista de manera efectiva en manos de una empresa y además, cuya consecución se haya hecho de manera legal y efectiva. Así entonces, se indica cual es la labor del Estado cuando se ha obtenido esa posición dominante desde un ámbito de intervención del mismo:

La posición dominante es un concepto económico que se deriva de la especial situación que un determinado agente económico tiene en el mercado. Dicha posición, ciertamente, puede configurarse a partir de condiciones de ventaja o privilegio que de la actividad del Estado se deriven para ciertas personas, pero es claro que, aún en este evento, la posición dominante que adquiriera una persona no proviene de la actividad del Estado sino del efecto que dicha actividad tiene en un mercado de competencia. Esto permite distinguir la figura de la situación que se presenta en los sectores intervenidos, en los cuales el control sobre el mercado proviene, no de una condición fáctica, sino de los elementos de regulación propios del sector.

Cuando 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 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.

Adicionalmente, indica que el legislador en materia de prestación de servicios de salud y aun cuando está de por medio la iniciativa privada, se encuentran prohibidas las conductas que estén orientadas a restringir la competencia, así, se tiene que el artículo 185 de la ley 100 de 1993 establece

Están prohibidos todos los acuerdos o convenios entre instituciones prestadoras de salud, entre asociaciones o sociedades científicas y de profesionales o auxiliares del sector salud, o al interior de cualquiera de los anteriores, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud". Dicho artículo agrega que "... se prohíben todos los acuerdos o convenios entre IPS entre asociaciones o sociedades científicas, y de profesionales o auxiliares del sector salud, o al interior de cualquiera de los anteriores, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud, o impedir restringir e interrumpir la prestación de los servicios de salud.

Finalmente, al entrar a determinar si una EPS, en virtud de las prerrogativas otorgadas por el Estado, tiene o no posición dominante del mercado de la salud, la Corte indica que esto puede llegar a ocurrir en virtud de la libertad bajo la cual puede prestar el servicio de salud de manera autónoma o puede contratar la prestación de servicios por parte de un tercero, aceptando un contrato bajo el que se desarrolle el negocio jurídico y se reporte un margen de utilidades a la EPS. Para el efecto se indica el artículo 8 del decreto 1663 de 1994, donde se define que la posición dominante en el caso del mercado de servicios de salud es: "[l]a posibilidad que tiene una empresa o persona de determinar, directa o indirectamente, las condiciones en su respectivo mercado".

Esta definición a su vez se compagina con lo que se expresa en el artículo 9 del mismo decreto, siendo la primera norma la que indica cuales actos se pueden considerar como un abuso, entonces se tienen las siguientes normas:

1. La disminución de precios o tarifas por debajo de los costos, cuando tenga por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de estos en el mercado.

2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un afiliado o proveedor en situación desventajosa frente a otro usuario o proveedor de condiciones análogas.
3. Las que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar la prestación de un servicio de salud a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituirían el objeto del mismo, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.
4. La distribución o venta de bienes o la prestación de servicios de salud a un afiliado en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro, cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.
5. Distribuir o vender bienes o prestar servicios de salud en alguna parte del territorio colombiano a un precio o tarifa diferente de 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 o tarifa no corresponda a la estructura de costos de la transacción.

En la disposición final, la Corte encuentra que tal normatividad está ajustada al ordenamiento jurídico y por ende, la decisión está orientada a la exequibilidad de la norma, siendo una problemática de los entes de control el sancionar la posible existencia de un abuso de la posición dominante.

## **6. EXPLICACIÓN METODOLOGICA**

### **6.1 JUSTIFICACIÓN DE LA LÍNEA**

La línea jurisprudencial se justifica frente a una situación jurídica de común ocurrencia “los contratos comerciales” vistos en el ámbito de contratación entre las empresas, quienes ostentan una posición dominante del mercado y las partes con las cuales se contrata, quienes no tienen capacidad de reacción frente a las decisiones que se asuman por la empresa sobre el mercado.

Es necesario indicar las posibilidades y garantías que el ordenamiento jurídico y más que nada, la jurisprudencia otorga a las partes que se encuentran en desventaja frente a una empresa cuya capacidad negocial, sea por su tamaño o por sus condiciones, se encuentra en una situación privilegiada; desde esta óptica, es posible observar cual es el concepto que se maneja de la posición dominante y las restricciones a la misma desde la óptica constitucional.

En el sentido expresado, el trabajo que se desarrolla tiene su justificación en la existencia de dos puntos básicos de nuestro ordenamiento jurídico, el primero, la posición dominante que ejerce una de las partes en los contratos comerciales, como un lugar desde donde uno de los participantes, oferente, coloca las condiciones de desarrollo del negocio y frente al cual la parte contratante, aceptante, no tiene capacidad de reacción; sus acciones se limitan a aceptar o rechazar la oferta en algunos casos, pero en otros se ve restringida su capacidad negocial por cláusulas que abusan del derecho que se le otorga a la parte fuerte del contrato; estas situaciones al ser estudiadas a la luz de los contratos comerciales, a través de la jurisprudencia, muestran que su ocurrencia es una situación común que se ha tratado de resolver de manera radical por parte de la Corte Constitucional en su interpretación, sin embargo, los escenarios en los que se presentan son múltiples, afectando de manera diaria la vida negocial de los

colombianos y llegando a ser posiciones que sobrepasan los derechos que se le otorgan dentro del contrato, configurándose en abusos de la posición dominante.

Adicionalmente, se debe considerar que la libertad de empresa y su libre competencia es un requisito esencial del modelo económico capitalista en el que se encuentra inscrito nuestro país.

Por otra parte, es importante el estudio de la jurisprudencia en el sentido expresado debido a que no hay ningún análisis que, siguiendo la metodología de línea jurisprudencial, se haya elaborado con la temática del abuso de la posición dominante y el principio de libertad contractual.

## **6.2 PROBLEMA JURÍDICO Y LAS TESIS QUE LO RESUELVEN**

### **PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL**

De acuerdo con la investigación mediante la recolección de la jurisprudencia que se ha desarrollado, se ha podido analizar que existe una situación fáctica y jurídica concerniente a los contratos comerciales, donde la posición de una parte le permite inicialmente imponer la negativa a contratar o determinar condiciones cuando el contrato se encuentra en ejecución que no hacen equitativo el acuerdo de voluntades a celebrarse, presentándose en este caso situaciones de abuso de la posición dominante, es así que se configura el siguiente problema jurídico, tomando como puntos específicos el abuso de la posición dominante, los derechos de las partes, la autonomía privada y la libertad contractual en el desarrollo de los contratos;

¿La jurisprudencia constitucional establece límites a la libertad contractual para evitar el abuso de la posición dominante?

## **TESIS 1.**

La libertad contractual para garantizar los derechos de la parte débil contractualmente tiene límites en los eventos en que se presenta negativa a contratar o continuar con el contrato por parte de quien ostenta posición dominante

## **TESIS 2.**

La libertad contractual no tiene límites

### **6.3 SENTENCIA ARQUIMÉDICA T-517 de 2006**

La sentencia arquimédica se constituye en el punto de partida para abordar un estudio jurisprudencial alejado del conceptualismo, este primer paso de la metodología identifica la sentencia que permitirá construir la narración jurídica inicial y las posteriores argumentaciones, en este sentido:

El primer paso, como siempre, es el más difícil. Lo llamo el “punto arquimédico” por referencia a la expresión adjudicada a Arquímedes: Dadme un punto de apoyo y moveré el mundo. Con la Jurisprudencia constitucional colombiana pasa algo similar. El punto arquimédico es un punto arquimédico es simplemente una sentencia con la que el investigador tratará de dar solución a las relaciones estructurales entre varias sentencias. Su propósito fundamental será el de ayudar en la identificación de las “sentencias hito” de la línea y en su sistematización en un gráfico de línea.<sup>24</sup>

La sentencia anteriormente referida aplica como sentencia arquimédica por cuanto es la sentencia más reciente que desarrolla el escenario factico del problema planteado esto es el abuso de la posición dominante cuando están de por medio el ejercicio de la libertad contractual. A partir de establecer la sentencia arquimédica se inicia el trabajo correspondiente de ingeniería de reversa el cual permitió ubicar

---

<sup>24</sup> Op. Cit. LOPEZ MEDINA, Diego. Pág. 168.

dentro de la sentencia la citación de sentencia en analogía estricta, y en este orden de ideas las sentencias ubicadas son: Sentencia T-763 de 2005, T-468 de 2003, T-1118 DE 2002, T-1165 de 2001, SU-157 de 1999, T-375 de 1997, T-240 de 1993.

### ASPECTOS FORMALES

<b>ACCIONANTE</b>	<b>Mariela Cuervo Cruz</b>
<b>ACCIONADO</b>	<b>La Previsora S.A., compañía de Seguros, Liberty Seguros S.A. y Seguros del Estado S.A.</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE</b>	<b>Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA</b>

La Sentencia T- 517 de 2006, ya citada, estudió el caso de una señora que demandó a tres compañías de seguros porque se negaron a venderle una póliza, como caución, dentro de un proceso penal contra otra compañía, constituida como tercero civilmente responsable, argumentando que no sería posible su venta, debido a que no pueden expedir ese tipo de pólizas *“cuando por el eventual perjuicio tendría que responder otra aseguradora”*. La Sala de la Corte Constitucional amparó los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, reiteró el estado de indefensión en el que se encuentran los particulares y precisó que si bien la libertad contractual es un postulado constitucional, esta actividad no puede ejercerse de manera arbitraria.

La ratio decidendi de la sentencia se concreta en el siguiente aparte:

Por tanto, no es aceptable a la luz de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, o del derecho a la reparación de las víctimas, que la negativa a expedir una Póliza Judicial no se motive, o se fundamente exclusivamente en la libertad de contratar, o tenga como causa criterios no objetivos, o no razonables, o subjetivos. No es jurídicamente admisible darle efectos a la discrecionalidad absoluta respecto a si se otorga o no una Póliza de Seguros en tratándose de actividades de interés público que exigen tener en cuenta razones que conlleven la prevalencia del bien común, y protección de la parte débil,

o que se encuentre en estado de indefensión, o cuando se trate de proteger un derecho fundamental.

La libertad contractual si bien permite a la persona tomar decisiones en el mercado y ejecutarlas, no puede ser arbitraria, pues como toda libertad está gobernada por el marco axiológico de la Constitución que incorpora como principio basilar el de la solidaridad social y la prevalencia del interés general (CP arts. 1 y 333).

Apoyándose en la sentencia T-240/93, la sentencia arquimédica determina su decisión estableciendo que existe la posibilidad de establecimiento de injerencias constitucionales a la libertad contractual respecto al cual se puede señalar que su ejercicio no podía ser arbitrario y, en consecuencia, la ley podía estipularle limitaciones, de manera consecuente y concatenada, termina su argumentación estableciendo como la ley podía establecer límites a su ejercicio y también podía regular ciertos aspectos del mercado procurando evitar el abuso de la posición dominante y garantizar, simultáneamente, la posibilidad de hacer efectiva la libertad contractual

La Sentencia T-375 de 1997 es anclada a la decisión de la Corte y constituye parte esencial de la ratio decidendi, particularmente establece:

La sociedad demandada opera bajo las reglas del derecho privado. En consecuencia, en ejercicio de la libertad contractual, inherente a la libertad de empresa, no se le puede adscribir a su cargo un deber general de contratar. De otro lado, la empresa que junto a otras compete en un mercado concurrencial, no está obligada a otorgar a sus clientes una igualdad de trato. La ley, sin embargo, en determinados casos impone la obligación de contratar. Baste a este respecto mencionar la situación de las personas que prestan servicios públicos o tienen un monopolio de hecho o de derecho, a quienes está vedado suspender el suministro a los consumidores que no estén en mora (C.P. art. 979),...”

### **SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA T-517/2006 -MAGISTRADO ALVARO TAFUR GALVIS.**

Como respuesta a la posición mayoritaria se pronuncia un salvamento de voto que permite inferir que existen aún defensores de la iniciativa privada como un pilar del ordenamiento jurídico colombiano:

*Es evidente que la propia Constitución prevé que la ley señale un régimen que sea compatible con la autonomía de la voluntad privada y el interés público proclamado, pero ese régimen no puede llevar a anular la iniciativa de las entidades encargadas de tales actividades; naturalmente en contrapartida ha de reconocerse a éstas una discrecionalidad en el recto entendido de la expresión, es decir sin que los actos de tales entidades puedan responder a la simple arbitrariedad.*

Por ello en el asunto en estudio, a mi juicio, lo conducente consistía en emitir la orden de que las accionadas expusiesen ante la Superintendencia Financiera de Colombia, con el conocimiento de la actora, los criterios que las condujeron a negarse a contratar con ésta, a fin de que la expedición de la caución solo pudiese ser impuesta si la negativa no resulta en armonía con las funciones económica y social inherentes a la actividad aseguradora, en los términos de los artículos 58, 333 y 335 de la Carta Política.

El magistrado ALVARO TAFUR GALVIS al salvar el voto indica que efectivamente prima facie no puede ser siempre absoluto el desconocimiento de la libertad contractual, por cuanto debe darse la oportunidad a empresas que ostentan la posición dominante la posibilidad de argumentar el motivo de su decisión.

#### **6.4 INGENIERÍA DE REVERSA**

Las sentencias que se encontraron a partir del punto arquimédico T-517 de 2006 son de la Corte Constitucional:

##### **6.4.1 Sentencia T-763 de 2005**

#### **ASPECTOS FORMALES**

<b>ACCIONANTE</b>	<b>Pedro Enrique García Romero</b>
<b>ACCIONADO</b>	<b>Banco Superior</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE</b>	<b>Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA</b>

#### **HECHOS.**

La sentencia expone el caso de un pastor de iglesia, quien solicita a la entidad Bansuperior la activación de una tarjeta debito a su favor ya que por su ocupación debe viajar al extranjero de manera continua por lo cual le es conveniente tener

una tarjeta de crédito que sea de nivel internacional, sin embargo, tras haber enviado la documentación necesaria para llevar a cabo el procedimiento, Bansuperior negó la activación con base en:

[E]l Banco tiene libertad para contratar con personas naturales o jurídicas, tal como lo ha expresado la Superintendencia Bancaria, el Banco tomó la decisión de no prestar sus servicios al señor Pedro Enrique Romero debido a la actividad económica del tutelante como pastor de una iglesia, se encuentra restringida por el Banco para el otorgamiento de sus productos, teniendo en cuenta entre otros aspectos, que el potencial cliente es empleado de una iglesia, cuya actividad sin ánimo de lucro y sostenimiento basado en las donaciones efectuadas por sus feligreses no ofrece la solidez requerida por el Banco.

En este punto se analiza si los derechos a la personalidad jurídica e igualdad de acceso en el sistema bancario eran vulnerados por la conducta del banco, o si por el contrario, es una conducta que está dentro de la libertad contractual de las partes tomando en consideración que se está “bajo un contrato de cuenta corriente, siendo este, por regla general, un contrato de adhesión, la subordinación del solicitante del servicio al banco y sus decisiones es clara, en la medida en que la voluntad del primero no tiene poder de determinación de los términos relacionales.”

Se inicia identificando que la actividad bancaria es una actividad regulada por el Estado, sin embargo, se presentaban situaciones en las cuales se podían dar conductas por parte de los bancos que abusan de la posición que tienen respecto del cliente, entre ellas:

Cuando al cliente le es imposible actuar de manera efectiva para neutralizar los efectos de las decisiones de los bancos” y también cuando “el usuario está frente a la imposibilidad de ingreso al servicio público bancario. Por consiguiente, transgreden desproporcionadamente los derechos del cliente, las decisiones en cadena o reiteradas indefinidamente que impiden hacer uso de la banca. (...)

Así, el análisis de la Corte se centra en el establecimiento de las condiciones en las cuales la negativa a prestar servicios bancarios se presenta desproporcionada y toma como base la sentencia SU 157 – 1999 donde se establecieron por la Sala

Plena de la Corte los criterios que indican bloqueo económico y que vulneran los derechos fundamentales de los individuos en relación con el acceso a los servicios bancarios; para el asunto se tuvo en cuenta la causal B4, cuando “la negativa de negociación no responde a causas objetivas y razonables que justifican la decisión [del banco]. Por lo tanto, las entidades financieras pueden negar el acceso al sistema financiero o puede terminar contratos bancarios cuando se presentan causales objetivas que amparan la decisión. (...) Cabe anotar que no constituye causal objetiva que autoricen la negativa para el acceso a la actividad financiera, la utilización de criterios de diferenciación prohibidos constitucionalmente (C.P. art. 13). Por ende, no es factible negar el servicio público bancario por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión (inciso 2º del artículo 5º de la Ley 35 de 1993, transcrito en el numeral 11 de esta sentencia).”

Finalmente, como en la primera instancia, la acción había sido negada, mediante la revisión se procedió a cambiar la decisión y en su lugar conceder el amparo, ordenando a Bansuperior, en el término de 10 días, la revisión del riesgo crediticio con base en la solicitud hecha por el petente.

Dentro del aspecto metodológico de línea jurisprudencial se destaca que la sentencia bajo estudio cita en analogía estricta a las sentencias SU-157 de 1997, T-468 de 2003 y T-1165 de 2001 y en este sentido sin lugar a dudas hace parte de la línea jurisprudencial.

#### 6.4.2 T-468 de 2003

<b>ACCIONANTE</b>	<b>Cooperativa Multiactiva de Empleados de Distribuidoras de Drogas (Copservir Ltda).</b>
<b>ACCIONADO</b>	<b>Banco de Bogotá, Bancolombia, Interbanco, Banco de Occidente, Bancafé, Granahorrar y Banco Agrario de Colombia.</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE</b>	<b>Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL</b>

#### **HECHOS**

El señor Manuel Salvador Grosso García, actuando en calidad de apoderado judicial de la Cooperativa Multiactiva de Empleados de Distribuidoras de Drogas (Copservir Ltda), de conformidad con poder otorgado por el representante legal de dicho ente Cooperativo, señor Ricardo Calderón Ascanio, interpuso acción de tutela, el día 3 de julio de 2001, por estimar vulnerados los derechos fundamentales de Copservir Ltda al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la libertad económica, a la igualdad, al buen nombre, a la libertad de empresa y al trabajo. Ello, como consecuencia de las acciones adelantadas por las entidades demandadas, quienes en aplicación de la adición a la Orden Ejecutiva No. 12.978 expedida por el Presidente de los Estados Unidos de América, conocida con el nombre de "*lista Clinton*", procedieron a cancelar las cuentas corrientes, de ahorros y demás servicios financieros que le venían prestando al accionante y, además, a negarle cualquier vinculación financiera futura.

La decisión vertida en la sentencia se centra principalmente en los siguientes aspectos:

” Así, en la actualidad, la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera: (i) En la existencia de una libertad para contratar o no, siempre que dicha decisión no se convierta en un abuso de la posición dominante o en una práctica restrictiva de la competencia; (ii) En el logro o consecución no sólo del

interés particular sino también del interés público o bienestar común; (iii) En el control a la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; (iv) En el papel del juez consistente en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atenerse exclusivamente a la intención de los contratantes y; (v) A la sujeción de la autonomía de la voluntad a los parámetros éticos de la buena fe”.

La sentencia cita en analogía a la Sentencia T-375 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), y recuerda respecto a la misma que en torno al abuso de una compañía - con posición dominante en el mercado - que se negaba a vender a un pequeño comerciante la parafina necesaria para producir velas, la Corte manifestó que dicha negativa a contratar no sólo vulneraba la libertad de empresa del accionante, sino fundamentalmente su derecho al trabajo.

Debe destacarse en la sentencia T-468 de 2003 el establecimiento de subreglas respecto a la configuración del abuso de la libertad contractual con entidades financieras que ostentan posición dominante y realizan bloqueo financiero injustificado:

*“b1. Cuando al cliente le es imposible actuar de manera efectiva para neutralizar los efectos de las decisiones de los bancos. Por lo tanto, no constituye una situación de bloqueo financiero si existen medios administrativos o jurídicos que le permitan acceder al sistema financiero...”*

*“b2. También se presenta el bloqueo financiero cuando el usuario está frente a la imposibilidad de ingreso al servicio público bancario. Por consiguiente, transgreden desproporcionadamente los derechos del cliente, las decisiones en cadena o reiteradas indefinidamente que impiden hacer uso de la banca...”*

*“b3. Cuando la decisión de las entidades financieras produce consecuencias graves para la capacidad jurídica del usuario del servicio público...”*

*“b4. Cuando la negativa de negociación no responde a causas objetivas y razonables que justifican la decisión(...)”*

Igualmente cabe resaltar que la sentencia cita en analogía estricta igualmente a las sentencias SU-157 de 1997 y T-1165 de 2001, y por otra parte cita a la sentencia T-64 de 1999 en analogía abierta.

### 6.4.3 Sentencia T-1118 de 2002

<b>ACCIONANTE</b>	<b>Fundación Para Limitaciones Múltiples “Fulim” y la Fundación De Talleres Especiales “Funtaes”</b>
<b>ACCIONADO</b>	<b>COMPAÑÍA DE SEGUROS “LA PREVISORA S.A.”</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE</b>	<b>Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA</b>

### HECHOS

La Directora Ejecutiva de la Corporación para la Rehabilitación del Valle del Cauca, mediante carta del 7 de mayo de 2001, solicitó al subgerente de seguros de “La Previsora S.A. Compañía de Seguros”, seccional Pacífico, una cotización de póliza de accidentes escolares para la vigencia 2001 – 2002 para la población con discapacidad de las instituciones afiliadas a la Corporación. El número total de personas discapacitadas es de 64, en edades que van de los 10 a los 48 años.

Mediante oficio No. SEP 003472 del 18 de mayo de 2002, los doctores Hernando Muriel Salazar y Juan Fernando Materon, Subgerente de Seguros y Subgerente Comercial de La Previsora S.A., Regional Pacífico, informaron a la directora ejecutiva de la Corporación para la Rehabilitación del Valle del Cauca sobre el recibo de su solicitud y respondieron: “Al respecto lamentamos informarles que no es posible presentar término de cotización teniendo en cuenta las características del grupo asegurable.”

La ratio decidendi de la sentencia sostiene:

Una interpretación de las normas legales que rigen la actividad aseguradora de conformidad con la Constitución permite concluir que las entidades aseguradoras sujetas al derecho privado no pueden ser ajenas a los preceptos constitucionales cuando existen relaciones asimétricas de poder entre ellas y las personas a

asegurar o aseguradas. Que existe una tal relación entre las personas con discapacidades y las compañías aseguradoras es un hecho innegable. Para demostrarlo basta generalizar la negativa inicial de la demandada a la decisión que podrían adoptar las demás aseguradoras; según la interpretación esgrimida por aquella, éstas también podrían negarse a cotizar el costo de una póliza de seguro de accidentes “teniendo en cuenta las circunstancias del grupo asegurable”. Significa ello que las personas con discapacidad deberían resignarse a quedar excluidas del sistema de seguros, y que la Constitución permanece impasible ante tal situación de indefensión...”

Y concluye acertadamente la Corte Constitucional que la demandada no podía ampararse en una facultad legal legítima la libertad contractual para negarse a cotizar el costo de la respectiva póliza sin violar con ello el principio de igualdad al incurrir en una discriminación por razón de la condición de discapacidad.

La sentencia se enmarca dentro de los supuestos facticos de la línea jurisprudencial sin embargo a pesar de ser citada por la sentencia arquimédica no cita a su vez otras sentencias en analogía estricta.

#### **6.4.4 Sentencia T-1165 de 2001**

<b>ACCIONANTE</b>	<b>xxxx y xxxx</b>
<b>ACCIONADO</b>	<b>Aseguradora Solidaria de Colombia.</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE</b>	<b>Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA</b>

#### **HECHOS**

Los demandantes acudieron a la Aseguradora Solidaria de Colombia y procedieron a llenar el formato de solicitud individual para seguro de incendio, terremoto y el seguro de vida, informando que son poseedores asintomáticos del virus de inmunodeficiencia humana vih, hecho que culminó con la negación del amparo y los perjuicios económicos a los que se encuentran sometidos.

El 23 de marzo de 2001, se expidió la póliza de seguro contra incendio y terremoto, por parte de la Aseguradora demandada, siendo negado el amparo de vida, información que fue remitida a la entidad bancaria, sin que los afectados conocieran la decisión.

*La ratio decidendi de la sentencia se concreta puntualmente en el siguiente aparte de la sentencia:*

No hay ninguna razón que justifique la decisión de la Aseguradora demandada de no expedir el seguro de vida solicitado por los demandantes, por cuanto si bien la Aseguradora Solidaria de Colombia, se encuentra amparada por la autonomía de su voluntad en las relaciones contractuales, esta autonomía, no puede constituirse en un abuso de su posición en detrimento de los derechos de quien acude a ella.

Es claro, entonces que no hay ninguna razón que justifique la decisión de la Aseguradora demandada de no expedir el seguro de vida solicitado por los demandantes, por cuanto si bien la Aseguradora Solidaria de Colombia, se encuentra amparada por la autonomía de su voluntad en las relaciones contractuales, esta autonomía, no puede constituirse en un abuso de su posición en detrimento de los derechos de quien acude a ella.

*Se debe destacar la alusión que realiza la sentencia T-1165 de 2001 con respecto a la sentencia T-057 de 1995 en lo concerniente a:*

Por otra parte, esta Corporación ha señalado que: “de acuerdo con el artículo 335 de la CP., la actividad aseguradora es de interés público y se ejerce con arreglo a la ley. Consulta el interés público que en los contratos de seguros, la parte débil que, por lo general, se identifica con el asegurado o beneficiario, realizadas las condiciones a las que se supedita su derecho reciba efectivamente y en el menor tiempo posible la prestación prometida. El mérito ejecutivo que se atribuye a las pólizas en los casos examinados, neutraliza y frustra las prácticas abusivas a las que podrían recurrir las empresas aseguradoras. Estas últimas, de ordinario, no sólo despliegan su poder en el momento inicial, al fijar unilateralmente las condiciones generales del contrato, sino que en el curso de la relación negocial - se ha observado por parte del legislador histórico, de manera no infrecuente, esquivan o dilatan injustificadamente el cumplimiento de sus compromisos. La disposición legal citada es el medio al cual ha recurrido la ley para introducir un factor de equilibrio entre asegurado o beneficiado y el asegurador”

La sentencia objeto de estudio es determinante dentro la línea de investigación porque la misma aparece citada en analogía estricta por las sentencias: T-517 de 2006, T-763 de 2005, T-748 de 2003, e igualmente es el punto de enlace con la sentencia T-057 de 1995, la cual por primera vez y con un cambio jurisprudencial determina que las relaciones contractuales entre particulares pueden ser valoradas por la jurisdicción constitucional, situación que a la postre es la raíz de las argumentaciones respecto a la línea objeto de estudio en lo concerniente al abuso de la posición dominante en los contratos comerciales: Contratos financieros, contratos de seguros, etc...

#### 6.4.5 Sentencia T-118 de 2000

<b>ACCIONANTE</b>	<b>MARIELA CUERVO</b>
<b>ACCIONADO</b>	<b>Aseguradoras.</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE</b>	<b>Dr.</b>

#### HECHOS

En la Sentencia T-118/00, la Corte encontró procedente la tutela contra una aseguradora o empresa de medicina prepagada que había vendido un seguro de tratamientos médicos a una persona y, posteriormente, aduciendo preexistencia de la enfermedad, se había negado a cubrir el tratamiento. Si bien la Corte encontró que la entidad no prestaba un servicio público, que su actividad no afectaba gravemente el interés colectivo, ni existía una relación de subordinación, consideró que sí se presentaba indefensión frente a la aseguradora.

Al respecto indicó: “se muestra como ostensible la **indefensión**, como relación de carácter fáctico, en cuya virtud la persona afectada no puede oponerse de manera efectiva a la actitud de la compañía, que repercute en el perjuicio de los derechos fundamentales invocados.”. La procedencia de la tutela se vio reforzada por el

hecho de que lo demandado a la aseguradora no sólo involucraba aspectos pecuniarios, sino la protección de un derecho fundamental.

En la presente ocasión, la Corte observa que también se presenta una situación de indefensión material de Mariela Cuervo Cruz ante las aseguradoras demandadas. La indefensión, como *situación de carácter fáctico* (T-118/00), se da en virtud de que:

- (i) Al utilizarse el criterio de autonomía de la voluntad y libertad contractual como argumento único para no conceder el seguro, no hay razón susceptible de ser cuestionada ante autoridad administrativa o judicial de control. En efecto las tres aseguradoras demandadas afirman que, amparadas en el artículo 1056 del Código de Comercio, el cual, en su criterio, les permite a las aseguradoras *a su arbitrio* el asumir o no los riesgos del eventual asegurado, negaron la venta de la póliza judicial. No constituyendo el arbitrio de las entidades accionadas un argumento desvirtuable ante entidad administrativa o judicial, la Corte observa que se presenta un primer factor de indefensión.
- (ii) El hecho de que la actora haya acudido no sólo a una sino a tres compañías aseguradoras para la compra de la póliza y en todas se le haya negado la expedición de ésta implica un debilitamiento de la posición de la demandante. En efecto, se estaría enfrentando el conjunto de las aseguradoras contra la demandante teniendo un mayor peso el primero. Lo anterior deriva en que los medios de defensa con los que cuenta la actora sean inservibles ante el gremio asegurador.
- (iii) Las aseguradoras accionadas y los jueces de instancia consideran que el hecho de que la actora pueda prestar caución dentro del proceso a través de otras modalidades como caución en dinero, caución real y caución bancaria implica que la tutela es improcedente por existir otros mecanismos de defensa. La Sala evidencia que en tal afirmación hay un error lógico en la medida en que lo que el juez debe constatar es que exista otro mecanismo a través del cual se pueda cuestionar la actuación que se considera vulnera los derechos fundamentales. Con el pago de ninguna de las formas de caución enunciada se garantiza que la conducta consistente en la no venta del seguro pueda ser analizada por un funcionario judicial o administrativo. El hecho de que la actora tenga la eventual posibilidad de prestar caución por otros medios no implicaría nada diferente a que se pudieran materializar los eventuales embargos sobre los bienes de la entidad aseguradora demandada en el proceso de parte civil.

#### 6.4.6 Sentencia SU – 157 de 1999

<b>ACCIONANTE</b>	<b>Gilberto Gaviria Posada y Luis Enrique Villalobos Castaño.</b>
<b>TEMAS</b>	<b>Procedencia de la acción de tutela contra entidades bancarias particulares Implicaciones de la actividad bancaria como de interés público</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE</b>	<b>Dr. ALEJANDRO MARTINE CABALLERO</b>

#### HECHOS

Esta sentencia se plantea bajo la consideración de la famosa “Lista Clinton” emitida por el gobierno norteamericano y por la cual se amenazaba a las entidades bancarias por mantener relaciones de tipo contractual con las personas incluidas en la lista; razón por la que los bancos cancelaron las cuentas corrientes y de ahorro de varios usuarios, justificaron tal accionar en el “incumplimiento de las obligaciones que el cuenta corrientista adquirió al celebrar el contrato de depósito en cuenta corriente bancaria, que le suponían el suministrar periódicamente al Banco la información referente a su renta y a sus ingresos”, razón que es presunta, pues a varios de los usuarios no se les demostró que hubieran realizado tales acciones e incluso, dentro del clausulado de contrato de cuenta corriente bancaria nunca se llegó a establecer tal causal como una forma válida de terminación del contrato.

La sentencia en uno de sus apartes señala:

*La autonomía de la voluntad privada y, como consecuencia de ella, la libertad contractual gozan entonces de garantía constitucional. Sin embargo, como en múltiples providencias esta Corporación lo ha señalado, aquellas libertades están sometidas a condiciones y límites que le son impuestos, también*

*constitucionalmente, por las exigencias propias del Estado social, el interés público y por el respeto de los derechos fundamentales de otras personas (C.P. art. 1º y 95-1).*

De manera específica, la libertad contractual de los bancos está limitada si se tiene en cuenta que el artículo 335 dispone, como una obligación constitucional, la Democratización del crédito. En efecto, este mandato, en concordancia con el artículo 13 superior, exigen al gobierno garantías de acceso en iguales condiciones objetivas, no sólo a la actividad bancaria, sino a quienes desean obtener un crédito. Por consiguiente, es contrario a la Carta que condiciones subjetivas de los individuos sean las únicas causas para negar el acceso al crédito.

Esta forma evidente de abuso de la posición dominante, desde el punto de vista legal tuvo sus bases en el artículo 1380 del Código de Comercio y en la libertad contractual que se aplica a las relaciones jurídicas de entidades financieras con sus clientes, pues "además de las razones jurídicas precitadas no existieron otro tipo de razones para dar por terminado este contrato de cuenta corriente"; así, otras entidades argumentaron que lo hacían "en ejercicio de las facultades que le confiere la ley para pactar con sus clientes las condiciones bajo las cuales se va a desarrollar este contrato y que se encuentran en el Reglamento de las cuentas de ahorro de valor constante y depósito ordinario"; también en que "este contrato [el de cuenta corriente bancaria] es de duración indefinida, pero las partes se reservan el derecho a darlo por terminado en cualquier tiempo haciéndose conocer a la otra la determinación, mediante comunicación escrita" y que "en ejercicio de la libertad contractual en virtud de la cual, los particulares tienen la posibilidad de determinar, de acuerdo con su libre albedrío, las personas con quienes desean mantener relaciones contractuales".

Como se observa, las personas a quienes se les cancelo las cuentas no tienen posibilidad de reacción frente a unos oferentes cuyo ejercicio del poder negocial es amplísimo frente a las posibilidades de defensa que tienen como usuarios y más que eso, como contratantes y constituyéndose en la parte débil y en estado de indefensión.

La sentencia de unificación se encuentra anclada dentro del trabajo metodológico a las siguientes sentencias: T-240 de 1993, T-338 de 1993, C-265 de 1994, C-367 de 1995, C-233 de 1997

#### **6.4.7 Sentencia T-375 de 1997**

<b>ACCIONANTE</b>	<b>Marcelino Rodríguez Rojas</b>
<b>TEMAS</b>	<b>Concepto de posición dominante Función social de la empresa</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE</b>	<b>Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ</b>

#### **HECHOS**

Marcelino Rodríguez Rojas constituyó una microempresa dedicada a la fabricación de velas, en el municipio de Florencia, Caquetá. La materia prima - parafina - es adquirida por el microempresario de Terpel Sur S.A. (en adelante TERPEL). El demandante expone que varios bloques adquiridos a TERPEL tenían un peso inferior al indicado, razón por la cual acudió a la Inspección de Precios, Pesas y Medidas de Florencia.

El microempresario sostuvo que a raíz de tales acciones TERPEL tomó la decisión de suspenderle la venta de parafina, lo cual le ha traído graves perjuicios, toda vez que es el único distribuidor del producto (tanto nacional como Chino) en la región.

En esta sentencia se puede apreciar de manera clara la posibilidad de ejercer un abuso de posición dominante por parte de una empresa. Se trata de la comercializadora TERPEL quien es la única distribuidora, para la fecha del asunto, del derivado de petróleo denominado parafina en el área comercial donde trabaja el accionante; quien colocó una denuncia penal por venderle menos del peso estipulado en los bloques de parafina, consecuentemente, la comercializadora

TERPEL se niega a venderle la materia prima hasta tanto se decida el asunto penal.

La sentencia indica inicialmente el concepto de la posición dominante; esta “se refiere a 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” y aclara el concepto de poder de mercado para una empresa, “[E]l poder de mercado implica menos participación colectiva en la fijación de 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”.

Esta providencia, aunque de manera incipiente, también indica el concepto ya expresado con respecto al abuso de la posición dominante y su existencia en poder de una empresa, “cuando esta[s] se presenta[n] [la posición dominante] o cuando la ley las tolera, lo que puede obedecer a razones de eficiencia, lo que en modo alguno se puede permitir es que, además de este factor de pérdida de competitividad, las personas o empresas en esa situación hagan un uso abusivo de su posición dominante o restrinjan y debiliten aún más el nivel de competencia existente”.

Adiciona a lo anterior la necesidad de establecer el concepto de mercado relevante, pues la posición dominante no se da de una manera autónoma, su existencia está supeditada a varios factores, siendo uno de los más importantes el mercado para el cual se la considera como tal, pero “[L]a determinación del mercado, para los efectos de calificar la existencia de una posición dominante, no sólo se precisa a partir de las coordenadas geográficas, sino también con base en el producto o bien materia de transacción”, por lo tanto, se debe considerar que

una empresa puede ostentarla respecto de un producto y no así de otro generado por la misma empresas, adicionalmente, se debe considerar si ese producto se puede intercambiar por otro o si no tiene sustitutos en el mercado.

La providencia también refiere a la norma más relevante en materia de posición dominante y su abuso, el artículo 86 del Tratado de Roma en el cual se indican los actos constitutivos de abuso de la posición dominante:

(1) imposición inequitativa de precios de compra o de venta o de otras condiciones contractuales, ya se haga de manera directa o indirecta; (2) limitación de la producción, de los mercados o de los desarrollos tecnológicos en perjuicio de los consumidores; (3) aplicación de condiciones distintas respecto de determinadas personas y transacciones, no obstante tratarse de negocios equivalentes, con grave detrimento de su posición competitiva; (4) Sujeción de la celebración de contratos a la adquisición de obligaciones adicionales no relacionadas con su objeto.

Entre otros desarrollos jurisprudenciales y doctrinales, resulta oportuno hacer una breve referencia a ciertas prácticas constitutivas de abuso de la posición dominante, que concretan las prohibiciones generales ya esbozadas: (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 rehusa 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.

La posición indicada es a todas luces un abuso de la posición dominante, para la Corte

[...] la ruptura del suministro ha colocado al pequeño empresario en una situación cercana a la clausura del negocio. Tal vez no pueda ser más ejemplificativo de una sujeción económica entre dos agentes, el hecho de que si uno de ellos deja de contratar con el otro, éste se verá abocado a salir del mercado en que opera”, de esta manera, no es posible que se abuse de la posición dominante hasta el punto de llegar a no contratar viola a todas luces la expectativa que tiene el empresario de mantener los contratos de suministro del material principal para desarrollar su negocio; siendo ello violatorio de los derechos fundamentales del accionante, en

este orden de ideas, se protegió por el derecho al trabajo la libertad de empresa y el derecho al trabajo por lo cual, el abuso de la posición dominante no puede mantenerse y debe protegerse el usuario que en este caso cae en la parte débil contractual.

La ratio decidendi de la sentencia se concreta en el siguiente aparte del fallo:

*La sociedad demandada opera bajo las reglas del derecho privado. En consecuencia, en ejercicio de la libertad contractual, inherente a la libertad de empresa, no se le puede adscribir a su cargo un deber general de contratar. De otro lado, la empresa que junto a otras compite en un mercado concurrencial, no está obligada a otorgar a sus clientes una igualdad de trato. La ley, sin embargo, en determinados casos impone la obligación de contratar. Baste a este respecto mencionar la situación de las personas que prestan servicios públicos o tienen un monopolio de hecho o de derecho, a quienes está vedado suspender el suministro a los consumidores que no estén en mora (C.P. art. 979), con lo cual se compensa a éstos la falta de auto-defensa derivada de la ausencia virtual de mercado. En el mismo sentido, se regula una obligación semejante en cabeza del transportador, desde luego siempre que lo permitan los medios ordinarios a su disposición y que se cumplan las condiciones normales y su régimen interno (C.de Co art. 989). Por su parte, la oferta que se hace al público mediante la exhibición de mercancías y la indicación de su precio, adquiere mientras ello ocurre, carácter obligatorio (C de Co., art. 848).*

Dentro de la estructura metodológica esta sentencia se considera una sentencia hito toda vez que citada de manera recurrente en la línea jurisprudencial y contiene y desarrolla igualmente aspectos conceptuales vitales para la determinación del escenario factico.

#### 6.4.8 Sentencia T- 057 de 1995

<b>ACCIONANTE</b>	<b>ORLANDO YIDI DACARETT</b>
<b>TEMAS</b>	<b>Vía de hecho Arbitramento.</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE</b>	<b>Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ</b>

## HECHOS

Entre el señor Yidi Dacarett y Seguros Skandia S.A, se celebró, el día 31 de enero de 1989, un contrato de seguros de casco y maquinaria, contenido en la póliza C-20031. El artículo 31 en su parte primera, establecía:

"Arbitramento: el asegurado y Skandia convienen en someter a un tribunal de arbitramento constituido en Bogotá, cualquier duda que pudiese ocurrir en la ejecución de este contrato y a no intentar demanda o acción judicial alguna de otra naturaleza mientras de común acuerdo no hayan resuelto prescindir del juicio arbitral".

Sostiene el actor que la naturaleza del arbitramento es la de ser un proceso de cognición, y que el laudo tiene un carácter declarativo cuya ejecución corresponde a la justicia ordinaria.

Los árbitros - continúa - no pueden "ejecutar" por carecer de "imperium". Habiendo sido investidos por particulares y no por el Estado, mal pueden ejercer la fuerza pública de cuyo uso carecen los particulares.

Estima que el fallo del tribunal, vulnera el debido proceso en dos de sus manifestaciones: el derecho a la jurisdicción y el derecho al juez natural. La decisión de la alta corporación - señala - conduce a una "denegación de justicia" porque impide que tanto el juez ordinario, como el tribunal de arbitramento conozcan del proceso ejecutivo

Es concluyente y claro para la línea jurisprudencial destaca el salvamento de voto de la sentencia de los magistrados VLADIMIRO NARANJO MEZA y JORGE ARANGO MEJIA el cual se comparte por parte de los y en su parte esencial señala:

*De otra parte, se observa que las consideraciones de la Sala de Revisión se refieren ante todo al problema de fondo que existe entre las partes; es decir, que el análisis realizado al abordar la revisión la acción de tutela se encaminó a determinar la validez, eficacia y aplicabilidad de una cláusula compromisoria, y la*

*viabilidad o no de llevar a cabo un arbitramento para dirimir una divergencia en cuanto a la ejecución de un contrato de seguros, lo cual, es un asunto que le compete al juez ordinario y no al juez de tutela. Se produjo un cambio de jurisprudencia.*

*Y más adelante señala:* Así, la mencionada Sala entró a determinar el alcance constitucional del arbitramento y de la conciliación, llegando a la conclusión de que los particulares que se encuentren revestidos de la calidad de conciliadores y árbitros en forma transitoria, como lo prevé el artículo 116 de la Carta Política, no pueden recibir válidamente la habilitación de las partes para adelantar a través del procedimiento arbitral juicios de ejecución con base en títulos ejecutivos, ya que carecen del poder de coacción para hacer valer las ejecuciones, el cual radica única y exclusivamente en el Estado.

La sentencia T-057 de 1995 esta orientada a reconocer que es viable la intervención de la Jurisdicción Constitucional en controversias contractuales situación que la determina como contradictoria con la sentencias T-240 de 1993 y T-594 de 1992, en las cuales se establecía que asunto puramente contractual ha debido acudir a la Jurisdicción ordinaria. Se resalta esta sentencia y se incluye en la línea jurisprudencial por cuanto al consolidar la posibilidad de intervención en asuntos contractuales de contera se abre la puerta para analizar aspectos en los cuales esté vinculada la posición dominante e igualmente la libertad contractual temas relacionados en analogía abierta.

#### **6.4.9 Sentencia T-240 de 1993**

<b>ACCIONANTE</b>	<b>VELA JARAMILLO Y ASOCIADO PUBLICIDAD LTDA</b>
<b>ACCIONADO</b>	<b>Asociación de diarios Colombianos ANDIARIOS</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE</b>	<b>Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ</b>

## HECHOS

La Corte analizó una tutela interpuesta por una persona jurídica que acusaba a otra persona jurídica con la cual tenía un contrato de crédito de limitar su derecho al trabajo en virtud de que, por la suspensión del crédito –dada en virtud de la morosidad del deudor, actor de tutela- la entidad deudora se había visto abocada a la liquidación.

En el caso se analiza la conducta de La ASOCIACION DE DIARIOS COLOMBIANOS -ANDIARIOS-, quienes, de conformidad con sus estatutos, son una persona jurídica, sin ánimo de lucro, instituida para defender los intereses de los periódicos asociados y quienes contrataron a la sociedad VELA JARAMILLO Y ASOCIADOS PUBLICIDAD LTDA, quienes celebraron un contrato comercial cuya finalidad era la prestación del servicio de publicación de mensajes de carácter comercial o propaganda de acuerdo a las órdenes de publicación impartidas por la primera; posteriormente VELA tuvo relaciones comerciales con otra agencia denominada PUBLICITARIOS LTDA, la cual le solicitó el servicio de publicaciones para sus clientes. Debido a su incumplimiento en los pagos, VELA solicitó a ANDIARIOS que se comunicara dicha situación a las demás agencias de publicidad y que no se aceptaran órdenes de publicidad provenientes de PUBLICITARIOS a fin de obligarla a cancelar las deudas pendientes, solicitud a la que ANDIARIOS accedió.

El petente, en este caso PUBLICITARIOS, se declara en estado de indefensión y subordinación frente a ANDIARIOS, quienes al prohibirles a las otras empresas de publicidad efectuar trabajos de PUBLICITARIOS como medida para presionar el pago, la marginan del mercado al crear parálisis en la misma, sin embargo, para la Corte, no se da la configuración de abuso de la posición dominante, situación de la que se disiente, pues se está ante una situación en la que el mercado de la

publicidad se ve cerrado para la parte que inicia la acción, sin embargo y según el sentir de la Corte, esta situación solo le compete a las partes y se constituye en un litigio de razones contractuales más que constitucionales; por esta razón, se considera que es una situación que le compete de manera exclusiva a la jurisdicción ordinaria; tal visión se tiene desde un tiempo donde el derecho comercial no tenía una perspectiva constitucional, así mismo lo denuncia el alto tribunal, cuando afirma encontrarse “[..]frente a una equivocada constitucionalización de una pretensión contractual”, y en este sentido la ratio decidendi se puede determinar de la siguiente forma:

"La situación materia de la tutela, nacida al amparo de un contrato y regulada por éste, sólo tiene una relevancia constitucional genérica en el sentido de que la fuente pertinente para resolver la controversia es la regla contractual, la cual como toda fuente normativa debe interpretarse de conformidad con la Constitución, sin que por ello la misma o su presupuesto normativo adquieran carácter constitucional. Tampoco se está en presencia de una decisión judicial que en el caso planteado haya omitido una consideración constitucional fundamental que permita concederle al asunto relevancia constitucional directa como para ser avocada por esta Jurisdicción. De hecho, el demandante equivocó la Jurisdicción pues tratándose de un asunto puramente contractual ha debido acudir a la Jurisdicción ordinaria." (Sentencia No. T-240 de 1993, Magistrado Ponente, doctor Eduardo Cifuentes Muñoz).

Basándose en estas razones toma la decisión de no tutelar el derecho invocado y se define por una posición en la que la tutela no es el camino para dirimir el conflicto:

*El derecho fundamental objeto de una acción de tutela debe corresponder a una consagración expresa y positiva efectuada directamente por el Constituyente que decide reservar ámbitos de la persona de la intromisión estatal o establece prestaciones y garantías que se incorporan como situaciones activas de poder de los sujetos oponibles al mismo. No tienen ese origen y mal puede pretender conferírseles ese carácter, las situaciones subjetivas activas o pasivas derivadas de la concesión recíproca de facultades que intercambian entre sí las partes de un contrato y que constituyen su contenido. Si bien la contratación es una manifestación de la libertad contractual y el ordenamiento le brinda reconocimiento, dentro de ciertos límites, hasta el punto de imponer judicialmente su cumplimiento, no por ello los derechos derivados de la matriz del contrato - que no de la Constitución - adquieren rango constitucional.*

#### 6.4.10 Sentencia T-594 de 1992

<b>ACCIONANTE</b>	<b>AYDEE CECILIA DE DIAZ."</b>
<b>ACCIONADO</b>	<b>Alcalde Municipal de Cereté -Córdoba y la sociedad "Fernando Corena &amp; Cía Ltda</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE</b>	<b>Dr. JORGE GREGORIO HERNANDE GALINDO</b>

#### **HECHOS**

En la acción de Tutela narra la peticionaria que hace más de un año le fue entregado, a título de arrendamiento, un kiosko construido por la Administración municipal y que se encuentra ubicado sobre la Avenida "Boulevard" en el municipio de Cereté. El mencionado contrato se firmó entre la accionante y la sociedad "Fernando Corena & Cía Ltda.", la cual actúa como agente recaudador del municipio

La accionante determina que el ex alcalde del Municipio le recordaba cómo había sido favorecida con la adjudicación del contrato de arrendamiento y le solicitaba la desocupación del local por no recibir el apoyo político solicitado. Pasadas las elecciones, el actual alcalde, a instancias de la compañía en mención, solicitó por escrito el local argumentando el vencimiento del contrato.

El fallo de la acción de tutela que nos ocupa es clara en señalar la improcedencia de la jurisdicción constitucional para intervenir en asuntos contractuales. Al respecto la Corte sostuvo:

"Como ha venido reiterándolo esta Corte, es menester ubicar la acción de tutela dentro del contexto y alcance que le corresponde, a fin de evitar la desfiguración de su naturaleza y la distorsión de sus fines.

"El Constituyente de 1991 concibió este instrumento como una forma de brindar eficiente protección judicial a los derechos fundamentales frente a amenazas o violaciones concretas provenientes de acción u omisión no susceptibles de ser contrarrestadas con eficacia mediante el uso de otro procedimiento que se pueda intentar ante los jueces.

"La acción de tutela, pues, no subsume ni sustituye el sistema jurídico que venía imperando al entrar en vigencia la Constitución. No puede admitirse, por tanto, que se haga uso de ella para dirimir conflictos con particulares o con el Estado respecto de los cuales ya existen, precisamente con ese objeto, acciones y procesos definidos por la ley.

"Así las cosas, las diferencias surgidas entre las partes por causa o con ocasión de un contrato no constituyen materia que pueda someterse al estudio y decisión del juez por la vía de la tutela ya que, por definición, ella está excluida en tales casos toda vez que quien se considere perjudicado o amenazado en sus derechos goza de otro medio judicial para su defensa: el aplicable al contrato respectivo según su naturaleza y de conformidad con las reglas de competencia estatuidas en la ley."

#### **6.4.11 Sentencias T-660 de 2006 y T-724 de 2005**

##### **- Sentencia T-660 de 2006**

<b>ACCIONANTE</b>	<b>CARLOS ARTURO PEÑA PEDROZA</b>
<b>ACCIONADO</b>	<b>COLMEDICA MEDICINA PREPAGADA</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE</b>	<b>Dr. ALVARO TAFUR GALVIS</b>

#### **HECHOS**

El demandante afirmó que al iniciar el año 2006, el contrato familiar que había suscrito en diciembre de 2005 con vigencia a partir de enero de 2006, fue cancelado de manera unilateral por Colmédica Medicina Prepagada en su sistema de información, lo cual se corrobora, además, con la negativa de dicha entidad a autorizar el pago de una cita de control de su hijo realizada con el ortopedista el 6 de enero de 2006.

Sostuvo, igualmente, que respecto a la no vigencia del contrato familiar ha realizado consultas telefónicas con los asesores del "Contac Center" de Colmédica

Medicina Prepagada, quienes manifiestan que desconocen los motivos de tal situación y se niegan a dar un consecutivo de reclamación bajo el argumento de que harán el requerimiento al interior de la entidad y que para ello no se requiere tal consecutivo, con lo que se vulneran los derechos al debido proceso y de petición.

La ratio decidendi de la sentencia establece:

*La Corte Constitucional como intérprete máximo de la Constitución, ha fijado una regla jurisprudencial referente a las controversias en materia de relaciones contractuales entre las entidades de medicina prepagada y sus usuarios, según la cual, “de manera excepcional, cuando tales disputas entre particulares trascienden al ámbito de derechos fundamentales como la vida digna o la salud, en este caso por conexidad, aquellas ‘pueden ser resueltas de manera transitoria o definitiva por la jurisdicción constitucional pues ésta se halla en el deber de remover los obstáculos que impidan el efectivo ejercicio de tales derechos, siempre y cuando, desde luego, concurren las exigencias necesarias para la procedencia del amparo constitucional. Mucho más si, como se expuso en la Sentencia SU-039-98, “las actuaciones destinadas a garantizar una prestación eficiente del servicio de medicina prepagada deben adecuarse a los parámetros constitucionales que consagran la garantía de la prestación del servicio público de salud y la protección de los derechos a la vida, la salud, integridad personal y dignidad humana de los individuos’.”*

*Más adelante en relación al caso concreto la sentencia señala:*

De manera pues que, dada su naturaleza jurídica, la ejecución de los contratos de medicina prepagada debe estar guiada por los principios propios del derecho privado, entre ellos la autonomía privada de la libertad, que les permite decidir libremente con quién contratan y si continúan o no con un vínculo comercial existente, en la medida en que suscriben relaciones jurídicas voluntarias y adicionales, distintas a las de carácter obligatorio propias del Sistema General de Seguridad Social en Salud. No obstante, esa libertad tiene límites, como se explicó, para algunos casos excepcionales en los que la suspensión de la atención médica objeto del contrato vulnera los derechos fundamentales de los usuarios.

La sentencia objeto de revisión cita en analogía estricta con el problema factico planteado a las sentencias T-724 de 2005 la cual a su vez cita a una de las sentencias hito de la línea jurisprudencial la sentencia T-375 de 1997 determinado de manera puntual y precisa la correspondencia con la línea de investigación.

- Sentencia T-724 de 2005

ACCIONANTE	Esperanza Roa de Martínez
ACCIONADO	Compañía de Medicina Prepagada Colsanitas S.A
MAGISTRADO PONENTE	Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

## HECHOS

La ciudadana Esperanza Roa de Martínez, de 74 años de edad, estuvo cubierta por el plan de atención en salud de medicina prepagada de Colsanitas S.A. durante tres periodos, comprendidos entre enero a mayo de 2000, marzo de 2003 a febrero de 2004 y marzo de 2004 a septiembre del mismo año.

Ante el alto costo del tratamiento que requiere la accionante por su estado de Salud COLSANITAS le manifestó la negativa de renovar el contrato de medicina prepagada.

La ratio decidendi, se enmarca dentro de los supuestos facticos de la línea jurisprudencial, un contrato comercial y el abuso de la posición dominante con fundamento en la libertad contractual.

*Uno de los principios que rige el derecho de los contratos es el de la autonomía privada de la libertad para contratar, según el cual quienes contratan tienen la potestad de definir con quiénes lo hacen y en qué condiciones, limitados únicamente por las normas de orden público, que están destinadas a la protección de determinados bienes jurídicos que se consideran valiosos. Sin embargo, el ejercicio de esa autonomía tiene límites definidos, en figuras jurídicas como la prohibición de las prácticas restrictivas de la competencia y del abuso de la posición dominante, que están dirigidas a evitar que, con base en el ejercicio de la libertad, se terminen afectando los intereses de los demás*

*El ejercicio de la autonomía para la libertad negocial, empero, tiene límites definidos, incluso desde la perspectiva del Estado liberal clásico y con una mayor fuerza en el Estado constitucional contemporáneo. Institutos jurídicos como la prohibición de las prácticas restrictivas de la competencia y del abuso de la*

*posición dominante, están dirigidas a evitar que, con base en el ejercicio de esa libertad, se terminen afectando los intereses de los demás sujetos que hacen parte del mercado.*

La determinación de la sentencia T-724 de 2005 dentro de la línea jurisprudencial está anclada a la cita que la misma realiza de la sentencia hito T-375 de 1997.

## 6.5 NICHOS CITACIONALES

El nicho citacional se construye a partir de la sentencia arquimédica y se determinan las sentencias que la misma cita en analogía estricta en primer nivel, para posteriormente realizar el mismo procedimiento a las sentencias de primer nivel de las cuales emergen las sentencias de segundo nivel.

### - En el primer nivel

<b>Sentencia de primer nivel</b>	<b>Citaciones analógicas</b>
Sentencia T-763 de 2005	Sentencia Su 157 de 1997
	<i>T-468 de 2003</i>
	T- 1165 de 2001
Sentencia T-468 de 2003	<i>Sentencia SU-157 de 1997,</i>
	Sentencia T-1165 de 2001
	Sentencia T-375 de 1997
<i>Sentencia T-1118 de 2002</i>	No cita
Sentencia T-1165 de 2001	Sentencia T-057 de 1995
Sentencia SU 157 de 1999	
Sentencia T-375 de 1997	
Sentencia T-240 de 1993	

- **En el segundo nivel de la sentencia arquimédica**

<b>Sentencias de segundo nivel</b>	<b>Citaciones analógicas</b>
Sentencia T-057 de 1995	Sentencia T-594 de 1992 Sentencia T-240 de 1993

En el desarrollo de la línea jurisprudencial igualmente se ubicaron sentencias que desarrollan el escenario de análisis jurisprudencial pero que no se pueden rastrear a través de la sentencia arquimédica o de apoyo.

En particular se ubicaron las siguientes sentencias que se incluyeron en el análisis de la línea:

<b>SENTENCIA</b>	<b>ANALOGIA</b>
Sentencia T-660 de 2006	T-724 de 2005
	T-375 de 1997

Las sentencias estudiadas se encuentran entre el periodo 1992 hasta el 2012 en un nicho citacional que se diagrama de la siguiente manera

En el trabajo desarrollado se pueden establecer las sentencias que se relacionan a continuación como puntos nodales, en atención a que aparecen referenciadas de manera reiterada y su anclaje a otras sentencias permite apreciar las variantes de la línea y el patrón decisional adoptado por la Corte Constitucional.

En primer lugar se debe destacar la sentencia SU 157 de 1997 la cual es citada reiteradamente y desarrolla aspectos esenciales relacionados con el abuso de la posición dominante en contratos comerciales por cuanto esta sentencia se plantea bajo la consideración de la famosa “Lista Clinton” emitida por el gobierno norteamericano y por la cual se amenazaba a las entidades bancarias por mantener relaciones de tipo contractual con las personas incluidas en la lista; razón por la que los bancos cancelaron las cuentas corrientes y de ahorro de

varios usuarios, claramente el comportamiento de los Bancos debía ser valorada a luz del ordenamiento constitucional desconociendo principios del derecho civil que antes se consideraban intangibles e inmodificables, esta sentencia aparece como referencia en la sentencia arquimédica T-517 de 2006 y en las sentencias T-763 de 2005 y T-468 de 2003, esta sentencia igualmente se considera como una sentencia hito consolidadora de la línea que funda la sentencia T-375 de 1997.

Se destaca igualmente como punto nodal la sentencia T-1165 que particularmente cobra importancia, porque si bien es cierto es citada por la sentencia arquimédica y por las sentencias T-763 de 2005 y T-468 de 2003 ubicándola de manera precisa y sin controversia alguna dentro de la línea, tiene preponderancia e atención a que la misma refiere como citación analógica abierta a la sentencia T-057 de 1993 que desarrolla y profundiza la posibilidad de que la jurisdicción constitucional aborde el estudio de controversias contractuales temática en la cual la corte Constitucional se había inclinado por reconocer preponderancia a la jurisdicción ordinaria, y en este sentido, se debe ubicar en la línea jurisprudencial porque constituye la génesis de la intervención en contratos comerciales en los cuales se presenta libertad contractual y abuso de la posición dominante.

No se debe pasar por alto como punto nodal en la línea bajo estudio la sentencia T-375 de 1997 la cual en criterio de los investigadores es la sentencia fundadora de la línea aunque se encuentra ubicada temporalmente de manera posterior a las sentencias T-057 de 1995, T-240 de 1993 y T-594 de 1992, por cuanto en la misma se desarrolla y aborda todo lo relativo a la posición dominante cuando están de por medio contratos comerciales en los cuales se ejerce la libertad contractual, en este sentido es base y sustento de las sentencias T-468 de 2003, T-763 de 2005, T-660 de 2006 y T-517 de 2006.

## **6.6 PATRÓN FÁCTICO SIMILAR**

Como patrón factico similar se escogió las sentencias cuyo contenido estaba orientado por dirimir un conflicto de derechos entre una parte afectada, la cual se representó por los usuarios de un servicio y por otra parte, quien haciendo uso de su prevalencia en el mercado y su capacidad económica, abusaba de su posición dominante, el escenario factico se configura cuando se está frente a la posibilidad de celebrar un contrato o se encuentra frente a un contrato vigente y en el mismo la posición dominante determinaba un trato inequitativo, o la terminación unilateral del contrato o la negativa a celebrar un contrato situación en la cual se sufre las consecuencias la parte débil al amparo de la libertad contractual que ejerce su contraparte.

## **6.7 SENTENCIAS HITO**

Sentencia hito, es aquélla que pertenece al repertorio frecuente de sentencias que la Corte cita en fallos subsiguientes y, que proveen la retórica y marco de análisis en el tema concreto que se estudia, a continuación presento las tres sentencias hito que se desarrollan en la línea jurisprudencial.

Las sentencias Hito, se han establecido como las más importantes dentro del estudio de una línea jurisprudencial, así lo ha denominado López Medina: "...la noción de sentencia importante corresponde, en lenguaje más técnico, a nuestro concepto de sentencia Hito.". Las sentencias hito pueden ser: 1) Fundadora de línea; 2) Consolidadora de línea; 3) Modificadora de línea; 4) Reconceptualizadora y/o 5) Dominante.

Para la línea jurisprudencial bajo estudio la Sentencia Fundadora escapa a las consideraciones generalmente aceptadas respecto a las sentencias fundadoras, las cuales corresponden usualmente proferidos en el periodo inicial de actividad

de la Corte (1991-1993), en los que se aprovecha sus primeras sentencias de tutela o de constitucionalidad para hacer enérgicas y muy amplias interpretaciones de derechos (u otros institutos) constitucionales. Si bien es cierto, no se coincide con el periodo de tiempo respectivo la sentencia que se establece como fundadora de la línea jurisprudencial cumple por amplio margen con ser ambiciosas en materia doctrinaria realizando grandes argumentaciones. En esta línea jurisprudencial el pronunciamiento que se ha determinado como sentencia hito fundadora es la sentencia T-375 de 1997 la cual al referirse a un aspecto que es en esencia órbita del derecho privado la libertad contractual determina: *“La ley, sin embargo, en determinados casos impone la obligación de contratar. Baste a este respecto mencionar la situación de las personas que prestan servicios públicos o tienen un monopolio de hecho o de derecho, a quienes está vedado suspender el suministro a los consumidores que no estén en mora (C.P. art. 979), con lo cual se compensa a éstos la falta de auto-defensa derivada de la ausencia virtual de mercado”*.

Esta aseveración que parece a todas luces acorde con el ordenamiento constitucional se ha gestado en los diferentes fallos que hacen parte de la línea jurisprudencial y que desembocan en la sentencia arquimédica T-517 de 2006 la cual consecuentemente señala:

La libertad contractual si bien permite a la persona tomar decisiones en el mercado y ejecutarlas, no puede ser arbitraria, pues como toda libertad está gobernada por el marco axiológico de la Constitución que incorpora como principio basilar el de la solidaridad social y la prevalencia del interés general (CP arts. 1 y 333).

Se identifican como sentencias Consolidadoras de línea, la sentencia T- SU 157 de 1997 y T-1165 de 2001 las cuales se apoyan en la subreglas que gesto la sentencia fundadora T-375 de 1997 y permite observar un balance y posición de autoridad de derecho constitucional alcanzando un balance constitucional más

complejo que el que en un comienzo fue planteado por las sentencias fundadoras de línea.

La ausencia de sentencias Modificadoras de línea está presente en la línea jurisprudencial bajo estudio, por cuanto no se observan cambios fuertes de jurisprudencia después de la que se ha denominado la sentencia fundadora, sin embargo, cabe resaltar que el paso previo a la sentencia fundadora se observa como la sentencia T-057 de 1995 realiza un cambio total en la jurisprudencia en atención a resolver en sentencias de constitucionalidad controversias contractuales cambiando la posición establecida en la sentencias T-240 de 1993 y T-594 de 1992.

En el orden de ideas expuesto no cabe lugar a dudas respecto a las sentencias dominantes con respecto a las cuales se ha señalado que son aquellas sentencias que, según el analista, contiene los criterios vigentes y dominantes, por medio de los cuales la Corte Constitucional resuelve un conflicto de intereses dentro de determinado escenario constitucional las cuales corresponden para la línea objeto de estudio a la sentencias T-395 de 1997, SU-157 de 1997 y T-1165 de 2001. Las tesis que se manejan en las sentencias enunciadas son uniformes, desde el concepto de posición dominante que ya se ha expresado hasta la concepción de los criterios que determinan su existencia, lo que tratan de expresar es que no se encuentra penalizado el poseerla por medios legítimos y ejercerla en beneficio propio, sino el abusar de ella, igualmente dichas sentencias son claras respecto a los límites de ejercicio de la libertad contractual.

Puede afirmarse que en este caso no hay lugar a tesis contradictorias ni variantes de las sentencias, por el contrario, el criterio de la corte es uniforme en cuanto a la consideración de la posición dominante y su uso por parte de las empresas, igualmente, en cada jurisprudencia se amplían los criterios para determinarla y sancionar el abuso de la misma.

## 6.8 SUB REGLAS DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

Con respecto a las subreglas jurisprudenciales se ha establecido que son las formulaciones abstractas que resuelven el caso concreto, pero su función surge y se ha trascendido en la medida en que permite al investigador desligarse del estudio individual de las sentencias para realizar agrupaciones en orden a lograr la comprensión del patrón fáctico de decisión de las altas cortes, ahora bien cabe traer a colación la metodología que permite la estructuración de las subreglas la cual es consecuente con el trabajo desarrollado en el presente trabajo:

La determinación de la Subregla jurisprudencial solo será posible, entonces, si el intérprete construye, para cada línea, una teoría jurídica integral (una narración) de las interrelaciones de varios pronunciamientos judiciales relevante. Los problemas que esta exigencia plantea son variados: por una parte es necesario (i) acortar el patrón fáctico concreto (con el correlativo conflicto de intereses y derechos que le sea propio) que la jurisprudencia ha venido definiendo como “escenario constitucional) relevante; (ii) identificar las sentencias más relevantes (que adelante denominaremos “sentencias hito”) dentro de la línea jurisprudencia; ((iii) finalmente es necesario construir teorías estructurales (i.e. narraciones jurídicas sólidas y comprensivas) que permitan establecer la relación entre esos varios pronunciamientos jurisprudenciales.<sup>25</sup>

La primera Subregla jurisprudencial que se puede obtener de la línea jurisprudencias es la relacionada con la existencia de la posición dominante en manos de una empresa, en ese sentido, se indica por parte de la Corte Constitucional y con arreglo a la normatividad indicada, que lo que se proscribe es su abuso mediante las distintas prácticas que pueda tener con respecto al mercado, sin embargo no se puede penar su existencia cuando a ella se ha llegado de manera lícita y haciendo un ejercicio de la actividad a la que se dedica la empresa de la manera acorde a lo que manda la ley.

---

<sup>25</sup> Op. Cit. LOPEZ MEDINA, Diego. Pág. 140.

Una Subregla importante que se crea por parte de la jurisprudencia Constitucional es la determinación de los elementos que permiten identificar cuando existe una posición dominante, así se puede nombrar los siguientes:

- a.- Que la empresa se encuentre en posesión de una parte significativa del mercado
- b.- Que exista un poder eficaz y unilateral para sustraer la competencia del mercado
- c.- Que la empresa tenga el poder de establecer el precio, calidad y cantidad de los bienes o servicios
- d.- Que los factores económicos sean preponderantes en cuanto al bien o servicio que se está prestando
- e.- La existencia de la posición dominante no es un elemento que se encuentre penado, por el contrario, su ámbito es sumamente regulado por el estado y los entes de control.

Además de las sub reglas enunciadas la jurisprudencia constitucional ha fijado otras subreglas las cuales se extraen de la sentencia arquimédica T-517 de 2006 y que permiten a través de una formulación abstracta aplicar el derecho a un caso concreto, en este sentido encontramos las siguientes:

Subregla contenida en la sentencia T-118/00: Al respecto indicó frente a una situación de abuso de la posición dominante que la misma se configura cuando se muestra ostensible la **indefensión**, como relación de carácter fáctico, en cuya virtud la persona afectada no puede oponerse de manera efectiva a la actitud de la compañía...”

Subreglas contenidas en la Sentencia **T-1165/01**: a.-) El abuso de la posición dominante coloca a los asociados en situación de indefensión y afecta el interés público cuando se trata de una actividad aseguradora, b.-) El artículo 335 de la

C..P es el medio al cual ha recurrido la ley para introducir un factor de equilibrio entre asegurado o beneficiado y el asegurador”

**Subregla contenida en la sentencia T-057 de 1995:** El artículo 335 de la C..P es el medio al cual ha recurrido la ley para introducir un factor de equilibrio entre asegurado o beneficiado y el asegurador”

Subregla contenida en la sentencia T-375/97: *Se configura posición dominante cuando sin obrar un motivo objetivo y razonable, la empresa dominante rehusa suministrar el bien que produce a quien lo solicita, eliminando o restringiendo la competencia en dicho mercado o reservándolo para sí.*

Subreglas contenidas en la Sentencia T-468/03: a.-) La autonomía de la voluntad y la libertad contractual en el ejercicio de las relaciones privadas de contenido financiero o bancario gozan de garantía constitucional, b.-) La autonomía de la voluntad y la libertad contractual en el ejercicio de las relaciones privadas de contenido financiero o bancario se encuentran limitadas o condicionadas por las exigencias propias del Estado Social de Derecho, el interés público y el respeto de los derechos fundamentales.

Subregla contenida en la sentencia T-763/05: “(...) las entidades bancarias sólo pueden ejercer en sentido negativo su libertad de contratación a la luz de factores objetivos que determinen la incapacidad de pago del solicitante del crédito o el alto peligro que puede correr el sistema financiero de otorgarse el crédito a determinado sujeto.”

Subregla contenida en la sentencia T-1118/02: Las entidades aseguradoras sujetas al derecho privado no pueden ser ajenas a los preceptos constitucionales cuando existen relaciones asimétricas de poder entre ellas y las personas a asegurar o aseguradas.

Debe destacarse en la sentencia T-468 de 2003 en la cual las formulaciones abstractas o subreglas se determinan respecto a la configuración del abuso de la libertad contractual con entidades financieras que ostentan posición dominante y realizan bloqueo financiero injustificado:

- *“b1. Cuando al cliente le es imposible actuar de manera efectiva para neutralizar los efectos de las decisiones de los bancos. Por lo tanto, no constituye una situación de bloqueo financiero si existen medios administrativos o jurídicos que le permitan acceder al sistema financiero...”*
- *“b2. También se presenta el bloqueo financiero cuando el usuario está frente a la imposibilidad de ingreso al servicio público bancario. Por consiguiente, transgreden desproporcionadamente los derechos del cliente, las decisiones en cadena o reiteradas indefinidamente que impiden hacer uso de la banca...”*
- *“b3. Cuando la decisión de las entidades financieras produce consecuencias graves para la capacidad jurídica del usuario del servicio público...”*
- *“b4. Cuando la negativa de negociación no responde a causas objetivas y razonables que justifican la decisión(...)”*

## 6.9 ESQUEMA GRÁFICO DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

<b>Problema jurídico</b>		
¿La jurisprudencia Constitucional establece límites a la libertad para evitar el abuso de la posición dominante?		
<b>Tesis 1</b>		<b>Tesis 2</b>
<p>La libertad contractual para garantizar los derechos de la parte débil contractualmente tiene límites en los eventos en que se presenta negativa a contratar o continuar con el contrato por parte de quien ostenta posición dominante.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>* T-517 de 2006 * Salv. Vot. Alvaro Tafur</li> <li>* T- 660 de 2006</li> <li>* T- 763 de 2005</li> <li>* T- 724 de 2005</li> <li>* T-468 de 2003</li> <li>* T- 1118 de 2002</li> <li>* T – 1165 de 2001</li> <li>* T- 118 de 2000</li> <li>* SU -157 de 1999</li> <li>* T- 375 de 1997</li> <li>* T – 057 de 1995</li> </ul>	<p>La libertad contractual no tiene límites.</p>
		<ul style="list-style-type: none"> <li>* T-240 / 1993</li> <li>*T- 594/1992</li> </ul>

## CONCLUSIONES

El trabajo metodológico se considera esencial en orden a ofrecer resultados objetivos y verificables, para el desarrollo de la línea jurisprudencial desarrollado en la línea jurisprudencial: “El abuso de la posición dominante en el ejercicio de la libertad contractual”, en este sentido, el punto de partida es el estudio y análisis de cada una de la sentencias que hacen parte de la línea jurisprudencial, aspecto para el cual fue crucial identificar la sentencia arquimédica T-517 de 2006 o punto de apoyo a partir de la cual se identifica la sentencias de primer y segundo nivel que guardan el mismo patrón factico.

Al identificar las sentencias de primer y segundo nivel se consolido el nicho citacional y los puntos nodales permitiendo establecer el anclaje y relación de las sentencias a través de la analogía estricta. El patrón factico similar determinado en la línea se encuentra presente en la sentencias de la línea de investigación salvo en la sentencias T-057 de 1995 y T-594 de 1992 las cuales pertenecen a la línea jurisprudencial en atención a que se consideran esenciales en la línea por cuanto permiten apreciar el cambio en la jurisprudencia constitucional en relación a la intervención o no intervención en asuntos contractuales situación que a la postre le permite a la Corte Constitucional dilucidar aspectos relativos a la libertad contractual y al abuso de la posición dominante en contratos comerciales y su pertenencia por consiguiente obedece al factor de analogía abierta.

En la línea jurisprudencial se debe resaltar que dos de la sentencias que hacen parte de la misma se ubicaron a través de un proceso de rastreo diferente al de ingeniería de reversa, en particular las sentencias son: Sentencia T-660 de 2006 y Sentencia T-724 de 2005, las cuales sin lugar a dudas pertenecen a la línea de jurisprudencial por cuanto corresponden al patrón factico objeto de estudio e igualmente hunden sus raíces argumentativas en una de las sentencias hito fundante de la línea sentencia T-375 de 1997.

Claramente se identifican en la línea jurisprudencial los elementos esenciales de la posición dominante y se logra establecer los límites a la libertad contractual. La labor investigativa parte desde la identificación teórica de los negocios comerciales en los cuales se presentan situaciones específicas desde celebran los contratos, una de las cuales son las condiciones inequitativas para partes intervinientes en el mismo cuando se está en presencia de posición dominante de uno de los contratante, situación que debe ser regulada a la luz del ordenamiento constitucional en atención a la absorbente economía de mercado y a las tendencias corporativas actuales.

El trabajo desarrollado permite concluir que la jurisprudencia como fuente del derecho cumple con su labor interpretativa e integradora llenando los vacíos legislativos definiendo de manera clara un patrón de decisión frente a los contratos comerciales en los cuales se presenta abuso de la posición dominante, los criterios esgrimidos constitucionalmente abarcan y responden al modelo constitucional y la realidad social, jurídica y económica globalizada y determinada por una economía de mercado.

El trabajo si bien es cierto se desarrolla en torno a sentencias T en la cuales se pudo identificar un patrón factico similar en razón a la naturaleza de este tipo de sentencia, se analizó igualmente sentencia de Constitucionalidad como la sentencia C-432 de 2010 por cuanto la misma aborda la exequibilidad de la ley 1328 de 2009 y a su vez ratifica aspectos conceptuales de la Sentencia C-616 de 2001 la cual de manera clara y precisa determina el concepto de la posición dominante y su existencia, la cual se da en el momento en que: 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.

Al adentrarse en el análisis dinámico se puede establecer que la sentencia T-517 de 2006 es la sentencia más reciente que desarrolla el escenario factico del problema planteado, esto es el abuso de la posición dominante cuando están de por medio contratos comerciales en los cuales se puede ejercer la libertad contractual, con base en la misma y utilizando como herramientas metodológicas la ingeniería de reversa y las citación analógica restringida se establecieron como sentencias fundamentales en la línea las siguientes: Sentencia T-763 de 2005, T-468 de 2003, T-1118 DE 2002, T-1165 de 2001, SU-157 de 1999, T-375 de 1997, T-240 de 1993.

Se identificó como principal punto nodal en la línea bajo estudio la sentencia T-375 de 1997 la cual es la sentencia fundadora de la línea aunque se encuentra ubicada temporalmente de manera posterior a las sentencias T-057 de 1995, T-240 de 1993 y T-594 de 1992, por cuanto en la misma se desarrolla y aborda todo lo relativo a la posición dominante cuando están de por medio contratos comerciales y se ejerce la libertad contractual, en este orden de ideas es base y sustento de la sentencias T-468 de 2003, T-763 de 2005, T-660 de 2006 y T-517 de 2006.

Finalmente se pudo establecer que las sentencias dominantes de la línea con respecto a las cuales se ha señalado que son aquellas sentencias que, según el analista, contiene los criterios vigentes y dominantes, por medio de los cuales la Corte Constitucional resuelve un conflicto de intereses dentro de determinado escenario constitucional para la línea objeto de estudio son: Sentencia T-395 de 1997, Sentencia SU-157 de 1997 y Sentencia T-1165 de 2001.

Como subreglas de la línea jurisprudencial en el patrón de decisión que respalda la tesis dominante: “La libertad contractual para garantizar los derechos de la

parte débil contractualmente tiene límites en los eventos en que se presenta negativa a contratar o continuar con el contrato por parte de quien ostenta posición dominante, son las que se determinan a continuación”, son: a.-) La autonomía de la voluntad y la libertad contractual en el ejercicio de las relaciones privadas gozan de garantía constitucional, b.-) La autonomía de la voluntad y la libertad contractual en el ejercicio de las relaciones privadas se encuentran limitadas o condicionadas por las exigencias propias del Estado Social de Derecho, el interés público y el respeto de los derechos fundamentales, c.-) Las empresas sólo pueden ejercer en sentido negativo su libertad de contratación a la luz de factores objetivos, d.-) Las entidades aseguradoras sujetas al derecho privado no pueden ser ajenas a los preceptos constitucionales cuando existen relaciones asimétricas de poder entre ellas y las personas a asegurar o aseguradas.

Finalmente debe realizarse una apreciación respecto al salvamento de voto contenido en la sentencia arquimédica el cual fue propuesto por el H. Magistrado Álvaro Tafur Galvis, quien sostiene que prima facie no puede ser siempre absoluto el desconocimiento de la libertad contractual cuando este de por medio un escenario de posición dominante por cuanto debe darse la oportunidad a empresas que ostentan la posición dominante la posibilidad de argumentar el motivo de su decisión.

## BIBLIOGRAFIA

BAMBACH SALVATORE, Maria Victoria. Contratos, Jornadas de Derecho Privado, Universidad de Chile 1.993. Santiago: s.n. s.f. pág 49.

BETTI, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico, trad. A. Martín Pérez. Madrid: s.n. 1959, pág. 47

BERKEMEYER, Hugo. Protección jurídica del consumidor y usuario. Asunción : s.l. Intercontinental Studio, 1991, p. 20. L

BRAAKMAN August J. Aplicación De Los Artículos 85 & 86 Del Tratado Ce Por Las Jurisdicciones Nacionales De Los Estados Miembros [En línea]. En: Europa, s.l, s.f. Consultado (11 de Junio de 2012) disponible en: [http://ec.europa.eu/competition/publications/art8586\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/art8586_es.pdf)

CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. Bogotá. D.C.: Bogotá. Leyer 2012

CÓDIGO DE COMERCIO. Vigésima Sexta edición. Bogotá D.C: Legis Editores S.A

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Bogotá. D.C. Leyer. 2011

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 142 de 11 de julio 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones: Bogotá., s.n. s.f

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-240 del 24 de junio de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 616 de 2001, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 1041 de 2007, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T – 375 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T – 105 de 1996, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL . Sentencia T – 357 de 1997 . M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 105 de 1996, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 240 de 1993. Magistrado Ponente.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 763 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 118 de 2000. M.P.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 157 de 1999. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

E. THOMAS SULLIVAN y HERBERT HOVENKAMP, “Antitrust law policy and procedure”, The Michie Company, 1984, págs. 16 y ss. Citado por ALFONSO MIRANDA LONDOÑO en “El derecho de la competencia en Colombia”, en Revista de Derecho Económico, núm. 9, 1989, pág. 69.

GOMEZ SIERRA, Francisco. Constitución Política de Colombia. Bogotá D.C.: Leyer. Vigésima Cuarta Edición.

JIMENEZ OLIVARES, Roberto Alfonso. LOS SALVAMENTOS DE VOTO COMO FUENTES DE LA RENOVACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Universidad Militar Nueva Granada. s.l, s.n.s.f.

*LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. “El derecho de los jueces”. Segunda Edición. Bogotá: Legis. 2007*

LOPEZ SANTAMARIA, Jorge, "Los Contratos (Parte General)", Santiago de Chile: s.n. . 1.986,, pág. 187.

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. “Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica” en Cedec III, Bogotá: s.n. 2002, pág. 147.

PEREZ ESCOBAR, Jacobo. Metodología y técnica de la investigación Jurídica. Bogotá D.C: Editorial Temis. 2011.

ROA REYES, Nelson. LA COMPETENCIA LEAL Y LIBRE COMPETENCIA. Segunda Edición. Bogotá: s.n.. 2012 Pag 100,.

ROMANO, Salvatore, Autonomía Privata, en "Studi in Onore di Francesco, Messineo", Milano, Giuffrè. T. IV. s.l.:s.n. 1.959, pág. 87

TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO. Caso United Brands 27/76, de 14 de febrero de 1978.En: EUR-Lex. s.l, s.f. (Consultada: 25 Octubre de 2012. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976J0027:ES:NOT>

VIVANTE, César. Tratado de Derecho Mercantil. Madrid. Reus. 1936. T. III.