

PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA: INFLUENCIA DE LA LEY TIPO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE UNCTAD Y OTROS ANTECEDENTES NORMATIVOS FORÁNEOS

6

Andrea Alarcón Peña

Introducción

El análisis del tratamiento y el desarrollo que ha tenido el derecho a la libre competencia a partir del primer antecedente normativo colombiano desbordaría las pretensiones del presente capítulo; sin embargo, esbozar algunas de las particularidades del sistema constitucional colombiano en el que descansa resulta esencial para comprender su importancia como principio y derecho. Su naturaleza jurídica resulta ser compleja y esta característica ha sido producto de la influencia de diversos sistemas normativos que han contribuido a su estructuración y permiten entender los diversos matices que lo acompañan.

Como señala Smith en *La riqueza de las naciones* “el consumo es el fin último y propósito de toda producción; habría pues que atender al interés del productor solo en la medida en que es necesario para promover el del consumidor [...] en el sistema mercantil, el interés del consumidor se sacrifica casi de forma constante al interés del productor; y parece considerarse la producción y no el consumo

como fin último y el objeto de toda la industria y el comercio”.¹ Este argumento permite introducir la idea de que toda la producción apunta al consumo, que este se encuentra condicionado por múltiples variables, que el mercado se caracteriza por agentes diversos y que en consecuencia la protección de la competencia económica no puede satisfacer los intereses de uno solo de los extremos de la relación comercial. Al tratarse de una relación dinámica, múltiples actores concurren al mercado en procura de satisfacer sus propios intereses —disímiles—. Como se desarrollará, las normas de protección y promoción de la libre competencia giran en torno a la protección de dos objetivos: eficiencia del mercado —orientación propia de una visión mucho más economicista— u objetivos sociales² —propios de una visión jurídica— y aunque la cuestión pareciera ser sencilla, el debate aún se encuentra inconcluso.³

La promoción y la defensa de la libre competencia económica no es un asunto de carácter nacional ni estrictamente doméstico; por el contrario, su protección compete a todos los países del mundo que, con economías globalizadas y en proceso constante de apertura, necesitan disposiciones e instituciones que protejan el mercado, a los consumidores y a los agentes económicos que en él hacen presencia. La necesidad de rivalidad con reglas claras exige un marco normativo soportado con instituciones fuertes e independientes que, en caso de violación o vulneración —producto de comportamientos oportunistas—, puedan adelantar acciones e imponer sanciones.⁴

Este fenómeno globalizante, con múltiples actores económicos operando en mercados internacionales, suscitó la necesidad de blindar las relaciones comerciales con reglas formales claras pro defensa de la competencia. Para ello, los

1 Adam Smith, *La riqueza de las naciones*. (Madrid: Taurus, 1776).

2 Para Guillermo Barón Barrera además de estos dos objetivos, la protección del pequeño empresario también debe ser considerada. (*El derecho de la competencia en los grupos empresariales*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010, 67).

3 Jesús Alfonso Soto Pineda, (“La defensa de la competencia y el alcance de las ayudas públicas en el marco de los tratados de libre comercio”, *Universitas*, 128, enero-junio, 2014, 315-355). Respecto a la falta de acuerdo sobre los objetivos que debe perseguir la normativa de la competencia económica es posible consultar, Alejandro Falla y Quintana, Eduardo, “Construyendo una estrategia común: el derecho de la competencia en la Comunidad Andina”, (*Revista Themis*, 47, 2003, 173).

4 Graciela Moguillansky y Verónica Silva. *Creando condiciones para el desarrollo productivo: políticas de competencia*, (Santiago de Chile: Naciones Unidas, Cepal, 2004) 5-6.

•Protección de la libre competencia en Colombia•

países en el mundo han adoptado, a nivel doméstico, normativa en ese sentido⁵ y los procesos de integración económica se han caracterizado por incluir en los instrumentos internacionales que les dan origen y los regulan disposiciones similares.

Varias organizaciones supranacionales han tomado partido en este proceso, así la Cepal, el Banco Mundial, la OCDE (Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo) y la UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo), reconociendo la importancia de un mercado más amplio para el intercambio de bienes y servicios, con reglas más uniformes que fundamenten el margen de acción de los diversos agentes económicos⁶, han generado espacios de discusión y asesorado a diversos países para promover la normativa al respecto con un matiz más homogéneo e internacional.⁷ Se pretende entonces otorgar protección a la libre competencia económica con independencia del entorno en que se produzca el proceso económico de intercambio.

La ONU, a través de la UNCTAD, ha jugado un papel decisivo en la consolidación de esta pretensión, para ello adoptó la Ley Tipo de Defensa de la Competencia que señala como objetivo de la legislación en mención “fomentar y proteger la competencia en los mercados”. No obstante esta mención, es claro que la norma entiende que el “mercado no es un fin en sí mismo sino que se encuentra subordinado al logro de unos objetivos mayores fijados por la sociedad”⁸, por ello reconoce la existencia de múltiples metas adicionales que complementan este enunciado genérico y que son, a) el aumento del bienestar del consumidor; b) la eficiencia —que cobija la eficiencia en la asignación de recursos, en la productividad y la eficiencia dinámica⁹—; y, c) el mantenimiento del proceso de la competencia.

5 Según informe de la UNCTAD, para el 2007, 113 países en el mundo habían adoptado, o estaban en proceso de adoptar, legislación de defensa de la competencia (UNCTAD, 2007, i).

6 Luis Fernando Álvarez Londoño, “Últimas tendencias en Derecho a la competencia en América Latina”, *Universitas*, (enero-junio, 2006), 250

7 Por ejemplo, desde el año 2003 la OCDE desarrolla el Foro Latinoamericano de la Competencia para favorecer el desarrollo de una política de competencia en toda América Latina. Este foro cuenta con el apoyo del Banco Mundial y la UNCTAD.

8 Carlos Andrés Uribe Piedrahíta y Fernando Castillo Cadena, “El otorgamiento de garantías en el derecho de la libre competencia (un análisis jurídico y económico)”. (*Universitas*, 110, julio-diciembre, 2005), 229.

9 Estos tres conceptos de eficiencia son definidos por la ley y señalan que la eficiencia en la asignación de recursos supone la “asignación de recursos a su uso más valioso”, la eficiencia de la productividad exige “producir bienes

Esta disposición, como todas las leyes tipo o modelo, constituyen una herramienta de colaboración para los estados miembros para que la incorporen en sus legislaciones internas o enriquezcan las disposiciones normativas existentes. De esta ley modelo vale la pena resaltar la mención que respecto de los objetivos de defensa de la competencia realiza al considerar que estos tres agrupan las diversas tesis que las principales normas de competencia del mundo consignan —EE. UU. y UE—.

La normativa europea y norteamericana de protección de la libre competencia

Estos modelos de legislación en materia de competencia económica contemplan objetivos diversos que aparentemente resultan imposibles de armonizar¹⁰, y que encuentran reflejo en sus marcos normativos que se adscriben a la tendencia de la Escuela de Chicago o la de Harvard¹¹. La Escuela de Chicago¹² —que ejerce influencia importante en la normativa *antitrust* estadounidense¹³— aboga por la

a un menor costo” y la eficiencia dinámica propicia “desarrollar mejores bienes y servicios por medio de la innovación” UNCTAD, *Examen de la aplicación y ejecución del Conjunto de Principios y Normas Ley Tipo de Defensa de la Competencia. Séptima Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas*, (Ginebra: Naciones Unidas 2015), 3.

10 Como señalan David Bardey, Alejandro Becerra y Pilar Cabrera la política de competencia oscila generalmente entre dos visiones “la simple protección del bienestar económico de los consumidores y un criterio de eficiencia que, por construcción, se añade al excedente económico de las empresas. Cuando se tiene en cuenta un mero criterio de eficiencia, se debe resaltar que los aspectos redistributivos, i.e., como se reparten los excedentes económicos entre consumidores y empresas, no hacen parte de las preocupaciones de la política de competencia. En efecto, existe el consenso de que no debe ser el papel de la política de competencia preocuparse por la repartición de los excedentes, ya que esto corresponde a las políticas públicas de los Estados [...]”. (*Análisis económico de la normativa de libre competencia en Colombia*, Bogotá: Fedesarrollo, 2013), 13-14. En estricto sentido, y siguiendo a Jesús Alfonso Soto Pineda, dos serían los enfoques principales en materia de legislación de defensa de la libre competencia, el excedente económico y el bienestar social, este último propio de la Escuela de Harvard que reconoce una función social asociada a la satisfacción de intereses colectivos, a esta normativa que supera la simple argumentación económica (“La defensa de la competencia y el alcance de las ayudas públicas en el marco de los tratados de libre comercio”, *Universitas*, 128, enero-junio, 2014), 355-356.

11 María del Carmen Navarro Suay, (“La promulgación de la Sherman Act.: Factores históricos, económicos y legislativos”, *Revista de Derecho Mercantil*, 253, 2004).

12 Respecto a esta escuela, es preciso traer a colación la afirmación de Soto Pineda y Jaramillo de los Ríos cuando reconocen que diversas concepciones doctrinales respecto al derecho *antitrust*, provenientes de latitudes diversas y centros de estudio e investigación, han enriquecido a dicha escuela por lo que circunscribirla solamente a dicha universidad resultaría poco acertado atendiendo a la evolución de las ideas a lo largo del globo. “Aspectos comunes de las escuelas de Chicago y Harvard en materia de libre competencia: El aporte del neoinstitucionalismo”, (*Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 2016).

13 Soto Pineda, “La defensa”, 315-355.

•Protección de la libre competencia en Colombia•

defensa de la eficiencia económica de los mercados y del proceso económico como fin último de esta legislación, generando “mayores riesgos de disociación del interés individual y colectivo”¹⁴; por el contrario, la Escuela de Harvard —con fuerte influencia en la Unión Europea— señala que estas reglas persiguen una función social aunada a la defensa de los intereses colectivos. Esta última escuela es la que ha permitido a Cabanellas de las Cuevas señalar que los propósitos que persigue la legislación *antitrust* estadounidense no son exclusivamente económicos sino también extraeconómicos entre los cuales pueden mencionarse el “asegurar la eficiencia del sistema productivo, en particular lo que concierne a la asignación de recursos entre los diversos sectores, a la incentivación de la producción, la investigación y las innovaciones y a la distribución de la riqueza entre los diversos sectores de la población”.¹⁵

Respecto a los fines de la normativa de la Unión Europea en materia de defensa de la competencia, es posible señalar que son mucho más amplios que los que señala la legislación *antitrust* estadounidense pues aboga, además de la búsqueda de la eficiencia económica, por “el establecimiento de un mercado único, la convergencia de las políticas económicas de los estados miembros, promover un crecimiento armonioso y sostenible, elevar el nivel de vida de las regiones menos desarrolladas, la globalización de los mercados, la consolidación de las libertades individuales y de la ciudadanía europea, etc.”.¹⁶ En el mismo sentido, Jenny reconoce como objetivos del derecho europeo de la competencia “por un lado, asegurar el bienestar de los consumidores y, por otro, unificar el mercado europeo eliminando las barreras en el comercio de los estados miembros”¹⁷, señalando, sin embargo, que podrá perseguir objetivos secundarios mencionando los descritos anteriormente.

14 Pablo Martín Urbano y Juan Ignacio Sánchez Gutiérrez. “La política de competencia, crecimiento y globalización” (*Contabilidad y negocios* 9, 17, 2014), 83-99.

15 Guillermo Cabanellas de la Cueva, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, vol. I, (Buenos Aires: Heliasta, 2005).

16 Fernando Díez. “Los objetivos del derecho antitrust”. *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, 224, (marzo-abril, 2003): 32-52.

17 Frédéric Jenny. “Razón de ser del derecho de la competencia y misiones encomendadas a las autoridades”, (*Ekonomiaz*, 61, primer cuatrimestre, 2006), 40-55.

Esta apertura, respecto a la búsqueda de objetivos diversos podría explicarse, en palabras de Pace¹⁸, a partir de la jurisprudencia de la Comisión Europea que en una primera fase —años 60— abogó por la protección de la unidad del mercado y por la inexistencia de barreras entre los estados miembros; en una segunda fase —años 70 a 90— la pretensión del derecho de defensa de la competencia apuntaba a lograr la competencia efectiva y eficaz sin olvidar metas sociales —sin precisar cuáles—; y la tercera etapa —desde los 90 hasta hoy— apunta a la necesidad de “equilibrio entre los intereses de las empresas y de los consumidores, al considerar nuevas situaciones económicas no previstas en las normas de competencia [...] así como de promover el diálogo entre consumidores y empresas, de forma que se aumentara la confianza de los consumidores en el mercado, ya que la competencia no es un instrumento suficiente para su logro”.¹⁹

No obstante este recorrido, podría indicarse que existen dos hilos conductores identificables a lo largo de la evolución de esta política: su contribución a la construcción de un mercado único²⁰ y la contribución al bienestar de los consumidores, sin desatender los objetivos restantes expresados con antelación.²¹ Como indica Herrero Suárez “el derecho de la competencia comunitario surge en el marco de un proceso de creación de ese mercado único” por lo que “en pro de ese objetivo se adoptan una serie de instrumentos de tipo jurídicos, entre los que se ocupa un papel preponderante el relativo a la creación de un régimen destinado a garantizar que la competencia no sea falseada en el mercado común”²² para evitar lesión a los derechos de los consumidores, afectaciones al mercado y menoscabo del mercado único.

18 Lorenzo Federico Pace. *Derecho europeo de la competencia. Prohibiciones antitrust, control de las concentraciones y procedimientos de aplicación*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

19 Comité Económico y Social Europeo, “Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre Regulación de la Competencia y los Consumidores”, *Diario oficial de la Unión Europea*, 16 de diciembre 2006.

20 Esta noción de mercado único ha sufrido modificaciones importantes con el mercado digital. Por ello los instrumentos de la política de competencia se están adaptando rápidamente a las características específicas que tienen estos mercados, constituyendo una de sus prioridades principales. En mayo de 2015 la Comisión adoptó la Estrategia para el Mercado Único Digital basada en tres pilares “mejorar el acceso de los consumidores y empresas a bienes y servicios digitales en Europa; crear condiciones adecuadas y equitativas para que prosperen las redes digitales y los servicios innovadores; aprovechar al máximo el potencial de crecimiento de la economía digital” (Comisión Europea 2016, 15)

21 Comisión Europea, (*Informe sobre la política de competencia, 2010*. Bruselas, 2010, 4)

22 Carmén Herrera Suárez. *Los contratos vinculados (tying agreements) en el derecho de la competencia*. Madrid: La ley, 2006.

•Protección de la libre competencia en Colombia•

Al hacer un análisis de los objetivos de la normativa de defensa de la competencia a partir de las dos escuelas descritas —Chicago y Harvard—, podría indicarse que existe una pugna entre objetivos de naturaleza puramente económica y objetivos sociales. Esta discusión, sin embargo, pareciera ser estéril en la medida en que la exclusión de variables económicas o sociales de la ecuación no resulta adecuada, por el contrario, la concurrencia de estos objetivos pudiera armonizarse sin sacrificar, de manera absoluta, ninguno de ellos —un ejemplo de ello se advierte en la postura de la Comisión Europea—.

No es posible señalar que la protección de la competencia abogue únicamente por el resguardo de los comerciantes o empresarios con el fin de evitar distorsiones en el mercado, ni mucho menos que se olvide este enfoque y se atienda solamente al consumidor y a los pequeños empresarios; todos los agentes económicos —oferentes o demandantes de bienes y servicios en el mercado— requieren de medidas que garanticen que las condiciones en que se produce el proceso de intercambio sean claras y leales. Podría concluirse, respecto a este punto que, aunque una legislación o política de competencia persiga fines economicistas no podrá apuntar a la búsqueda exclusiva de un incremento de la productividad económica pues ello supondría, en algunos casos, la lesión de derechos colectivos de los ciudadanos o la afectación de su bienestar general en procura de alcanzar el objetivo de la eficiencia del mercado.

Uno de los autores que supera esta discusión y concilia estos objetivos es Fikentscher, quien de acuerdo con los postulados de la Escuela de Friburgo —fundamental en la construcción del sistema de Economía Social de Mercado²³—,

23 Sistema constitucional económico materialmente reconocido por la jurisprudencia constitucional colombiana. Esta posición se advierte en las sentencias C-265 de 1994 (en las que reconoce un sistema de economía de mercado, pero la explicación de sus elementos permiten identificar un sistema de ESM), C-524 de 1995 (aunque en esta no se menciona con exactitud la expresión ESM sí se indica que el sistema es de economía de mercado con la posibilidad para el Estado de intervenir en la economía para lograr los fines que el Estado social de derecho persigue. Jheison Torres Ávila, *El mandato del Estado social de derecho en la Constitución colombiana: los derechos sociales y el mínimo vital*. 1, (Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2012), C-535 de 1997, C-616 de 2001, C-815 de 2001, C-615 de 2002, C-830 de 2010, C-228 de 2010, C-978 de 2010, C-263 de 2011, C-909 de 2012, C-263 de 2013, C-148 de 2015 y C-035 de 2016. Aunque la línea jurisprudencial se ha construido con decisiones de la Corte Constitucional, es preciso señalar que esta posición encuentra soporte en pronunciamientos del Consejo de Estado en los que este tribunal ha reconocido —siguiendo la línea del Tribunal Constitucional— que la economía social de mercado es el sistema económico constitucional colombiano, es posible advertir esta postura en sentencias de la Sección tercera. 4 de septiembre de 2015. Rad. 11001-03-26-000-2015-00103-00 (54549) M.P. Santofimio, Jaime Orlando; Sección Tercera. 9 de julio de 2014. Rad. 66001-23-31-000-2009-00087-02 (47830) M.P. Santofimio, Jaime Orlando; Sección Tercera. 21 de febrero de 2007. 25000-23-25-000-2004-00413-01(AP). M.P. Fajardo

presenta una postura integradora que aboga por la igualdad de condiciones en el mercado —función jurídico-política—, la garantía de la justicia y la lealtad en las relaciones entre agentes económicos —función político-económica— y la distribución equitativa de recursos en defensa del bienestar de todos los ciudadanos —función político-social—. ²⁴

Si una de las premisas básicas del funcionamiento de un sistema de economía social de mercado es la protección de la libre competencia, ella no puede apuntar solamente a amparar el buen funcionamiento del mercado desatendiendo el objetivo social que le da su impronta característica, ni tampoco podrá convertirse en el mecanismo de defensa de grupos en condición de precariedad, pues lo anterior significaría renunciar a la búsqueda de la eficiencia de agentes económicos notables en procura de la protección de los primeros, circunstancia que sacrificaría a un sector de la población y generaría situaciones de desigualdad potenciadas por el Estado. Por esta razón, este sistema aboga por la protección de la libre competencia como principio fundante que potencia el adecuado funcionamiento de los mercados, restringe comportamientos abusivos por parte de los agentes económicos y maximiza el bienestar de los consumidores, independientemente de la capacidad económica que ostenten —ya que el sistema debe garantizar que, con independencia de este factor, todos puedan concurrir al mercado para cubrir las necesidades básicas y satisfacer un mínimo vital—.

Estas razones apoyan la tesis propuesta por el profesor Lande quien ha señalado que la prioridad del derecho a la competencia es la protección de los consumidores²⁵ quienes resultan ser los más perjudicados por la existencia de fallos

Gómez, Mauricio; Sección tercera. Rad. 25000-23-27-000-2004-00888-01(AP). M.P. Correa Palacios, Luz Stella y; Sección Tercera Rad. 25000-23-26-000-2000-01335-01 (28.505)) M.P. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando.

24 Wolfgang Fikentscher, "Las tres funciones del control de la economía (derecho antimonopolio)". (*Revista de derecho mercantil* I, 172-173, 1984), 459-486.

25 En el mismo sentido y como señalaba en su momento el Tribunal de Defensa de la Competencia en España (hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), "el gran beneficiario de la competencia es el consumidor. Con la competencia los precios bajan, la calidad mejora, las empresas se vuelven exquisitas en el trato a sus clientes y, lo que es más importante, el consumidor ve incrementadas sus posibilidades de elección. Cuando hay monopolio o restricción de la competencia, al consumidor se le impone todo. Se le impone un abanico limitado de productos a elegir. Se le imponen calidades, precios y, especialmente, el trato que las empresas le dan. El monopolio hace esperar a un cliente porque sabe que no hay ninguna otra empresa que pueda suministrarle el servicio que el monopolio le niega. Pero, en el momento en que aparece un competidor, la captación y el mantenimiento de un cliente se convierten en la tarea fundamental de la empresa" Tribunal de Defensa de la Competencia. ("Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios".

•Protección de la libre competencia en Colombia•

del mercado que restringen la eficiente asignación de recursos y generan barreras para que los ciudadanos participen de los beneficios que un proceso eficientemente competitivo genera.²⁶ Tradicionalmente, se ha considerado que cuando se producen condiciones adecuadas de competencia —no mercados perfectamente competitivos sino adecuadamente competitivos, mercados caracterizados por competencia realizable²⁷ y no competencia perfecta— los consumidores resultan ser los más beneficiados al producirse una redistribución de los beneficios que el proceso económico genera. No obstante esta mención, resulta claro que la “utilización de la tutela de los consumidores como objetivo del Derecho de la Competencia es una metodología correcta, en tanto no se pretenda con ello excluir a otras metas que también han orientado a esa rama jurídica”.²⁸

La búsqueda de la protección de consumidor, sin embargo, no debe ser confundida con la búsqueda del interés general —el del productor y el consumidor—²⁹ y las políticas de defensa de la competencia no pueden ser equiparadas con las políticas de defensa del consumidor que, aunque compartan elementos comunes, registran diferencias significativas. Por ejemplo, materias como la reglamentación de la calidad y la seguridad de los productos y servicios, protección frente a información falsa o engañosa o el control respecto a prácticas abusivas en materia contractual y asimetrías en la información no encuentran asiento en las disposiciones de competencia.³⁰ No obstante, resulta claro que, aunque ambas fomentan el bienestar de los consumidores, lo hacen por sendas diferentes.

En *Tribunal de Defensa de la Competencia Europea, La defensa de la competencia en España y Europa. Informes del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Comisión Europea*. Barcelona: La Caixa, 1995), 86-312.

26 Cf. Robert Lande, “Consumer Choice as the Best Way to describe the Goals of Competition Law”, (University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper, 2012) 1-13. y “Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust”, (*University of Pittsburg Law Review*, 2, 63, 2001): 503-525.

27 Andrea Alarcón Peña, “La libre competencia económica en el derecho colombiano: una revisión desde la Economía Social de Mercado y sus implicaciones normativas”, (*Prolegómenos*, 2016), 109-124.

28 Guillermo Cabanellas de las Cuevas, (*Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, vol. I). Buenos Aires: Heliasta, 2005), 68.

29 UNCTAD, *Examen de la aplicación y ejecución del Conjunto de Principios y Normas Ley Tipo de Defensa de la Competencia, capítulo I revisado. Séptima Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas, Naciones Unidas*, (Ginebra, julio 6-10, 2015), 3.

30 UNCTAD, (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo), Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia. *Ley Tipo de Defensa de la Competencia*, capítulo VIII, revisado el 9-12 de julio de 2012. Ginebra: Naciones Unidas, 2012.

La protección del consumidor como objetivo de la política de competencia no debe desatender la búsqueda de objetivos como la eficiencia de los mercados. La búsqueda del interés general y la protección en sí misma de la competencia que permiten desarrollar una política integral que atienda a todos los sectores involucrados en el proceso de intercambio de bienes y servicios. Es en ese sentido en el que se indica que la protección del extremo débil de la relación comercial debe ser el objetivo principal. A él se llegará una vez se garantice el funcionamiento eficaz de los mercados y se corrijan sus deficiencias.³¹

La política de defensa de la competencia se orienta a la oferta del mercado y su objetivo es, desde la perspectiva de protección de los consumidores, conseguir que ellos tengan la posibilidad de elegir entre diversos oferentes las opciones que consideren adecuadas y asequibles. La política de defensa del consumidor se orienta en la perspectiva de la demanda y pretende alcanzar, respecto de los consumidores, que estos puedan ejercer, de manera real y efectiva, su capacidad de elegir. Estas dos posiciones ratifican el argumento sostenido con anterioridad que señalaba que las dos apuntan a objetivos comunes —funcionamiento del mercado en condiciones de eficiencia y satisfacción de intereses sociales—, deben coordinarse para obtener un enfoque integral del mercado y que, aunque registran perspectivas diferentes, no pueden transitar por caminos disímiles sin puntos de encuentro. En este sentido, como señalan las directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, “los gobiernos deben alentar la competencia leal y efectiva a fin de brindar a los consumidores la posibilidad de elegir productos y servicios dentro del mayor surtido y a los precios más bajos”.³²

En el caso europeo vale la pena señalar que ni la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ni otros documentos comunitarios reconocen a la libre competencia económica como un derecho, circunstancia que no riñe con el reconocimiento de otros derechos de naturaleza económica que requieren de mercados competitivos para su pleno y eficaz ejercicio, así el art. 15 “libertad

31 UNCTAD, Comisión de Comercio y Desarrollo. *Los beneficios de la política de la competencia para los consumidores. Consultas y conversaciones relativas a los exámenes entre homólogos del derecho y la política de la competencia, examen de la Ley Tipo de Defensa de la Competencia y Estudios Relacionados con las Disposiciones del Conjunto de Principios y Normas*, (Ginebra: Naciones Unidas, 2014).

32 Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. *Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor (en su versión ampliada de 1999)*. (Ginebra: Naciones Unidas, 2003, 4. Consultado noviembre 1, 2016. http://www.consumersinternational.org/media/33875/consumption_sp.pdf).

profesional y derecho a trabajar”, el art. 16 contempla la “libertad de empresa”, el art. 17 el “derecho a la propiedad” y desde el art. 27 múltiples derechos asociados a libertades laborales. El art. 38 de la Carta en mención indica “en las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección al consumidor”, circunstancia que es novedosa al considerar, en palabras de López Escudero, que “en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no aparecen referencias sobre el derecho a la protección de los consumidores en cuanto tales [...] los intereses de los consumidores solo se salvaguardan de manera indirecta mediante la protección de los derechos de los consumidores como personas”.³³ El art. 38 en mención no contiene derechos subjetivos alegables de manera directa ante los tribunales, pero asigna objetivos a los poderes públicos.

La teleología de dicho artículo apunta al establecimiento de un principio que sirva como guía a la actuación de todos los órganos y países miembros de la Unión Europea en desarrollo de las múltiples competencias que le han sido atribuidas. La protección del consumidor no es un derecho, pero podría ser interpretado como un principio de la Unión partiendo de la premisa de que la protección de un mercado único caracterizado por la libre competencia económica es condición para que los consumidores puedan ejercer la libertad de acceder y elegir. Además, los estados miembros tienen que aceptar este principio, promoverlo activamente e incorporar en su legislación disposiciones que protejan y sancionen comportamientos o prácticas que pudieran lesionar la libre competencia económica. En la Unión Europea el mercado opera como una garantía institucional que restringe posibilidades de sistemas económicos de planificación y otorga a los consumidores la protección institucional que les da el mercado —reafirmando la imposibilidad de predicar derechos fundamentales del consumidor— y que exige libertad de acceso y libertad de elección, condiciones que solo podrán realizarse en mercado competitivos.³⁴

Por ello, a nivel comunitario existen disposiciones normativas que protegen la libre competencia e imponen a los países miembros la obligación de desarrollar disposiciones en dicho sentido. La pretensión de estas normas apunta a la

33 Manuel López Escudero, “Título IV: Solidaridad”, (En *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, de Araceli Mangas Martín, coord., 474-641, Madrid: Fundación BBVA, 2009), 634.

34 Antonio Cidoncha Martín, “La posición constitucional de los consumidores”, *Revista de estudios políticos*, 153, 2011, 122-123.

promoción y protección de la libre competencia económica y la sanción de todas aquellas conductas que en caso de ser desplegadas generan lesión a los derechos de los consumidores, de los empresarios y desestabilizan el mercado, institución esencial en la Unión Europea.

Una visión de protección de competencia desde el derecho español

Teniendo en cuenta la influencia que el ordenamiento constitucional español tiene en el colombiano, resulta acertado revisar el tratamiento que la libre competencia registra en aquel para identificar diferencias y puntos de aproximación. En el caso colombiano la libre competencia económica ostenta una doble condición: es un derecho y es principio rector de la economía. A diferencia de esta situación, en el caso español las circunstancias son diversas pues la libre competencia no es un derecho —aunque su interpretación esté ligada a un derecho— y no encuentra referente expreso en la Constitución³⁵, circunstancia que obliga a abordar su estudio desde una perspectiva diversa.

Su análisis procede a través de una interpretación del contenido del art. 38 constitucional que parte del reconocimiento manifiesto de la economía de mercado³⁶ como marco para el ejercicio de la libertad de empresa. Esta mención a la economía de mercado solo puede entenderse a partir del elemento que la caracteriza e identifica, que es la competencia económica.³⁷ Aunque, como se enfatizó con antelación respecto a la controversia para calificar a la economía de mercado como sistema económico español, la mención que de ella se hace respecto al disfrute de la libertad de empresa obliga a señalar que el sistema económico en

.....
35 Nieto de Alba solicitó el retiro de la enmienda 755 propuesta por la Unión de Centro Democrático (UCD) que incluía de manera expresa la mención de la competencia económica y los métodos de defensa, por considerar que “la competencia es un elemento esencial de la economía de mercado, no solo en su dimensión y eficacia económica en cuanto supone fomentar la innovación y el progreso técnico, sino también en cuanto a su eficacia social” [...] “en fin, por entender que, al constitucionalizarse la economía de mercado, los métodos de defensa de la competencia, es decir, las leyes especiales antimonopolio y *antitrust*, las comisiones de investigación, los tribunales especiales de la competencia están implícitamente constitucionalizados” (Corte diario de sesiones del Senado, Comisión de Constitución n.º 51, 1978, 2448). En el mismo sentido, Óscar de Juan Asenjo sostiene que la libre competencia es una característica tan esencial de la CE que puede comprenderse implícita. *La constitución económica española*. (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1984), 145.

36 Sin que pueda considerarse que este sistema es el propio del ordenamiento constitucional español.

37 Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, *Apuntes de derecho mercantil*, (Navarra: Aranzadi, 2006), 289.

mención no puede ser comprendido sin la dimensión objetiva que se desprende del artículo, que es la competencia económica.

La competencia es el rasgo que define un sistema de mercado, sin ella se produce un viraje hacia la planificación económica o la economía centralmente dirigida que, por razones obvias, no constituye características del sistema económico español.³⁸ Al respecto y aunque la Constitución Económica reconozca la competencia que asiste al Estado para intervenir en la economía, ello no permite calificar al sistema económico como de economía dirigida pues anularía la mención que se hace de la economía de mercado y las libertades económicas asociadas a ella. Dicha intervención se encuentra condicionada, como ocurre en el caso colombiano, a que permita el desarrollo de un sistema de mercado competitivo. En el mismo sentido, cuando se produzca una intervención que suponga limitación a algunas libertades de contenido económico, deberá verificarse que aquellas resulten necesarias, razonables y proporcionadas.

El art. 38 superior reconoce en un primer plano la libertad de empresa como un derecho (título I, capítulo 1, sección 2.^a “De los derechos y deberes de los ciudadanos”) que desde el punto de vista de su dimensión subjetiva asegura a los ciudadanos el desarrollo de su autonomía para emprender una actividad económica con fines lucrativos, sin injerencias indebidas de los poderes públicos —cuando estas se producen deben ser razonables y proporcionadas—, y en un segundo plano consigna un mandato para esos poderes orientado a satisfacer el ejercicio de la libertad referida en un escenario de libre competencia. En estricto sentido, el art. 38 contempla un derecho subjetivo —libertad de empresa—, a la vez que la garantía institucional —la economía de mercado y el mercado—,³⁹ y un mandato a los poderes públicos que, para satisfacer el ejercicio de aquella, deberán proteger la economía de mercado caracterizada por la competencia económica.⁴⁰ No obstante esta relación, no puede indicarse que la libre competencia es sinónimo de libertad de empresa, la primera es una condición necesaria para que la segunda pueda desarrollarse.

38 Antonio Cidoncha, *La libertad de empresa*, (Madrid: Thomson-Civitas, 2006), 139.

39 Manuel Aragón Reyes *Estudios de Derecho Constitucional*. 3a. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013) 630-631 y *Libertades económicas y Estado social*. (Madrid: Mc Graw Hill, 1995) 9.

40 Luis Arroyo Jiménez, Luis, *Libre empresa y títulos habilitantes*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011), 377.

Esta se comprende como centro de gravedad del sistema económico y preside el desarrollo de la actividad patrimonial.⁴¹ La competencia en este sentido necesita un análisis macro, como condición para el ejercicio de otras libertades que se desarrollan en el mercado, se encuentra integrada por las libertades económicas —que en palabras de Font Galán⁴² serían la de establecimiento y de circulación de personas, bienes, servicios y capitales⁴³— y otras libertades jurídicas necesarias para el ejercicio de la libertad de empresa —contratación, organización e inversión⁴⁴, libre autonomía de la voluntad y libre iniciativa económica⁴⁵—.

Esta conjunción de libertades no permite calificar a la competencia como un derecho —diferencia respecto de la normativa colombiana—, y mucho menos como uno de contenido complejo, se trata de un fundamento del sistema económico necesario para el ejercicio de la libre empresa⁴⁶, un principio ordenador del orden público constitucional económico⁴⁷ y una libertad *sub lege*⁴⁸, esto último al considerar que los agentes económicos encuentran claras restricciones en el ejercicio de las actividades económicas que emprenden.

Estas restricciones son justamente las que permiten cualificar a la competencia con un plus: debe ser libre. Esta libertad alude a la posibilidad que se otorga a cualquier agente para acceder al mercado en condiciones de igualdad, desarrollar una actividad económica con ánimo de lucro, rivalizar por obtener un beneficio económico y mayor participación en el mercado y contar con medidas

41 Leopoldo José Porfirio Carpio, *La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal*. (Madrid: Marcial Pons, 2002), 32.

42 Juan Ignacio Font Galán, *Constitución Económica y derecho de la competencia*, (Madrid: Tecnos, 1987)

43 Estas son a la vez las libertades económicas comunitarias a las que, en palabras de Pedro Mercado Pacheco, habría que añadir la libertad de competencia. "Libertades económicas y derechos fundamentales. La libertad de empresa en el ordenamiento multinivel europeo", (En *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, 26, 2012), 342.

44 España, Tribunal Constitucional, STC 112/2006, de 5 de abril s.f.

45 Luis Díez, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, (Madrid: Tecnos, 1970), 44.

46 Gerardo Ruiz-Rico Ruiz señala que la libre competencia es un elemento del núcleo de la libertad de empresa ("La libertad de empresa en la Constitución Económica Española: especial referencia al principio de libre competencia", En *Revista de Derecho Mercantil*, 215), 240. Esta apreciación, sin embargo, no se comparte al considerar que si constituyera elemento del derecho en caso de violación o vulneración procedería alguna acción jurisdiccional que en ningún caso es procedente.

47 De acuerdo con el "Preámbulo" de la Ley de Competencia Desleal (LCD) y al tenor de lo manifestado por Bercovitz, "Apuntes", 293.

48 Juan Ignacio Font Galán, *Constitución Económica y Derecho de la competencia*. (Madrid: Tecnos, 1987), 113.

•Protección de la libre competencia en Colombia•

de protección en caso de actuaciones contrarias a la competencia efectiva y leal. Todas estas condiciones deben estar garantizadas por el Estado pues como se advirtió, el mercado en que se ejerce la competencia se encuentra afectado por fallos que justifican la intervención que a aquel le compete.

Esta condición genera un compromiso de protección del mercado⁴⁹ y de la libre competencia por parte de los poderes públicos.⁵⁰ Si el sistema de economía de mercado se encuentra afectado por prácticas o comportamientos que puedan lesionar, falsear o restringir la competencia, la libertad de empresa no podría desarrollarse de manera efectiva y en consecuencia otras libertades y derechos podrían verse afectados, amén de la negación que podría generarse respecto de una característica esencial de la Constitución Económica española. La libertad de empresa exige su realización en un ámbito de efectiva y leal competencia entre agentes económicos que encuentren reglas para esos procesos de rivalidad. Por ello, la defensa de la competencia resulta indispensable y no “como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de este”.⁵¹ En este sentido es posible comprender que la protección que se predica de la libre competencia no se realiza en abstracto —es decir, como un fin en sí misma que permite hablar de concurrencia y rivalidad entre agentes económicos diversos— sino como un instrumento necesario para evitar problemas en la asignación de recursos —eficiencia— con consecuencias sociales que amenazan los fines del modelo de Estado constitucional —equidad—.

La libre competencia no ostenta el carácter de derecho subjetivo, pero cuenta con un marco normativo que la refuerza y protege, además de constituir un

49 Para Manuel Aragón, *Libertades económicas y Estado social*, (Madrid: Mc Graw Hill, 1995), 10, el mercado es una garantía institucional en el orden constitucional económico. Respecto a la garantía institucional es posible consultar Ignacio De Otto, (*Derecho constitucional: Sistema de fuentes*, 2.ª. ed. Barcelona: Ariel, 1998), 31 y la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 32/1981, de 28 de julio. Como garantía institucional el mercado encuentra protección en la Constitución Española en dos sentidos, el primero de ellos implica la salvaguarda del mismo al prohibir que pueda ser abolido y sustituido por un sistema de planificación estatal, el restante supone la protección de su contenido esencial, que genera la obligación para el Estado de garantizar un espacio de libertad para que los ciudadanos fijen las condiciones en que se produce el intercambio de bienes y servicios y, si se encuentra habilitado para intervenir, debe garantizar el mantenimiento de las condiciones esenciales del mercado al tenor de afirmación de Cidoncha, “*La libertad*”, 153-155.

50 Javier Viciano Pastor, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 1995), 27.

51 España, Tribunal Constitucional, STC 88/1986, de 1 de julio s.f.

tipo de intervención normativa en el mercado⁵², —LDC y LCD— y al permitir el funcionamiento de la economía de mercado constituye un elemento esencial del ordenamiento jurídico y de la Constitución Económica. Podría indicarse que es una garantía institucional que avala la continuidad histórica —independientemente de la intención del legislador por vaciarla o anularla— de esta estructura social —mercado y economía de mercado— ligada al disfrute de varios derechos y garantías.⁵³ Su titularidad no corresponde a un sujeto particular —por ello no es posible hablar de un derecho a la libre competencia económica como si ocurre en la normativa colombiana— sino a la colectividad, en la medida en que las pretensiones del marco normativo que la protege extiende sus efectos a los empresarios, consumidores y al libre y leal mercado, además de la eficiencia económica.⁵⁴

Su protección deviene entonces primordial y se constituye en un límite frente a la actividad del legislativo. Este, en el marco de la cláusula general de competencia que le asiste, podrá regularla pero no vaciarla o eliminar los elementos que la caracterizan, su respeto apunta a garantizar que el marco normativo incluirá disposiciones que refuercen su protección⁵⁵ y que no será posible eliminar sus rasgos esenciales (pluralidad de agentes económicos que con independencia de su estructura jurídica, económica o social tengan capacidad de decisión en relaciones mercantiles de competencia).⁵⁶ Este marco normativo no solo pretende proteger la defensa de la libertad de competir en cabeza de operadores económicos

52 Este marco normativo que constituye una forma de intervención del Estado en la economía se encuentra sujeto a la Constitución en los precisos términos del artículo 103 apartado 1 que señala “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y el Derecho”.

53 Eduardo Estrada, Raúl Ignacio Rodríguez Magdaleno e Ignacio Fernández Chacón, *Apertura de grandes superficies comerciales y libertades comunitarias*, (Madrid: Reus, 2011), 23

54 Camilo Ernesto Ossa Bocanegra, “Fundamentos de la aplicación pública del derecho de la competencia en Colombia” (*Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 44, 120, enero-junio, 2014), 199.

55 Como ha señalado el Tribunal Constitucional, esta normativa “comprende toda la legislación ordenada a la defensa de la libertad de competencia, mediante la prevención y, en su caso la represión, de situaciones que constituyan obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado”, siendo su objetivo la “defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de la libertad de competencia” (España, Tribunal Constitucional, STC 71/1982). No debe, sin embargo, entenderse esta actuación como tendente a la eliminación de cualquier tipo de interferencia entre empresas, lo que a la postre destruiría la posibilidad misma de competir en el mercado, sino, más bien, la de prevenir y, en su caso, corregir situaciones que afecten a la estructura del mismo” (España, Tribunal Constitucional, STC 88/1986, de 1 de julio s.f.).

56 Manuel García Pelayo, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, (En *Estudios sobre la Constitución española de 1978 de Manuel Ramírez*, Zaragoza: Libros Pórtico, 1979), 42.

•Protección de la libre competencia en Colombia•

—si ello fuera así cualquier tipo de rivalidad o lucha estaría permitida— sino además proteger la posibilidad de competir en condiciones leales y lícitas, es por ello que frente a la primera perspectiva existe un subsector denominado “derecho de la libre competencia” y respecto de la segunda otro subsector denominado “derecho sobre la competencia desleal”.⁵⁷

Estas normas constituyen el *modus operandi* de los agentes económicos en el ejercicio de actividades económicas.⁵⁸ Y ellas, a su vez, deben satisfacer el mandato constitucional del art. 51 en sus apartados 1 y 3 que atribuye a los poderes públicos la defensa de los usuarios y consumidores, lo que se traduce en que “las medidas protectoras de la libre competencia funcionen también como garantía de los consumidores, y el que medidas adoptadas para la protección de estos no dejen de tener incidencia en el desarrollo de la libre competencia”⁵⁹, en una clara manifestación de la intención que asiste al marco normativo en cuestión para proteger el sistema de economía de mercado.

La protección directa de este principio, en el caso español, encuentra su origen en las disposiciones comunitarias que permean e inciden en el ordenamiento interno y que abogan por la protección de las condiciones en que se desarrolla el Mercado Común Europeo.⁶⁰ Estas disposiciones gozan de primacía respecto al derecho nacional de los estados miembros, circunstancia que les obliga a adecuar su normativa interna a las normas de derecho comunitario⁶¹, y en materia de defensa de la competencia generó un cúmulo de obligaciones orientadas a reprimir y sancionar todos aquellos comportamientos que lesionaran la competencia económica y pusieran en riesgo el proceso de consolidación de ese mercado común.

En estos términos el TCCE en su art. 3, literal g. aboga por “un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior”, disposición

57 José Manuel Otero Lastres, “Organismos de promoción y protección de la libre competencia” (En Rafael Badell, coord., *Memorias del Congreso Internacional de Derecho Administrativo en homenaje al profesor Luis H. Fariás Mata*, Madrid. 31-62. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2006), 36.

58 Font, “*Constitución Económica*”, 34.

59 España, Tribunal Constitucional, STC 88/1986, del 1 de julio, s.f.

60 La política de competencia ha sido una de las políticas más activas desde la constitución de la Comunidad Europea, al tenor de Luis Velasco San Pedro, “El derecho europeo de la competencia”, (En L. A. Velasco San Pedro, *Derecho europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, Valladolid: Lex Nova, 2005), 41.

61 Luis Ortiz Blanco, Jerónimo Maíllo González Orús, Pablo Ibáñez Colomo y Alfonso Lamadrid de Pablo, (*Manual de derecho de la competencia*, Madrid: Tecnos, 2008), 22.

que desvela el fin principal de este régimen y que apunta a la protección de la competencia frente a cualquier tipo de falseamiento. Sin embargo, la competencia no es un fin en sí mismo en la Unión Europea sino una condición necesaria para que el mercado funcione y contribuya a la búsqueda del bienestar económico general y la asignación eficiente de recursos en la economía, por esto las normas de defensa de la competencia no protegen solamente a los empresarios o agentes económicos privados sino a los consumidores y al mercado en sí mismo considerado.

El art. 3 encontró materialización en los arts. 81 y 82 del mismo Tratado (hoy artículos 101 y 102 del TFUE). Esta normativa del derecho de defensa de la competencia establece dos tipos de medidas, las primeras orientadas a proscribir cualquier limitación a la libre competencia por lo que la prohibición de prácticas colusorias, abusos de posición dominante⁶² y actos de competencia desleal, resultan consistentes con el fin general (arts. 101 y 102 del TFUE y arts. 1, 2 y 3 de la LDC); las restantes consignan medidas de vigilancia y autorización para evitar que cualquier decisión de un agente público o privado pueda producir distorsiones o limitaciones a la competencia —control de las concentraciones económicas cuando superan cierto umbral— (art. 7 a 9 LDC y el Reglamento 139 de 2004 en la Unión Europea), y la vigilancia sobre las ayudas públicas (art. 107 y s.s. TFUE).⁶³

Con el mandato de armonización de su legislación en beneficio de los objetivos comunes comunitarios que impone para España su pertenencia a la Unión Europea, resultó primordial la promulgación de normas de defensa de la competencia. Es factible encontrar los antecedentes de normativa de defensa de la competencia en la Ley 110 del 20 de julio de 1963, de represión de las prácticas restrictivas de la competencia. Posteriormente y en vigencia de la Constitución de 1978, al incluirse el derecho a la libertad de empresa en la Norma Fundamental,

62 "La disciplina de defensa de la competencia es proclive a las situaciones de dominio del mercado cuando estas son fruto de la eficiencia, pero, por el contrario, se opone a ellas cuando estas se generan a consecuencia de operaciones ajenas a la lógica de una mayor eficiencia y, por tanto, a los intereses de los usuarios". Juan José Montero Pascual, "Regulación económica y derecho de la competencia", (En A. Ruiz Ojeda, *Fundamentos de regulación y competencia (el diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*. Madrid: Iustel, 2013), 95. Lo que se condena no es la posición de dominio sino el ejercicio abusivo de aquella, en idéntica forma al tratamiento que recibe en Colombia.

63 Sara Medina González, "La política de la competencia", cap. VII, (En Enrique Linde Paniagua, coord., *Políticas de Unión Europea*, 361-434. Madrid: Colex, 2008), 363.

se modificó la ley en mención y se promulgó la Ley 16 del 17 de julio de 1989, de defensa de la competencia, que considera esta salvaguarda como una función pública en la medida en que la competencia “es el principio rector de toda economía de mercado” por medio de la cual “se manifiesta la libertad de empresa”, siendo necesaria la garantía de “[...] la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, siendo asimismo compatible con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado”.

Esta disposición ha sido reformada en varias ocasiones, así la Ley 1 del 21 de febrero de 2002, de coordinación de las competencias del Estado y las comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia se enriqueció posteriormente con la Ley 15 del 3 de julio de 2007, de defensa de la competencia —vigente en la actualidad—, que reforzó los mecanismos que existían en materia de protección de este principio al dotarlo de instrumentos y de una estructura institucional acorde para proteger la competencia practicable en los mercados. La LDC, en armonía con lo preceptuado por la norma de 1989, ratifica la importancia que registra la competencia efectiva como un elemento indispensable de la economía de mercado, además de constituir la regla de juego para los empresarios y favorecer el proceso de reasignación de los recursos productivos que favorece al consumidor e incrementa el bienestar de la sociedad.

Esta disposición normativa desde el preámbulo indica que la defensa de la libertad de empresa es la que origina la necesidad de establecer un sistema que “permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado”, buscando resguardar los derechos de todos los sujetos que concurren al mercado. Se entiende así que la libre competencia permite el adecuado discurrir de aquel y constituye sustrato esencial para el desarrollo de la libertad de empresa y el funcionamiento del sistema de economía de mercado. Armoniza lo anterior con la concepción que de ella se tiene, comprendiéndola como un elemento de la política económica que promueve la competitividad y la productividad.⁶⁴ Del contenido de esta disposición pareciera inferirse

.....
64 Este marco normativo interno encuentra refuerzo en la normativa comunitaria visible en Reglamento CE núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre control de las concentraciones entre empresas y en el reglamento núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, entre otras tantas comunicaciones, reglamentos, decisiones, directivas y directrices relacionadas con la materia.

una finalidad economicista del derecho de la competencia español —siguiendo la posición de la Escuela de Chicago— en el que sus preceptos se orientarían a garantizar la pluralidad e independencia de los operadores económicos para que ese derecho pudiera operar correctamente; sin embargo, sus objetivos resultan ser más amplios y cobijan pretensiones sociales y políticas: la defensa de la democracia como principio rector de la vida política y económica además de la protección de las condiciones de una economía de mercado.⁶⁵

Tal cúmulo de disposiciones normativas de origen nacional y comunitario no hace mención directa a la “libre competencia” sino a la “competencia”. Como bien indica Viciano Pastor, esta alusión se explica por el “carácter multifuncional atribuido a estas normas que no permite la defensa exclusiva de derechos subjetivos”⁶⁶; es decir, no se encuentra asociado a la protección de los derechos de los competidores sino a la tutela de los derechos e intereses de los consumidores, del sistema de mercado y de exigencias de la política económica en general. Por ello se indicaba con antelación el carácter omnicomprensivo que tiene este principio, lo que permite explicar también la evolución que de los propósitos de esta normatividad se ha producido con el tiempo.

No obstante, estas normas resultarían inocuas sin instituciones que velaran por su cumplimiento, para el caso comunitario la Comisión Europea —órgano encargado de velar por el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado comunitario—, el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia —ante quienes es posible recurrir las decisiones de la Comisión— son competentes para aplicar el derecho comunitario de la competencia —cuando las actuaciones tuvieran relevancia transfronteriza y afecten el mercado común—, y a nivel nacional la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia actúa en coordinación con las instituciones competentes en materia de defensa de la competencia en las comunidades autónomas —cuando las conductas o prácticas que lesionen este principio tuvieran efectos en el mercado interno o de una de esas comunidades—.

65 José Gómez, “Concepto e finalidades do dereito de defensa da competencia: especial referencia á promoción da competencia en tempos de crise”, (En Manuel José Vázquez Pena, coord., *El derecho de la libre competencia como instrumento de progreso económico a favor de las empresas y de los consumidores*, 17-30, Valencia: Tirant lo blanch, 2013), 20.

66 Viciano Pastor, “Libre competencia”, 203.

•Protección de la libre competencia en Colombia•

Respecto a la normativa sobre competencia desleal —como se advirtió, la rivalidad entre operadores económicos debe darse en condiciones de lealtad)—, es posible encontrar la Ley 29 del 30 de diciembre de 2009,⁶⁷ por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.⁶⁸ La ley en mención constituye una herramienta adicional que ratifica el carácter omnicompreensivo de la defensa de la competencia: protege al competidor, al consumidor y al mercado.

Para finalizar, es viable indicar que en el derecho constitucional español la libre competencia económica:

1. No encuentra referente expreso en la norma a diferencia de la Constitución colombiana (art. 333).
2. Su fuente se origina en una interpretación del art. 38 constitucional que se enriquece con disposiciones comunitarias que abogan por la protección de la competencia efectiva como sustrato esencial del mercado común.
3. Se encuentra íntimamente ligada con el disfrute de la libertad de empresa; sin embargo, esta es un derecho y la de competencia es una institución que emerge de la economía de mercado.
4. El mercado caracterizado por la libre competencia no hace parte del núcleo esencial del contenido de la libertad de empresa, simplemente es el escenario que permite su ejercicio.
5. La libre competencia económica se relaciona con la dimensión objetiva de la libertad de empresa, pero no constituye su dimensión objetiva, y tampoco hace parte de su núcleo esencial.

.....
67 La ley en mención subdivide el derecho contra la competencia desleal en dos grupos: actos de competencia desleal de carácter general —con independencia de sus destinatarios— y prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios, circunstancia que rompe la unidad del ordenamiento, pues dependiendo del destinatario es posible adecuar la conducta y además implica el sometimiento de determinadas prácticas a un doble régimen jurídico.

68 Es claro que en el caso español son dos las regulaciones legales aplicables, la normativa europea y la legislación nacional, razón por la que se hace mención expresa a normativa de la UE. La mención que se predica respecto del TFUE y la LDC española es pertinente, sin embargo, como señala Arroyo Aparicio, cuando la restricción de la competencia tenga la posibilidad de afectar el comercio entre estados miembros se aplicará el derecho comunitario (art. 101 a 109 del tratado en mención y Reglamento Comunitario 1/2003), y en aquellos casos en que esa afectación se produzca en el ámbito nacional, se aplicará la norma restante. Alicia Arroyo Aparicio, “Consumidores y normativa protectora de la libre competencia: algunos antecedentes y las recientes iniciativas sobre ‘acciones por daños’”, (En M. J. Vázquez Pena, *El derecho de la libre competencia como instrumento de progreso económico a favor de las empresas y de los consumidores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 31-54.

6. La economía de mercado, marco para el ejercicio de la libertad en comento, exige la protección de la libre competencia económica.
 7. La competencia económica, ligada al mercado como garantía institucional, se encuentra protegida y no puede ser anulada o suprimida por el legislador y el resto de los poderes públicos.
 8. La competencia cumple en una economía de mercado la “función de conseguir que los bienes privados se conviertan en virtudes públicas”.⁶⁹
 9. Es un principio rector de la economía.
 10. Al ser un principio y estar ligado a una garantía institucional no considera exclusivamente intereses subjetivos —empresarios— sino que incluye la referencia a fines sociales de rango superior y a la satisfacción de objetivos generales de raigambre constitucional y comunitaria.
 11. No es absoluta, de conformidad con el inciso 2 del art. 38 CE, se encontrará protegida pero ligada a la capacidad que tiene el Estado para planificar la economía general (art. 131 del CE) —pudiendo reservarse ciertas actividades económicas excluyéndolas del régimen de competencia—, restringida por la prohibición de prácticas que atenten en su contra, limitada por exigencias de la política económica y por la iniciativa económica pública prevista en el art. 128 del CE, entre otras.
 12. Las disposiciones de competencia económica, tanto a nivel nacional como comunitario, suponen formas de intervención de la Unión Europea y el Estado en la economía.
- Y,
13. Un escenario de competencia efectiva permite trasladar beneficios económicos a los consumidores.

Para el caso colombiano, las diferencias frente al tratamiento que la libre competencia recibe en el ordenamiento constitucional son ostensibles y pueden resumirse en los siguientes elementos:

- a. La libre competencia es principio estructurante del sistema de economía social de mercado y principio rector de la economía.

.....
 69 Julio Pascual y Vicente, “Mercado, competencia y Unión Europea” (En Mercedes Pedraz Calvo y David Ordoñez Solís (coords.), *El derecho europeo de la competencia y su aplicación en España. Liber amicorum en homenaje a Santiago Martínez Lage*, Madrid: La Ley, 2014), 29-56.

- b. La libre competencia puede ostentar tres atributos: es principio constitucional a partir del cual se entiende el sistema constitucional colombiano de economía social de mercado, es un derecho colectivo y puede tener visos de garantía institucional.
- c. La libre competencia económica es un derecho individual que supone responsabilidades. Sin embargo, no es un derecho fundamental.
- d. Es un derecho de todos los agentes económicos, que exige aplicación igual respecto de personas naturales y jurídicas, públicas y privadas.
- e. Como derecho colectivo permite el libre acceso al mercado, fomentando la igualdad de oportunidades para todos los agentes económicos.
- f. Encuentra restricciones y limitaciones dadas por el bien común, la función social que debe cumplir, la responsabilidad social de ejercer la libertad de empresa⁷⁰ y por la necesidad de proteger la competencia económica en sí misma.
- g. Como todo derecho, permite la intervención del Estado siempre que ella sea razonable y proporcionada.
- h. A pesar de que el derecho a la libre competencia es un principio rector de la economía, algunos agentes económicos pertenecientes a determinados sectores pueden encontrar restricciones para el ejercicio de la libre competencia.
- i. El núcleo esencial “consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas”.⁷¹
- j. El Estado, como director general de la economía, no actúa solo como garante de los derechos económicos individuales, sino que le compete corregir las desigualdades sociales que emergen como consecuencia del ejercicio arbitrario que agentes hacen de sus libertades económicas.
- k. La defensa de la libre competencia tiene como objeto la protección de los empresarios, de los consumidores y del mercado en sí mismo considerado. No le compete al Estado solamente proteger la competencia como fin último sino impulsar la pluralidad de actores que materialicen el derecho

70 José Gual, *Cláusulas de irresponsabilidad: entre asimetría, equilibrio y abusividad*, (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016).

71 Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-228/10.

de elección de los consumidores con el fin de evitar monopolios, prácticas restrictivas de la competencia y abusos de posición dominante.

- l. La libre competencia exige la concurrencia de pluralidad de agentes —excepciones hechas de algunos sectores específicos— que en condiciones de igualdad podrán ejercer el derecho en mención generando beneficios para los consumidores que, en un régimen de competencia realizable, pueden acceder a mayor variedad de productos —de mejor calidad— y a un mejor precio.
- m. La intervención del Estado se orienta a promover y preservar la libre competencia —medidas *ex ante*— y a sancionar aquellos comportamientos identificados como restrictivos, por ejemplo, prácticas restrictivas de la competencia, actos de competencia desleal y abusos de posición dominante.

Hechas estas precisiones respecto a la libre competencia económica en España, el siguiente epígrafe se ocupará de los objetivos de la normativa de promoción y protección de la competencia en la Comunidad Andina de Naciones.

Protección de la competencia en la CAN

A pesar de que a lo largo del siglo XX varios países en América Latina habían adoptado una normativa respecto a la libre competencia (Argentina, 1919; México, 1934; Colombia y Chile, 1959; y, Brasil, 1962) todos ellos no suponen una tendencia de aplicación de políticas de competencia sino “más bien antecedentes legislativos de principios propios del capitalismo tales como la libre empresa o la defensa de derechos a ofertar y demandar en el mercado”.⁷² En algunos de esos países existían monopolios en cabeza del Estado que hacían difícil la aplicación extensiva de políticas de competencia generales. Sin embargo, los procesos de apertura y liberalización de la economía —desarrollados con antelación— a lo largo del continente impulsaron la adopción de disposiciones normativas de defensa de la libre competencia.⁷³ Y aunque los objetivos de las legislaciones a lo largo del continente son diversos, encuentran puntos de aproximación dados por

72 Marcelo Celani y Leonardo Stanley, *Política de competencia en América Latina*, (Santiago de Chile: Naciones Unidas, Cepal, 2003), 17.

73 En la actualidad, la mayoría de los países latinoamericanos cuentan con normativa de defensa de la competencia y con autoridades para su vigilancia y control, así es posible mencionar a Argentina, Barbados, Brasil,

•Protección de la libre competencia en Colombia•

la tendencia que cada uno de ellos asuma —corriente economicista o social—. Los procesos de integración regional que se han producido en la región han permitido unificar las corrientes en los tratados o acuerdos que les dan origen y que incorporan normas de defensa de la competencia en la medida en que buena parte de ellos pretenden la integración económica entre los países miembros.

Aunque se indicó que los procesos de integración económica tienen disposiciones sobre competencia, será preciso aludir a la Comunidad Andina de Naciones (CAN) por ser el acuerdo de mayor tradición para el caso colombiano.⁷⁴ El Acuerdo de Cartagena, suscrito en 1969, dio origen a la CAN que tiene como uno de sus objetivos “promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano” (art. 1). Uno de los instrumentos para lograr el crecimiento y desarrollo económico del bloque regional se encuentra constituido por una política adecuada de protección de la competencia.⁷⁵ En este sentido, uno de los primeros rudimentos de la legislación andina sobre promoción de la competencia se encuentra en el art. 93 del Acuerdo de Cartagena, que le confirió competencia a la Comisión con el fin de adoptar normas “para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la subregión”.

Con el objetivo de garantizar la pervivencia de este proceso de integración subregional de apertura comercial y globalización se hace necesario proteger la libre competencia en la CAN y promocionarla entre los agentes económicos con presencia en la región. Atendiendo a este mandato fue emitida la Decisión 608 de 2005 por medio de la cual se dictan normas para la protección y promoción

Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador Guatemala, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Salvador y Uruguay.

74 Los procesos de integración latinoamericanos son: ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración), que busca crear un área de preferencias económicas del cual Colombia forma parte; MERCOSUR (Mercado Común del Sur), en el que Colombia no hace parte, pero es un Estado asociado; CARICOM (Área del Libre Comercio del Caribe), en el que Colombia actúa como Estado observador; y, SICA (Sistema de Integración Centro Americana) en el que ostenta la misma condición. Existen otros tantos que no suponen procesos de integración sino de cooperación económica, social, política y cultural que no serán desarrollados.

75 Gabriel Ibarra Pardo. *La política de competencia en la Comunidad Andina de Naciones*, (vol. III, Colección Derecho Económico. Homenaje a Enrique Low Murtra, 65-92, Bogotá: Universidad Externado, 2001), 68.

de la libre competencia⁷⁶, buscando garantizar un mercado subregional en condiciones de libre competencia.⁷⁷ La importancia de esta disposición radicó en la modernización que respecto de la regulación de acuerdos y actos restrictivos de la competencia anexó además de la incorporación de autoridades supranacionales con competencias para imponer sanciones en caso de infracciones —Secretaría General de la CAN—. ⁷⁸ Mención expresa a sus objetivos se encuentra en el art. 2 que, en línea con los protegidos por la normativa colombiana, persigue la “eficiencia de los mercados y el bienestar de los consumidores”.⁷⁹

Existe, sin embargo, una dificultad suprema en materia de aplicación de esta disposición a nivel nacional pues no es posible aplicarla sino por parte de las autoridades comunitarias, sin que exista obligación de aplicarla por parte de las autoridades nacionales de competencia —a diferencia de lo que ocurre en la Unión Europea—. ⁸⁰ No obstante esta mención, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en decisión 3-AI-96 del año 1997, sostiene que existe un desplazamiento de la normativa interna respecto de la aplicación de la normativa comunitaria, así lo ha sostenido al indicar que “para la existencia del derecho de la integración es indispensable el reconocimiento del principio de supremacía o prevalencia sobre el derecho interno de los países miembros; [...] el tránsito de la competencia reguladora nacional hacia la comunitaria en los asuntos cuya decisión corresponde a esta última, como el desplazamiento automático de competencias, que pasan del legislador nacional al comunitario”.⁸¹

76 No obstante, esta mención, las decisiones 45 de 1971 y 230 de 1987 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (CAC) y las decisiones 283, 284 y 285 de 1991, de la misma Comisión, constituyen antecedentes importantes en la región respecto a la protección de la competencia, sin embargo, las dos primeras nacieron condenadas al fracaso por la inexistencia de herramientas que permitieran su cumplimiento y las restantes no tuvieron la acogida ni el desarrollo esperado.

77 Jairo Rubio, *Derecho de los mercados*, (Bogotá: Legis, 2007), 137.

78 Javier Cortázar Mora, “Decisión 608 de la Comunidad Andina: Un paso adelante para el sistema antimonopolios de la región”, (*Revista CEDEC de Derecho de la Competencia* 2, 2, enero-diciembre 2006).

79 Pierino López Raigada, “La integración en la Comunidad Andina y su sistema de protección y promoción de la libre competencia: Aspectos institucionales y procesales”, (*Revista de la competencia y la propiedad intelectual* 2, 2, 2006), 101.

80 Luis Díez Canseco, *Acuerdos regionales de competencia en América Latina y el Caribe (working paper)*. (Banco Interamericano de Desarrollo, 2013), 14

81 En el mismo sentido la Sentencia del 3 de diciembre de 1987 que indica “el ordenamiento jurídico de la Integración Andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista” y la Sentencia del 20 de

A pesar de esta decisión, resulta claro que en Colombia existe una disposición propia que regula las prácticas restrictivas, los actos de competencia desleal y los abusos de posición que se aplican de manera preferente respecto de la disposición comunitaria cuando los efectos de los comportamientos desplegados por los agentes económicos no extiendan sus efectos fuera de las fronteras del territorio nacional.

No obstante, resulta claro que la normativa nacional en materia de protección y defensa de la competencia no contraría ni viola las disposiciones de la CAN por lo que la aplicación de la regulación interna se ajusta a las obligaciones derivadas de la adhesión a dicha comunidad. Y en caso de que algún conflicto se presentara, la normativa comunitaria prevalece “en su aplicación e inaplica para el caso concreto a las normas de fuente nacional que regulen el mismo supuesto de hecho o establezcan efecto jurídico contrario”.⁸² En este sentido, lo que el legislador interno o cualquier autoridad no podría es proferir normas o disposiciones que contraríen el derecho comunitario pues “ello implicaría una grave violación de las obligaciones comunitarias”⁸³ al tenor del art. 4 del Tratado de Creación de la Comunidad Andina.

En estricto sentido, las atribuciones que competen a la CAN en materia de aplicación de la Decisión 608 operan, exclusivamente, respecto de aquellas conductas que tienen implicaciones en el área subregional, conductas realizadas en uno de los países miembros que tengan implicaciones en otro país miembro o conductas realizadas en el territorio de un país no miembro pero que tuvieran efecto en el territorio de un país miembro, art. 5. Por ello no será posible señalar el desplazamiento respecto de la normativa interna, puesto que la comunitaria solo aplicará en aquellos casos en que el acto tenga los efectos descritos anteriormente.

noviembre de 2014 que reconoce “el Derecho Comunitario Andino se caracteriza porque sus normas prevalecen en relación con las normas nacionales, son de aplicación directa e inmediata y gozan de autonomía. En este sentido, tomando en cuenta que todos los órganos e instituciones de la administración pública de los Países Miembros de la Comunidad Andina deben actuar en el marco del principio de legalidad; el límite de su actuación también está determinado por el ordenamiento jurídico comunitario”.

82 López, “La integración”, 83.

83 Fabián Novak Talavera, “La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico”, (En *Derecho Comunitario Andino*, de Allan-Randolph Brewer Carías, 57-100, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003), 83.

Objetivos de la normativa de promoción y protección de la competencia en Colombia

En el ámbito nacional, es preciso señalar que la libre competencia constituye la regla suprema de juego en un sistema de Economía Social de Mercado, razón que motiva la adopción de reglas formales que, bajo la modalidad de normas, otorguen un marco de protección que garantice su pervivencia. De conformidad con el Decreto 2153 de 1992, la SIC, en ejercicio de las facultades administrativas que le han sido otorgadas, persigue tres finalidades: garantizar la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y mejorar la eficiencia del aparato productivo. En esta línea “el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado”⁸⁴ constituyen objetivos primordiales de la normativa de protección del derecho en mención.⁸⁵ La realización de un estado de competencia real, libre y carente de distorsiones que permita la satisfacción del ánimo de lucro, que caracteriza a los operadores económicos, y que a su vez permita a los consumidores adquirir bienes y servicios de calidad a precios justos y equitativos, armoniza con los rasgos definitorios de un modelo de economía social de mercado en el que el ejercicio de las libertades económicas exige un marco de competencia sana y leal.

La protección del bienestar del consumidor se ha considerado como un objetivo esencial del marco normativo de defensa de la competencia pues al mantener procesos competitivos se incentiva a los agentes económicos —oferentes— a ser eficientes so pena de ser excluidos del mercado, con el objetivo de brindar a los consumidores —demandantes— niveles superiores de satisfacción.⁸⁶ También la libre competencia económica persigue la defensa de la competencia en sí misma considerada, pues además de incentivar la existencia de múltiples oferentes debe regular la relación entre ellos con el fin de evitar la integración de monopolios, abusos de posición de dominio o prácticas restrictivas de la competencia, además de actos de competencia desleal que generan fallas en el sistema de economía de

84 Colombia, Corte Constitucional, C-228 de 2010, M.P. Escobar Gil s.f.

85 “La defensa de los intereses y el mejoramiento de la calidad de vida de los consumidores constituyen premisas esenciales del derecho de la competencia en Colombia”. Ibarra Pardo, “*La política*”.

86 Marco Aurelio Zuloaga, “La perspectiva colombiana de la protección de la competencia”, (En *Derecho de la competencia*, Bogotá: Navegante, 1998), 32.

mercado. De esta manera, se garantizan los intereses de los competidores, de los consumidores y el interés público del Estado. Bajo esta premisa, la competencia que asiste al Estado para establecer límites y restricciones al ejercicio de estas libertades deviene en compatible con el modelo de Estado y los objetivos que constitucionalmente le han sido asignados.

Ya indicaba la Exposición de Motivos de la Ley 1340 de 2009 que “la competencia deriva en beneficios para los consumidores y la eficiencia económica”, motivo que permite ampliar sus pretensiones y desdibujarla como un mecanismo de protección de una clase —los empresarios o comerciantes— y un fin en sí mismo. La competencia es una condición del mercado, necesaria para su eficaz funcionamiento y pertinente en un proceso de intercambio que combina múltiples intereses. La norma en mención reconoce el papel que desempeña la iniciativa empresarial como herramienta para generar riqueza, ingreso y bienestar, aceptando la necesidad de que esta se desarrolle en condiciones de competencia libre que permita alcanzar múltiples objetivos sociales y económicos.

Siguiendo en este punto a Viciano Pastor⁸⁷, es posible señalar que el marco normativo colombiano en materia de protección de la competencia corresponde a un criterio institucional en el que se reconoce el carácter instrumental que le asiste a la libre competencia económica “entendida como una situación fáctica que se desenvuelve en el mercado”⁸⁸ y que permite superar el clásico criterio subjetivo que se concentraba en la defensa de poder concurrir al mercado como concreción de la libre iniciativa privada. Los objetivos entonces se amplían y se comprende que la libre competencia económica no es un fin en sí mismo sino un medio para alcanzar fines más profundos⁸⁹ en el que la búsqueda de la eficiencia del mercado es esencial pero la protección de los derechos de los consumidores y la defensa del bienestar general constituyen referentes importantes.

Esta amplitud en materia de objetivos de la normativa de protección de la libre competencia puede generar dificultades “en la medida en que será discrecional del superintendente privilegiar uno u otro propósito y llevar a resultados

87 Viciano Pastor, “Libre competencia”, 62 y ss.

88 Xavier Gómez, “Los derechos de propiedad intelectual como restricción a la competencia económica”, *Foro Revista de Derecho UASB*, 1, (2003), 92.

89 Marco Antonio Velilla, “Una aproximación al abuso de la posición dominante”, (En *Derecho de la competencia*, Bogotá: Navegante, 1998), 179.

distintos”.⁹⁰ Esta situación había sido puesta de presente por Soto Pineda quien señaló al respecto que la Superintendencia resuelve atendiendo a las condiciones particulares del caso, observando la obligatoriedad de la doctrina probable que prescribe la Ley 1340 de 2009, preservando el bien jurídico que experimente mayor riesgo —eficiencia del mercado o protección del consumidor—. Para el autor, el problema radica en que en aquellos casos en que no es posible armonizar estos objetivos, la decisión ha privilegiado la protección del consumidor.⁹¹

Protección de la libre competencia desde la Ley Tipo

En múltiples países, la normativa de protección de la competencia no se agota en acciones de aplicación pública, mediante la actuación de organismos administrativos y judiciales, sino que también proceden acciones de resarcimiento de daños y perjuicios —acciones de aplicación privada— que pueden ser impetradas por particulares o empresas —también por el Estado en representación de alguna de ellas— que han sufrido pérdidas debidas a la conducta anticompetitiva.⁹² La disposición propuesta en la Ley Tipo de Defensa de la Competencia permite a los legitimados entablar una demanda civil por infracción a la ley a fin de obtener el resarcimiento de los daños sufridos, incluidos los gastos realizados y los intereses devengados.

La Ley Tipo alude de manera expresa a los diversos tipos de acciones privadas para el resarcimiento de los perjuicios. Para ellos es preciso distinguir entre las acciones individuales y las acciones colectivas —*class actions*—. Las acciones individuales precisan que la persona o empresa que sufrió el daño impulse su propia acción —con pretensiones orientadas al resarcimiento de los perjuicios que el comportamiento oportunista y desleal de competidores haya podido generar en el disfrute de sus derechos o libertades— mientras que las restantes admiten

90 Emilio Archila, “Novedades de la Ley 1340 de 2009 para el Régimen de Protección de la Competencia”. (*Contexto*, 2010), 25.

91 Soto Pineda, “*La defensa*”, 398.

92 Séptima Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas, Naciones Unidas, Ginebra, julio 6-10, 2015.

una legitimación mucho más amplia.⁹³ Por el contrario, es posible impetrar la acción en nombre de un gran número de personas o empresas que se consideren afectadas por el actuar de uno o varios operadores económicos.

No obstante, la existencia de estas acciones, se advierte que la responsabilidad en la protección y promoción de la misma se ha concentrado de manera prevalente a cargo del Estado —a través de órganos específicos y mediante acciones administrativas—. Poca participación han tenido los ciudadanos en esta cuestión, y al hacer esta referencia no se alude a los empresarios que, por motivos obvios, tienen interés en evitar que las conductas o las prácticas que lesionen la competencia generen efectos importantes en el mercado, se hace mención de los ciudadanos como afectados directos por este tipo de actuaciones, como titulares del derecho colectivo a la libre competencia y como perjudicados directos de cualquier actuación que tenga por objeto o como efecto falsear las condiciones en que opera el mercado.

En el caso colombiano son tres los sujetos legitimados para iniciar acciones orientadas a la protección de la libre competencia: a) los ciudadanos que de manera individual encuentren afectación a sus derechos e intereses por las prácticas restrictivas de la competencia y abusos de poder de mercado que cualquier agente económico despliegue en el sector económico en que aquel se desenvuelve; b) el Estado que podrá perseguir, oficiosamente o a solicitud de una parte, cualquier conducta o acto que vulnere la libre competencia; y, c) la colectividad, titular del derecho en mención.⁹⁴

Respecto al reconocimiento del Estado como legitimado para el inicio de estas acciones orientadas a la protección de la libre competencia, debe remitirse a la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio como promotora y protectora de la libre competencia.

93 La legislación alemana y japonesa admite que las organizaciones cualificadas puedan incorporar acciones de resarcimiento de daños y perjuicios generados por la vulneración de la libre competencia económica.

94 Luis Guillermo Vélez, "Los objetivos de las normas antimonopolísticas: Planteamientos para un debate". (*Revista de Derecho Privado*, 10, 1992), 156. No se hace mención en este epígrafe de las acciones que por actos de competencia desleal pueden iniciar los empresarios afectados por cualquiera de las acciones consignadas en la Ley 256 de 1996 pues en tal acción (preventiva o de prohibición y declarativa y condena) la legitimación queda radicada en cabeza de "cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal" (art. 21) y eventualmente podrá ser impetrada por asociaciones cuya finalidad estatutaria sea la protección del consumidor, siempre que acrediten "que el acto de competencia desleal perseguido afecte de manera grave y directa los intereses de los consumidores", intereses que podrán ser diversos y no tienen que apuntar a la protección de la libre competencia.

La política de competencia como instrumento cardinal del sistema económico señalado “se estructura con el objetivo de garantizar que la actividad económica propiamente dicha sea puesta en marcha, en exclusiva, en escenarios de lealtad y libertad”⁹⁵; por ello, la articulación del derecho de la competencia se ha organizado en torno a dos vertientes, la primera de ellas controla y reprime conductas que puedan tener incidencia en el equilibrio del mercado —abusos de posición dominante, prácticas concertadas o conscientemente paralelas, prácticas restrictivas de la competencia, concentraciones empresariales y ayudas estatales o públicas—⁹⁶, la restante disciplina a los comerciantes que, contrariando el principio de buena fe y la lealtad mercantil, incurran en actos de competencia desleal. La segunda vertiente no tiene la pretensión *per se* de proteger la libre competencia sino la competencia leal.

Estas vertientes tienen relación directa con las acciones que contempla la legislación colombiana y que se ajustan a las condiciones estructurales de una economía social de mercado que exige un marco normativo que permita la protección de la competencia económica. La Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009 designan a la Superintendencia de Industria y Comercio como la autoridad nacional competente para conocer, de forma exclusiva y a través de acciones administrativas —no incluye potestades jurisdiccionales⁹⁷— las conductas que impliquen restricción o limitación por parte de los participantes en el mercado a la libre competencia.⁹⁸

El Decreto 3523 de 2009 —modificado por el Decreto 1687 de 2010— radica en cabeza del organismo en mención la función de “velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales” (art. 8, núm. 2) además de tramitar las investigaciones preliminares e investigaciones de actos que “impliquen restricciones o limitaciones por parte de los participantes en el

95 Soto Pineda, “La defensa”, 318.

96 Uribe Piedrahita y Castillo Cadena, “El otorgamiento”, 236-245.

97 Colombia, Corte Constitucional, C-537 de 2010.

98 En materia de protección de la competencia la SIC también se encarga de promoverla a través de la “abogacía por la competencia”, que le permite: a) asesorar al gobierno en el diseño de medidas que fomenten la libre competencia en los mercados, b) adelantar estudios de mercado para identificar fallas en la competencia, c) promoción de la competencia por medio de actividades de socialización y educación, y d) rendir concepto previo respecto a los proyectos de regulación estatal que pudieran tener incidencia en la competencia en claro seguimiento a los lineamientos de la OCDE en “Estudios económico de la OCDE Colombia”, 2015.

•Protección de la libre competencia en Colombia•

mercado al derecho constitucional a la libre competencia” (art. 8, núms. 3 y 5) y que “sean significativas, para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica” (art. 1, núm. 3). Estas investigaciones podrán adelantarse por la solicitud que presente un tercero —cuya identidad podrá mantenerse en reserva en caso de que pudiera sufrir represalias comerciales—, por solicitud o traslado que realice otra entidad, o de oficio cuando la SIC advierta que existe una conducta que lesiona el principio en mención.

En el mismo sentido, la Ley 1340 de 2009 asignó a la SIC la competencia para imponer multas a personas naturales y jurídicas por violación de normas de protección de la competencia. Las multas que podrán imponerse a personas jurídicas ascienden a los 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes y, en caso de que fuera mayor, hasta un 150 % de la utilidad derivada de la conducta del infractor (art. 25); respecto de personas naturales que “colaboren, faciliten, autoricen, ejecuten o toleren” conductas que menoscaben la competencia, la multa ascenderá hasta a 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El altísimo monto de la multa —que impone la SIC en ejercicio del derecho administrativo sancionador⁹⁹—, resulta ser un elemento con pretensiones disuasorias para que los agentes económicos se abstengan de incurrir en violaciones a la normativa de protección de la competencia¹⁰⁰, circunstancia a la cual se suma la atribución del carácter de doctrina probable al sentido de tres decisiones ejecutoriadas sobre el mismo asunto (art. 24) que otorga mayor seguridad jurídica y establece un claro precedente respecto al mantenimiento de la línea decisional de

99 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2010. Respecto a las facultades jurisdiccionales que en esta materia competen a la SIC, la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, en su artículo 24 atribuyó funciones jurisdiccionales al organismo en mención para conocer de tres asuntos, 1) violación a los derechos del consumidor, 2) violación a las normas relativas a la competencia desleal, y 3) infracción de derechos de propiedad industrial. Todos aquellos asuntos adicionales a los tres mencionados se tramitarán por vía administrativa y no jurisdiccional.

100 Con el fin de hacer más altas las multas e incentivar de manera negativa a los empresarios para que se abstengan de incurrir en este tipo de conductas el Proyecto de Ley 38 de 2015 prevé un incremento significativo en el monto de aquellas que podrá ascender hasta el 10 % del patrimonio de empresa o los ingresos operacionales que esta tuviera en el año fiscal anterior, hasta el 30 % del valor del producto o servicio involucrado en la conducta sancionada y hasta el 30 % del valor del contrato estatal, en casos de colusión en licitaciones públicas, además cuando fuere posible cuantificar las utilidades percibidas por el infractor derivadas de la conducta la sanción podrá ascender hasta el 300 % del valor de la utilidad (cuando este porcentaje sea mayor al señalado en los eventos anteriores).

la Superintendencia en materia de protección de la libre competencia¹⁰¹, además de evitar posibles abusos en que podía incurrir la autoridad —que podría variar sin miramientos su doctrina— debido a la generalidad de la norma.

Este precedente, aunque administrativo y no judicial, responde a la protección de los principios de seguridad, igualdad jurídica, buena fe y confianza legítima. Resulta acertada esta disposición en la medida en que como se advirtió al señalar las características de la ESM, una de las condiciones esenciales para su buen funcionamiento se encuentra constituida por la constancia y estabilidad del marco normativo y de las decisiones de los encargados de administrar normas que tuvieran impacto en el mercado.

Las multas mencionadas se imponen en el marco de un procedimiento que observa las reglas de debido proceso —y culmina con un acto administrativo y no una sentencia—, cuyo trámite se adelanta ante la Delegatura de la Promoción de la Competencia de la SIC, que una vez surtido aquel, que consiste en el estudio de admisibilidad de la queja, la apertura de investigación preliminar, la investigación y práctica de pruebas, la apertura de investigación formal —si hay méritos—, la notificación, la posibilidad de ofrecer garantías, las intervenciones de terceros —que acrediten un interés directo e individual—, la práctica de pruebas, elabora un informe motivado al Superintendente de Industria y Comercio que es puesto en consideración de los intervinientes para que presenten alegaciones y posteriormente se profiera decisión contra la que procede el recurso de reposición. Como ocurre con los actos de la administración, este fallo será susceptible de control ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

La existencia de este trámite, con claras reglas procedimentales, enfatiza en la relevancia que la protección de la libre competencia ostenta en el sistema económico colombiano. La legitimación en cabeza de sujetos diversos —no necesariamente empresarios— manifiesta la intención del legislador de permitir a cualquier interesado en su defensa contar con una acción expedita ante un organismo especializado que cuenta con el conocimiento suficiente y recursos adecuados para adelantar estas investigaciones. Respecto a la Superintendencia competente en estos asuntos vale la pena resaltar que la ley en mención potenció el campo de actuación y le otorgó herramientas adicionales en las acciones que

101 Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-819 de 2006.

•Protección de la libre competencia en Colombia•

adelanta en casos de violación a la competencia; sin embargo, como señala la OCDE, “debería tener una mayor independencia política, y así podría operar de manera más eficaz”.¹⁰²

Frente a la legitimación de los ciudadanos, esta parte de la comprensión de que la competencia en los mercados se protege porque “impone presión a las empresas para que sean más eficientes y provean productos de mayor calidad y variedad a precios más bajos”¹⁰³ y actúa como un incentivo efectivo para que los empresarios inviertan en mejorar lo que ofrecen para captar más demandantes y pervivir en el mercado, resultando castigados aquellos empresarios ineficientes que canalizarán sus recursos a actividades más productivas. Esos incentivos se relacionan directamente con la innovación y el crecimiento económico, traducidos en forma directa en beneficios para los consumidores. Las condiciones de competencia en que se desenvuelve el mercado generan efectos para los comerciantes, consumidores y para el mercado como elemento esencial de la economía social de mercado, circunstancia que permite reconocer su legitimación.

En nuestro caso resulta claro que esta acción, con pretensiones mucho más amplias que las derivadas de acciones individuales, encuentra su soporte en la naturaleza misma del derecho a la libre competencia económica: su carácter colectivo (art. 88 de la CP, desarrollado por la Ley 472 de 1998). La libertad en mención permite su protección mediante acciones colectivas: de grupo o populares.

Al respecto es claro reconocer que como señala la UNCTAD en la Ley Modelo de Competencia, las acciones de grupo en materia de competencia suponen grandes retos para los estados que deben potenciarlas por dos razones: a) “cada demanda individual puede ser demasiado pequeña y no justificar una

102 Atendiendo a varias recomendaciones reservadas de la OCDE el Gobierno nacional presentó el Proyecto de Ley 38 de 2015 “por el cual se introducen modificaciones al régimen de protección de la competencia, a las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, y se dictan otras disposiciones”. Este proyecto, tal como señala su Exposición de Motivos, pretende “reforzar el régimen colombiano de tal forma que se desincentive la comisión de prácticas restrictivas de la competencia; otorgar a la Autoridad Nacional de Competencia herramientas efectivas para la investigación y represión de carteles, abusos de posición de dominio, y otras prácticas anticompetitivas; fortalecer el régimen de beneficios por colaboración para incentivar compañías a delatar carteles empresariales; hacer más transparente el régimen de competencia de cara a los consumidores y las empresas; y, en general, alinear el régimen colombiano a los estándares internacionales y mejores prácticas”. A pesar de la pretensión de la iniciativa, a la fecha, no ha sido promulgada como ley de la República. OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (*Estudios económicos de la OCDE Colombia*, 2015), 48.

103 Pablo Ángel y Laura Estrada, “La protección del derecho a la libre competencia mediante la acción de grupo: Una lección aún por aprender”. (*Revista de Derecho Privado*, enero-junio, 2011), 2-27.

acción individual y un procedimiento judicial posiblemente largo”; y, b) “la acción colectiva puede reducir considerablemente los costos de la acción para los demandantes”.¹⁰⁴ La posibilidad con que cuentan los ciudadanos, consumidores y empresarios afectados para iniciar este tipo de acciones permitía potenciar economías de escala al evitar el litigio individual y permitir acciones que representen múltiples intereses comunes.

El actuar colectivo de los individuos a la vez transmitiría a los posibles de la normativa una señal de que su comportamiento en el mercado está siendo vigilado y que ante circunstancias irregulares en él, procederán a movilizar el aparato jurisdiccional para buscar la protección de su derecho colectivo y en algunos casos la reparación de los perjuicios que pudieran haberseles ocasionado¹⁰⁵. Quizás por esta razón es que se estima que las acciones de grupo que impetran los ciudadanos logran ponerlo en una condición de mediana igualdad respecto a agentes económicos que “no lo consideraba o no lo tenía en cuenta: reflejan el valor de la frase popular según la cual la unión hace la fuerza”¹⁰⁶, condición que podría predicarse respecto de empresarios que, ante el actuar de otros competidores con mejor posición en el mercado, lograrían ponerse en pie de igualdad. Esta posibilidad armoniza el interés público que asiste respecto a la defensa de la libre competencia y el interés privado que además asiste a aquel que registra afectación directa en sus derechos o intereses económicos.

Respecto a las acciones populares, resulta claro que el interés que motiva al accionante no se encuentra en la pretensión de obtener una indemnización, en ella la protección del derecho colectivo resulta primordial; en el caso de las acciones de grupo el interés que motiva a los accionantes es la búsqueda de reparación del perjuicio que generó la actuación contraria a la normativa de competencia. No obstante este énfasis, el resultado satisface al colectivo que advertirá protegido su derecho a la libre competencia —al producirse un ajuste en las condiciones

104 UNCTAD, “Examen de la aplicación y ejecución del Conjunto de Principios y Normas Ley Tipo de Defensa de la Competencia”. Capítulo XIII revisado. Séptima Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas, (Naciones Unidas, Ginebra, julio 6-10, 2015), 3.

105 Laura Carballo Piñeiro, “Derecho de competencia, intereses colectivos y su proyección procesal: Observaciones a propósito del artículo 6 del Reglamento Roma II”, (*Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2007): 97.

106 Martín Bermúdez, *La acción de grupo: Normativa y aplicación en Colombia*, (Bogotá: Universidad del Rosario, 2007), 15.

en que funciona el mercado— con independencia de que el beneficio económico —reparatorio— percibido por otros no se le haga extensivo.

Conclusiones

Una de las premisas básicas del funcionamiento de un sistema de Economía Social de Mercado es la garantía y protección de la libre competencia, que en todo caso no persigue en exclusiva la satisfacción del eficiente funcionamiento del mercado, sino que apunta a su vez a la garantía de la justicia y la lealtad en las relaciones entre agentes económicos, al fomento de la distribución equitativa de recursos en defensa del bienestar de todos los ciudadanos y la protección al consumidor. Por ello, este sistema propende a la protección de la libre competencia como principio constitutivo que permite el adecuado funcionamiento del mercado al restringir y sancionar comportamientos abusivos por parte de los agentes económicos y potencia el bienestar de los consumidores y usuarios al crear condiciones de mercado en las que, en principio, todos puedan concurrir para cubrir las necesidades básicas y satisfacer un mínimo vital.

La protección del consumidor en todos los sistemas jurídicos de protección de la libre competencia económica es un objetivo esencial que se compagina con la protección de los empresarios, de la competencia en sí misma y del mercado. Sin embargo, en estos marcos de protección normativa los derechos de los consumidores no ostentan la categoría de fundamentales y la protección de aquellos se produce a través de la protección de derechos subjetivos.

Al considerar que los ciudadanos concurren al mercado en procura de la satisfacción de sus necesidades, múltiples libertades de contenido económico son reconocidas en instrumentos normativos: la libertad de propiedad, la libertad de empresa, la libertad de establecimiento, la libertad de trabajo, la libertad sindical, entre otras tantas. Todas ellas exigen mercados competitivos que permitan su desarrollo, por ello es obligación del Estado proteger esta condición del mercado para evitar lesión de dichos derechos.

Existe una relación complementaria entre la libre competencia económica y el ejercicio de otras libertades y derechos. Si se parte de la premisa de que los ciudadanos —con independencia de su capacidad económica— concurren al mercado para demandar bienes y servicios —y satisfacer buena parte de sus

necesidades— cuando ese escenario se encuentra viciado por el comportamiento de algunos agentes, las posibilidades de concurrencia disminuyen y la capacidad para actuar con libertad e independencia se reducen, restringiendo el disfrute de otros derechos y menoscabando la teleología constitucional.

El marco normativo de protección de la libre competencia ostenta una doble condición: el carácter preventivo y el sancionador. Si se considera que el Estado es el director general de la economía su capacidad para acompañar el funcionamiento eficiente del mercado lo obliga a adoptar medidas que prevengan situaciones que afecten el disfrute de la libertad económica y otros derechos a ella asociados. En desarrollo de esa condición preventiva, el Estado cuenta con la capacidad de sancionar cualquier abuso de posición dominante que algún agente económico pueda desplegar en el mercado pudiendo en consecuencia imponer precios, limitar la producción, aplicar en las relaciones contractuales condiciones desiguales y subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias.

Aunque existen acciones constitucionales orientadas a obtener la protección de la libre competencia como derecho colectivo, no se advierte en los ciudadanos —ni individualmente considerados ni como colectividad— ánimo o voluntad para emprender acciones que persigan la protección de ese derecho, circunstancia que podría obedecer al desconocimiento de las mismas, a la debilidad de las asociaciones de consumidores, la necesidad de activos importantes para realizar estudios, entre otras. Ha sido la Superintendencia de Industria y Comercio la que, en ejercicio de facultades administrativas, y no en el marco de acciones constitucionales, ha investigado y sancionado agentes económicos que han lesionado el derecho en mención, además de múltiples derechos de los consumidores.

Considerando que en los años 2015 y 2016, agentes económicos de cuatro sectores del mercado: caña de azúcar, papeles suaves, pañales y cuadernos, fueron sancionados por formación de carteles, sin que las sanciones contemplaran indemnizaciones para los consumidores por cuanto las acciones fueron iniciadas de oficio mediante acción administrativa de la SIC, es claro que las acciones colectivas permitirían obtener la reparación de perjuicios para miles de ciudadanos, potenciarían economías de escala y generarían mayores incentivos negativos para aquellos que, ahora, reportan importantes beneficios económicos ligados a comportamientos que lesionan la libre competencia económica.

Resulta absolutamente claro que diversas fuentes de derecho internacional han enriquecido el proceso de construcción del marco normativo de protección a la libre competencia económica. La estructura y naturaleza jurídica de este derecho se ha fortalecido a partir de diseños normativos foráneos y de normas tipo que permiten señalar que el sistema legal colombiano, aunque con necesidad de algunos ajustes, se ha estructurado para satisfacer las necesidades propias de una economía globalizante donde otorgar seguridad jurídica a la diversidad de economías que concurren al mercado resulta ser esencial.