

17 de septiembre de 1996.

Licenciado
René A. González
Director
Instituto Nacional de Deportes
E. S. D.

Señor Director:

Con la presente nota damos respuesta a su atento Oficio No. 822-96-D.G. datado 2 de septiembre de 1996, en donde se nos consulta aspectos relacionados con el Contrato Administrativo No. 478-96 I, por medio del cual el Instituto Nacional de Deportes (INDE) otorga a la Cervecería del Barú S.A., la venta de cervezas en las actividades deportivas de carácter aficionado y en eventos patrocinados por el Instituto que se realicen en los establecimientos previstos en dicho contrato.

Concretamente, las interrogantes que se nos plantean son las siguientes:

"1. Es violatorio del artículo 290 de la Constitución Nacional, el artículo décimo segundo del proyecto de contrato administrativo No. 478-96 I?"

2". Puede entenderse la cláusula décima segunda del Contrato administrativo No. 478-96 Y como una conducta tipificada como delito en el artículo 379 del Código Penal vigente?"

En cuanto a su primera interrogante, debemos indicarle que este Despacho se encuentra imposibilitado para establecer la constitucionalidad o no de un acto administrativo (Contrato Administrativo No. 478-96 I), toda vez que esta facultad le está asignada exclusivamente al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, por mandato del Numeral 1, del artículo 203 de la Constitución Política.

Aún cuando la guarda de la integridad de la Constitución Política es función exclusiva del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, dada la importancia que reviste el tema planteado, nos permitimos hacer las siguientes consideraciones.

El punto nuclear de sus interrogantes, se centra en la Cláusula Décima Segunda del Contrato Administrativo antes referido, cuyo contenido literal es el siguiente:

"DÉCIMO SEGUNDO: Declara EL INSTITUTO y así lo acepta EL CONTRATISTA que en los casos que se trate de la celebración de actividades artísticas, culturales y deportivas profesionales no aficionadas el promotor del evento, previa contratación con el Instituto, podrá conceder los derechos de venta de productos de su preferencia, a la o las empresas que estime conveniente. En casos en que EL CONTRATISTA sea el promotor del evento, éste podrá solicitar la venta de sus productos de manera única en dicho evento."

EL CONTRATISTA ha objetado dicha cláusula, señalando que la misma contiene un permiso de exclusividad de venta que según su concepto, es violatorio del artículo 290 de la Constitución Política, 379 del Código Penal y 60 de la Ley 56 de 1995, que preceptúan:

"ARTICULO 290: En prohibido en el comercio y en la industria toda combinación, contrato o acción cualquiera que tienda a restringir o imposibilitar el libre comercio y la competencia y que tenga efectos de monopolio en perjuicio del público.

Pertenece a este género la práctica de explotar una sola persona natural o jurídica series o cadenas de establecimientos mercantiles al por menor, en forma que haga muiosa o tienda a eliminar la competencia del pequeño comerciante o industrial.

Habrà acción popular para impugnar ante los tribunales la celebración de cualquier combinación, contrato o acción que tenga por objeto el establecimiento de prácticas monopolizadoras. La Ley regulará esta materia".

"ARTICULO 379: El que restrinja o imposibilite el libre comercio y competencia mediante el establecimiento de monopolio, será sancionado con prisión de 1 a 6 años y de 50 a 200 días-multa, sin perjuicio de las sanciones administrativas que se impongan".

"ARTICULO 60: Causales de nulidad absoluta.

Son causales de nulidad absoluta, los actos que la Constitución y la Ley señalen, aquéllos cuyo contenido sea imposible o constitutivo de delitos, los celebrados por decisión de autoridad que carezca de competencia para adjudicar licitación, o los que se hayan celebrado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido. Las causales de nulidad podrán plantearse en cualquier momento y por cualquier persona".

El punto de vista que sostiene EL CONTRATISTA en torno a las interrogantes planteadas, merece que hagamos una serie de precisiones conceptuales dirigidas a esclarecer la temática.

Las disposiciones a las que hace referencia EL CONTRATISTA, prohíben las prácticas que tengan por objeto restringir la competencia entre empresarios, o sea la práctica del monopolio.

El Jurista Guillermo Cabanellas, define el concepto Monopolio de la siguiente manera:

"MONOPOLIO: Del griego monos, uno, y poleo, vender: venta que hace uno solo, con exclusión de los demás. Constituye, pues, el tráfico abusivo y odioso por el cual un particular o una compañía vende con carácter exclusivo mercancías que, entregadas al libre comercio, reducirán su precio, aumentarán su calidad por efecto de una sana competencia y beneficiarán a mayor número de personas.

En sentido más amplio, monopolio expresa toda actuación exclusivista o absorbente. (CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo V, J-O).

Sobre el particular, tenemos que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de lero. de febrero de 1996, se refirió a los monopolio de la manera que sigue:

"El Pleno consecuente con los argumentos del recurrente y compartidos con el jefe del Ministerio Público, debe concluir que el vocable "exclusivo" inserto en la cláusula sexta del contrato de concesión de servicios públicos celebrados entre la D.A.C. y MARRIOTT IN-FLITE SERVICES DE PANAMÁ S.A., vulnera lo que dispone y concibe la

Constitución política Nacional en su artículo 290. La norma mencionada prohíbe expresamente cualquier acto jurídico proveniente de personas naturales o jurídicas que faculten la explotación en forma particular o aislada de una actividad económica o industrial, la cual perjudique la libre empresa creando de una u otra manera prácticas monopolizadoras.

De modo entonces, a juicio del Pleno, cualquier contrato o combinación celebrado por una entidad estatal y una empresa en la cual se establezcan términos o pautas como las indicadas en la cláusula sexta impugnada en el presente recurso, tiende a impedir o restringe el efectivo y cabal ejercicio del comercio al igual que el principio de la oferta y la demanda, por tanto, debe concluirse que el término "exclusivo" expresado en dicho contrato viola el artículo 290 de la Constitución Nacional".

Para establecer que una empresa ejerce prácticas monopolísticas, deben concurrir las siguientes características:

1. Debe tener el control completo del mercado y establecer el precio
2. Vender un producto único, para el que no existe sustituto cercano disponible.
3. Es suficientemente grande en escala como para hacer muy difícil, sino imposible, que otras empresas entren al mercado, y
4. Tiene el control y conocimiento del mercado y del precio de producción.

Una vez analizado el concepto y características que deben concurrir para que se produzca una práctica monopolística, analicemos si la Cláusula Décima Segunda del citado Contrato, crea un permiso de exclusividad en la venta de cervezas en coliseos de propiedad del INDE, y por ende origina un Monopolio.

El INDE, por medio del Contrato Administrativo No. 478-96 I otorga la venta de cervezas a la Cervecería del Barú S.A. en las *actividades deportivas de carácter aficionado y en eventos patrocinados por el Instituto que se realicen en los establecimientos y coliseos deportivos que se detallan en dicho Contrato.*

No obstante lo anterior, en la Cláusula Décima Segunda, se hace una excepción en cuanto a la venta de cervezas en los coliseos deportivos que se enumeran en este Contrato, cuando se trate de *la celebración de eventos no descritos en dicha Cláusula (actividades artísticas, culturales y deportivas profesionales no aficionadas)*, en los que el INDE no sea el promotor, al empresario la opción de conceder los derechos de venta a la o las empresas

que estime conveniente. O sea, el promotor que contrate un coliseo de los enumerados en este contrato para llevar a cabo un evento deportivo profesional, artistico o cultural, puede conceder la venta de cervezas a una o a las cervecerias existentes segun su conveniencia, pues el mismo goza de libertad de eleccion del producto que desea vender en su evento.

Para equiparar esta situacion con EL CONTRATISTA del INDE en los eventos aficionados, se prevé además que si la Cerveceria del Barú fuese la promotora de un evento de los que se excluyen en este Contrato, la misma pueda vender sus productos de manera exclusiva en dicho evento.

Como vemos pues, el Instituto Nacional de Deportes le está brindando al Contratista la misma opcion que le otorga a los prozoadores que realicen eventos dentro de los Coliseos del INDE y que no sean aficionados, por lo que es lógico que la Cerveceria del Barú, como promotora de un evento cultural, artistico o deportivo profesional, dentro de una de estas instalaciones deportivas, quiera vender de manera exclusiva su producto.

Si la Cerveceria del Barú como promotora, organiza un evento diferente a los establecidos en este contrato y vende de manera exclusiva sus productos en una de las instalaciones antes señaladas, de ninguna manera se le está brindando un monopolio sobre el mercado, ya que al día siguiente de celebrarse su actividad, la competencia, como promotora, podría llevar a cabo un evento de la misma naturaleza, en el mismo lugar, y exigir que se venda de manera exclusiva su producto, por lo que no vemos de que manera se pueda producir una práctica monopolística en esta actividad.

Se infiere de lo anterior, que el INDE lo que ha hecho es garantizar al Contratista la venta de sus productos en las actividades que el realice como promotor, lo cual no puede garantizar en las actividades de los demás promotores, ya que estos, en base a la libre oferta y demanda, pueden escoger el producto que les brinde mayores beneficios.

Puede que el promotor le conceda la venta a la misma compañía con la cual el INDE contrató (Cerveceria del Barú), o contrate con la competencia de ésta (Cerveceria Nacional), o puede que contrate a ambas. En conclusión, el contratista al convertirse en promotor, se le garantiza al igual que a los demás promotores, la venta del producto que le brinde mayores beneficios, y es lógico que al ser una empresa cervecera, quiera vender exclusivamente su producto en las actividades que ella misma organice.

Por todo lo anterior, nuestra respuesta a sus interrogantes, es que la Cláusula Décima Segunda del Contrato No. 478-96 I por el cual el Instituto Nacional de Deportes otorga la venta de cervezas en las actividades deportivas aficionadas a la Cerveceria del Barú, no restringe el libre comercio, tal y como lo prohíbe el artículo 290 de la Constitución Política, y muchos menos se constituye la conducta ilícita prevista en el artículo 379 del Código Penal. Por lo tanto, dicho Contrato cumple con las exigencias establecidas en la Ley 56 de 1995 que regula este tipo de Contrato Administrativo.

De esta forma dejo expuesto mi criterio en torno al contenido del Contrato Administrativo No. 478-96 ha celebrarse entre el INDE y la Cervocería del Barú S. A.. Reciba por tanto, las seguridades de nuestro aprecio y consideración.

Atentamente,

Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/13/au