

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS QUE PROTEGE

Clara Carolina Cardozo-Roa*

Resumen

Este capítulo analiza las conductas que configuran prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal desde el punto de vista de los derechos subjetivos que se pretenden proteger a través de estas. Lo anterior debido a que se suelen examinar estos ordenamientos a partir de una división de los intereses públicos y privados, sin entrar a determinar si no existen derechos que son protegidos por ambos ordenamientos. Para llenar el vacío doctrinal en mención, se presentarán primero los fundamentos jurídicos y económicos del derecho de la competencia y de sus ramas; a continuación, se identificarán los derechos subjetivos en juego y sus limitaciones; para luego relacionar ambos aspectos y concluir que las dos ramas del derecho de la competencia además de defender el mercado protegen prácticamente los mismos derechos.

Palabras clave: derecho mercantil, oferta y demanda.

.....
* Abogada, especialista en Derecho Administrativo y magíster en Derecho con énfasis en Derecho Privado de la Universidad del Rosario y especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Estudiante del doctorado en Derecho de la Universidad del Rosario. Docente de tiempo completo del área de Derecho Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia y temporal en la Universidad del Rosario. Correos: ccarocroa@hotmail.com y ccardozo@urosario.edu.co

Abstract

This paper analyzes the conducts that constitute antitrust law violations and unfair competition from the point of view of rights to be protected by them. These systems usually are analyzed from the division of public and private interests, without going to determine if there are rights that are protected by either of them. To fill this doctrinal emptiness, first it is going to be presented the legal and economic foundations of competition law and its divisions; then it is going to be identified the rights and their limitations; after that it is going to be related these two aspects to conclude that the divisions of competition law in addition to defending the market, protect virtually the same rights.

Key words: commercial law, supply and demand.

Introducción

El derecho de la competencia agrupa las normas que buscan que en el mercado haya libertad y lealtad en la competencia. Sin embargo, tales normas se presentan como si fueran establecimientos estancos que solo ocasionalmente se relacionan. Esto debido a que se ha predicado que las prácticas comerciales restrictivas pretenden defender la libertad de competencia que pertenece al interés público, en tanto que la competencia desleal protege el interés privado de los competidores que se ven afectados con el actuar incorrecto de algunos oferentes. No obstante, cuando se revisan los ordenamientos descritos a la luz de la teoría iusprivatista de los derechos subjetivos, surge la pregunta por si las diferencias que se han planteado se mantienen o si por el contrario existen similitudes, en la medida en que ambos ordenamientos tutelan iguales facultades.

Para dar respuesta a lo anterior, la metodología escogida para atender las finalidades de este escrito es la revisión bibliográfica. Toda vez que, con ella, se puede evidenciar la comprensión que ha habido alrededor de los conceptos que se confrontan aquí: derecho de la competencia y derechos subjetivos.

Así, primero se describirá el derecho de la competencia desde sus fundamentos jurídicos y económicos, reseñando sus subramas desde el punto de vista tradicional.

A continuación, en el segundo apartado, de manera sucinta se definirán los derechos subjetivos, sus clases y se identificarán aquellos que se protegen a través de las normas de la competencia: las libertades económicas, los derechos de los consumidores, el derecho a impedir la desviación de la clientela, el derecho a la fama comercial, el derecho a la propiedad industrial y finalmente a la libertad de contratación. A renglón seguido se indicará la diferencia entre límite y limitación de los derechos para mostrar como límite el abuso del derecho y como limitaciones el orden público, las buenas costumbres y la buena fe.

En una tercera sección, se interrelacionarán las conductas que según el derecho colombiano configuran conductas típicas en el derecho de la competencia (prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal) y los derechos subjetivos identificados en el segundo acápite, para concluir que las diferencias que se reconocen cuando se habla de interés público y privado se desvanecen a la luz de los derechos que se protegen mediante el derecho de la competencia.

El derecho de la competencia y sus ramas

El derecho de la competencia pretende defender y proteger el mercado como institución¹⁵⁰, esto es: “hace de los mercados su centro de regulación, y de los agentes económicos los sujetos a regular, sin discriminar entre los sujetos públicos o privados, pudiendo tener tal carácter cualquier persona física o moral que dentro del sistema económico realice funciones de producción, distribución, adquisición o asignación de satisfactores, o que participa en las actividades relativas al qué, cómo y para qué producir”¹⁵¹.

Ahora bien, mercado es una noción económica que alude al “escenario donde compradores intercambian voluntariamente dinero por bienes y servicios con los vendedores, que, a su vez, intercambian voluntariamente los bienes y servicios por dinero”¹⁵². El mercado se rige por las leyes de Henderson (de oferta y demanda) según las cuales “cuando hay mayor cantidad de bienes y servicios ofrecidos –oferta–, sus precios bajan, y [...] cuando hay una mayor solicitud de

¹⁵⁰ José Eugenio Soriano García, *Derecho público de la competencia* (Madrid: Idelco, Marcial Pons, 1998), 18.

¹⁵¹ Jorge Witker y Angélica Varela. *Derecho de la competencia económica en México* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003), 8.

¹⁵² Jaramillo, *Vademécum*, 31.

bienes y servicios –demanda–, sus precios suben”¹⁵³, luego el precio se forma por el juego de las cantidades que los oferentes estén dispuestos a vender y las cantidades que los demandantes estén dispuestos a adquirir.

La cantidad de bienes y servicios ofrecidos y demandados dependerá en buena medida de la cantidad de intervinientes en el mercado. Entre más oferentes y demandantes haya, el precio podrá formarse más libremente. En este marco, aparece la competencia que se define de dos maneras en materia económica. Por una parte, Adam Smith y Alfred Marshall razonaron que era una rivalidad activa, en la cual los oferentes buscaban el desarrollo de ventajas competitivas, lo que motivaba la generación de nuevos productos, procesos y formas de organización y, por otra, la visión de Cournot, que parte de la consideración de que a medida que aumenta el número de empresas, el poder que ellas tienen de fijar los precios por encima de los costos se reduce, luego la competencia es un estado de equilibrio que se caracteriza por un conocimiento previo, en donde la empresa no innova, sino que soporta de manera pasiva las situaciones externas¹⁵⁴. El derecho considera la competencia simplemente como “el enfrentamiento de las empresas por la clientela”¹⁵⁵.

De cualquier modo, según la cantidad de intervinientes en los mercados, estos se clasifican en: de competencia perfecta, monopolios y de competencia imperfecta. En los de competencia perfecta, la ley de oferta y demanda funciona y se define por:

[...] a) la amplitud, o sea la presencia de un gran número de participantes, tal que la participación de uno solo o de un pequeño grupo no puede alterar su desarrollo espontáneo. En un mercado amplio los precios están dados por la oferta y la demanda de mercancías, son una emanación del mercado, y cada participante, individualmente, carece de poder para alterarlos con su sola actuación; b) la homogeneidad de la mercancía, puesto que el análisis del mercado se concreta al influjo recíproco entre las cantidades (ofrecidas o demandadas) y los precios, es evidente que los precios de dos mercancías de distinta calidad no son comparables [...] c) la transparencia, en virtud de la cual todas las propuestas deben ser conocidas [...]; y d) la autonomía, o

.....
¹⁵³ Jaramillo, *Vademécum*, 76.

¹⁵⁴ J. Stan Metcalfe, Verónica Robert y Gabriel Yoguel, “Dancing in the dark: la disputa sobre el concepto de la competencia”. *Desarrollo Económico*, n.º 197 (2010), 60.

¹⁵⁵ Velandia, *Derecho de la competencia*, 43.

sea la ausencia de toda discriminación en el interior del mercado y de todo control desde el exterior¹⁵⁶.

Esta es una estructura ideal que solo se expone como modelo de trabajo¹⁵⁷. Cuando el mercado no es amplio o no hay homogeneidad, se presentarán mercados con estructura monopólica o de competencia imperfecta, si falta transparencia se darán asimetrías y si falla la autonomía, se podrán identificar externalidades¹⁵⁸.

Los monopolios son opuestos a la competencia perfecta y asoman cuando hay un solo oferente en el mercado para enfrentar toda la demanda, por ende, tienen el poder para decidir la cantidad de bienes que producir y para determinar el precio. Hay monopolios naturales cuando en el mercado no existen condiciones favorables para el ingreso al mismo y, legales, cuando el Estado le atribuye a una empresa un mercado. Entre la competencia perfecta y el monopolio se encuentran los modelos de competencia imperfecta: el oligopolio en el cual hay un número reducido de competidores; el cartel en el cual los oferentes, a pesar de ser varios, coordinan sus decisiones para actuar monopolísticamente; el duopolio que se da cuando solo hay dos oferentes que compiten entre sí, el monopsonio que surge cuando en un mercado hay un solo demandante¹⁵⁹ y finalmente, el oligopsonio en donde hay pocos demandantes¹⁶⁰.

En relación con el requisito de transparencia, se parte del ideal de que todos los agentes del mercado tienen pleno acceso al conocimiento de las circunstancias que pueden llegar a afectarlos. Si lo anterior no se presenta y uno de los agentes descubre que hay vacíos en ese conocimiento, se generaría una asimetría, en palabras jurídicas, una situación de desigualdad frente al conocimiento, que podría motivarlo a tomar ventaja de esta coyuntura y ocasionar un desequilibrio en el

¹⁵⁶ Castaño y González, *Ideas económicas*, 115.

¹⁵⁷ Flint, *Tratado de defensa*, 156.

¹⁵⁸ Al analizar este tema desde la perspectiva del Estado regulador, Vallejo Almeida juzga como fallas del mercado aquellas que impiden que alcance su máxima eficiencia y estima como causas de tales: la inestabilidad de los ciclos económicos, la existencia de bienes públicos, las externalidades, la competencia imperfecta, la distribución desigual de la renta y los sesgos cognitivos. Germán Vallejo Almeida, "La captura regulatoria y su relación con las fallas del mercado", en *Derecho público en el siglo XXI* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016), 22-33.

¹⁵⁹ Velandía, *Derecho de la competencia*, 29.

¹⁶⁰ Carlos Encinas-Ferrer, "Oligopsonio - Oligopolio: la perfecta competencia imperfecta". *Revista Electrónica Nova Scientia* 6, n.º 11 (2013), 353, <http://novascientia.delasalle.edu.mx/ojs/index.php/Nova/article/view/87/42>

mercado¹⁶¹. En tanto que las externalidades surgen “cuando algunos individuos soportan costes u obtienen ingresos derivados de acciones realizadas por otros individuos que no tienen incentivo económico para tener en cuenta esos efectos cuando toman sus decisiones”¹⁶².

En este panorama, el Estado busca regular la competencia con la finalidad de corregir los problemas del mercado y con ello, proteger los intereses públicos y privados que se pueden ver afectados a través del derecho de la competencia, que es un conjunto de normas que procura reducir las distorsiones que impiden el desarrollo de la libre competencia entre los oferentes en un mercado, y precaver los daños que se puedan llegar a causar a la empresa con ocasión de conductas realizadas por los competidores en el desarrollo de su actividad económica¹⁶³. Luego, más que alcanzar el ideal de la competencia perfecta, esta rama del derecho aspira a que haya una competencia efectiva que se caracteriza por “la independencia en las decisiones, la posibilidad de entrada y salida de competidores, la libertad de elección para los agentes económicos que operan en el mercado y la existencia de una estructura de mercado que posibilite la efectiva independencia de los operadores”¹⁶⁴.

Ahora bien, de la definición precedente se colige que en el derecho de la competencia se protegen intereses de diferentes sujetos. Díez Estella citando a Costas Comesaña habla de una triada: “los intereses individuales de los competidores, los intereses colectivos de los consumidores, y los intereses generales del mercado”¹⁶⁵, estos últimos serían del Estado.

Tradicionalmente, de lo anterior se ha inferido que el derecho de la competencia económica comprende dos subramas: la defensa de la competencia (*anti-trust* o prácticas comerciales restrictivas) y la competencia desleal, en donde los consumidores son protegidos de manera transversal por ambos ordenamientos,

¹⁶¹ Conferencia de las Naciones Unidas, 19-20.

¹⁶² Paul R. Krugman, *Microeconomía: introducción a la economía* (Barcelona: Reverté, 2007), 455.

¹⁶³ Velandia, *Derecho de la competencia*, 39.

¹⁶⁴ Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia. Vol. I* (Buenos Aires: Heliasta, 2005), 81.

¹⁶⁵ Fernando Díez Estella, “Las complicadas relaciones entre la ley de defensa de la competencia y la ley de competencia desleal”. *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, n.º 213 (2001), 6, [http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/relaciones_idc_lcd_\(2001\).pdf](http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/relaciones_idc_lcd_(2001).pdf)

en la medida en que, si se incrementa la oferta, “el consumidor puede escoger las prestaciones que responden a su elección. Este se beneficia igualmente de una mejora (calidad, cantidad, diversidad) en la oferta disponible: esta mejora resulta de la presión que es ejercida por la rivalidad sobre los agentes económicos”¹⁶⁶.

Mientras tanto, la defensa de la competencia

[...] es básicamente derecho público económico y se orienta a que las condiciones básicas que permiten la competencia entre los diferentes agentes económicos existan y funcionen lo menos distorsionadamente posible mediante distintos medios, a saber: 1) reprimiendo una serie de comportamientos que de acuerdo con la experiencia tienden a exterminar injustificadamente la competencia o explotar abusivamente el mercado; 2) previniendo que algunas situaciones adversas a la competencia derivadas de las grandes integraciones empresariales se materialicen afectando el mercado; y 3) tendiendo a crear un medio amigable a la competencia mediante el ejercicio de la abogacía de la competencia, para que la cultura de la competencia penetre en el tejido social y también que la regulación económica no afecte injustificadamente la libre competencia¹⁶⁷.

En tanto que el derecho de la competencia desleal hace referencia a las conductas en que el competidor “comienza a ‘apoyarse’ en su o en sus competidores, en sus esfuerzos, o en sus productos o servicios”¹⁶⁸, con la finalidad de obtener o ganar clientela.

Estos dos bloques normativos, con todo y la diversidad de su definición, tienen un propósito común, que es asegurar que los mercados funcionen, justamente gracias a que se fundan en el derecho a la libre actividad económica, protegen la competencia y cumplen la función de organizar y controlar el derecho a la libertad económica¹⁶⁹. Esta circunstancia comenzó a ser reconocida en el ordenamiento jurídico colombiano en virtud de la Ley 446 de 1998¹⁷⁰, cuando en sus artículos 143 y 144 dispuso que la Superintendencia de Industria y Comercio

¹⁶⁶ Paul Nihoul, *Introducción al derecho de la competencia: posición de las autoridades, de los consumidores y de las empresas* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 61.

¹⁶⁷ Javier Cortázar Mora, *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Temis, 2011), 1.

¹⁶⁸ Jorge Otamendi, “La competencia desleal”. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 3, n.º 2 (1998), 1, https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N2-October1998/032Juridica01.pdf

¹⁶⁹ Díez, “Las complicadas”, 6.

¹⁷⁰ Ley 446 de 1998.

tuviera las mismas competencias administrativas que en materia de prácticas comerciales restrictivas. Además, cada día se escuchan más voces que persiguen el reconocimiento de los derechos subjetivos lesionados por las prácticas comerciales restrictivas mediante el pago de indemnizaciones de perjuicios.

Aun así, para terminar de delimitar el ámbito de aplicación del derecho de la competencia resta indicar que el análisis de las prácticas comerciales restrictivas y de la competencia desleal apunta al mercado interno, porque en el panorama internacional existen otras conductas que distorsionan el mercado que se denominan *dumping* y subvenciones. El *dumping* consiste en importar bienes a un país por debajo de su precio normal y se sanciona si causa un daño en el mercado nacional receptor. Las subvenciones hacen referencia a un beneficio que concede un gobierno para fortalecer la posición de sus nacionales en los mercados internacionales¹⁷¹. Sin embargo, estas conductas superan el alcance del presente capítulo.

En conclusión, el derecho de la competencia puede definirse como aquel que procura preservar los mercados garantizando que estos no sean alterados por conductas que afecten el juego de la oferta y la demanda, ya sea porque buscan la supresión de competidores o porque implican un aprovechamiento de ventajas ajenas.

Derechos subjetivos protegidos por el derecho de la competencia, su límite y sus limitaciones

Los derechos subjetivos

El derecho a la competencia a través de sus dos ramas procura la protección de unos derechos subjetivos propios de los intervinientes en los mercados. Esto quiere decir que salvaguarda los “poderes (o facultades) de goce cuyo ejercicio (o gobierno) se deja a iniciativa de su titular (o de su representante legal cuando se trata de incapaces) y que se encuentran protegidos por el ordenamiento jurídico frente a las violaciones provenientes de la conducta de los obligados a respetarlos”¹⁷².

¹⁷¹ Witker y Varela, *Derecho de la competencia*, 195.

¹⁷² Valencia y Ortiz, *Derecho civil*, 271.

Tales poderes o facultades en el contexto objeto de estudio apuntan a los derechos subjetivos que tienen los agentes económicos que participan en el mercado. Esto es, los derechos subjetivos de los oferentes, subjetivos de los demandantes y de la sociedad en general, representada por el Estado.

Los derechos subjetivos pueden clasificarse en derechos individuales y colectivos. Los individuales tienen un titular único, mientras que los colectivos tienen por titular a un grupo o conjunto de individuos con fines e intereses comunes y, en consecuencia, solo pueden ejercerse de manera grupal¹⁷³. También se catalogan en públicos y privados, en donde los primeros protegen el interés de la comunidad¹⁷⁴ y, además, establecen “una relación jurídica entre los particulares y el Estado”¹⁷⁵ y los segundos defienden el interés individual o particular y constituyen relaciones entre particulares.

Dentro de los públicos se encuentran en cabeza de los oferentes las libertades económicas¹⁷⁶ (consagradas en el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia) y en cabeza de los demandantes los derechos del consumidor (artículo 78 de la Carta Política). En cuanto a los derechos subjetivos privados, los oferentes tienen los derechos a evitar la desviación de la clientela, a la protección de la fama comercial, a la propiedad industrial y a la libertad de contratación. De este último derecho son también titulares los demandantes.

Las libertades económicas son la libertad de iniciativa económica, la libertad de competencia y la libertad de empresa. La libre iniciativa económica es: “la facultad que tienen las personas de desarrollar actividades lucrativas de su preferencia, dentro de los límites previstos en la Constitución Política o dentro de los

.....
¹⁷³ Jáuregui, “Derechos individuales”, 57.

¹⁷⁴ Miguel Betancourt Rey, *Derecho privado: categorías básicas* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1996), 113.

¹⁷⁵ Valencia y Ortiz, *Derecho civil*, 278.

¹⁷⁶ De este artículo de la Constitución, Tobar Ordóñez infiere dos reglas que, en su criterio, delimitan el marco hermenéutico del derecho de la competencia en Colombia, y que se corresponden con los derechos subjetivos públicos que se mencionan en este escrito: “La garantía de la libertad de los competidores para que concurran al mercado en busca de clientela [y] la garantía de la libertad de los consumidores para escoger y adquirir en el mercado bienes y servicios en condiciones de competencia”. Jaime Humberto Tobar Ordóñez, “Deberes del comerciante frente a las normas del derecho de la competencia”, en *Derecho comercial, cuestiones fundamentales*, editado por Juan Pablo Cárdenas, Juan Jacobo Calderón y Yira López (Bogotá: Universidad del Rosario, Legis, 2016), 345.

límites que establezcan las leyes cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación”¹⁷⁷.

En cuanto a la libre competencia, comprende tanto la libertad de concurrencia como la libertad de competencia en sí, que se presenta en dos momentos diferentes de participación en el mercado. “La libre concurrencia está referida a la existencia de sectores económicos totalmente abiertos a la participación de los agentes económicos privados o públicos. Se trata de un acceso igualitario de todos los agentes interesados en producir bienes o prestar servicios sin limitación o restricción alguna [...] En cambio, la libre competencia supone la participación de distintos agentes económicos en el interior de un mercado específico, los cuales han superado las barreras de entrada (libre concurrencia) que eventualmente pudieran existir”¹⁷⁸.

Esta libertad en su aspecto colectivo “no es solo entendida como la posibilidad que tienen los productores de competir en un mercado [...] sino [...] como un derecho también de los consumidores, quienes son los más afectados cuando no se garantiza la competencia”¹⁷⁹.

Este derecho se protege no solo proscribiendo las prácticas comerciales restrictivas, sino también salvaguardando las estructuras de mercado para que no surjan monopolios nacidos de la eliminación de competidores¹⁸⁰. Ahora bien, se ha considerado que gracias a que este derecho fue contemplado en la Constitución Política, dejó de ser un derecho exclusivamente colectivo para comenzar a tener una dimensión individual, que faculta a la víctima directa de las prácticas comerciales restrictivas para demandar la indemnización de los perjuicios que se le causen¹⁸¹.

¹⁷⁷ Ileana Marlitt Melo Salcedo, “Los derechos de contenido económico”. *Vniversitas*, n.º 106 (2003), 103.

¹⁷⁸ Witker y Varela, *Derecho de la competencia*, 3-4.

¹⁷⁹ Emilio José Archila Peñalosa, “El papel del consumidor en el derecho de la competencia: aspectos procesales”, en *Perspectivas del derecho del consumo*, dirigido por Carmen Ligia Valderrama Rojas (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 653.

¹⁸⁰ Baldo Kresalja Roselló, “Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica”. *Pensamiento Constitucional* 12, n.º 12 (2006), 57, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/2267>

¹⁸¹ Emilio José Archila Peñalosa, “Propuestas para dinamizar la indemnización de perjuicios por prácticas comerciales restrictivas”, en *Conmemoración de los 40 años del Código de Comercio. Vol. I*, editado por Cámara de Comercio de Bogotá (Bogotá: E-ditorial 531, 2013), 81.

La libre competencia puede verse afectada: “a) por el establecimiento de monopolios de derecho (en la forma prevista por el artículo 336 de la C.P.); b) por el reconocimiento de marcas, patentes y demás derechos de la propiedad industrial; c) por la explotación abusiva de la posición dominante en un mercado; d) por la realización de prácticas restrictivas de la competencia; y e) por la realización de actos de competencia desleal de tipo nacional o internacional (*dumping*)”¹⁸².

La libertad de empresa comprende las facultades que requiere el empresario para poder desarrollar su actividad económica. En palabras de Sabogal Bernal: “se concede a toda persona (sin hacer distinción entre personas naturales o jurídicas), para desarrollar actividades de carácter económico (entendiendo por actividad económica, aquella que tiene por objeto la producción y distribución de bienes, y de forma derivada el consumo y la acumulación), y para mantener o incrementar su patrimonio (conjunto de bienes materiales e inmateriales inherentes a una persona)”¹⁸³.

Este derecho cuenta con un núcleo esencial que está compuesto por las libertades de creación, organización y dirección. La primera de ellas hace alusión a la libertad de emprender actividades económicas y adquirir el estatus de empresario, ya sea por iniciar un nuevo negocio o como consecuencia de un negocio jurídico en virtud del cual se adquiere la capacidad decisoria en una empresa existente. La libertad de organización apunta a la capacidad de tomar decisiones acerca de la vida de la empresa, como su nombre comercial, ubicación y forma jurídica. En tanto que la libertad de dirección comprende la de tomar decisiones sobre la forma en que se va a actuar dentro del mercado, así se incluyen en esta categoría las cuestiones relacionadas con cantidad de producción, política de precios, imagen publicitaria, canales de distribución, contratación, entre otras¹⁸⁴.

Respecto de los derechos de los consumidores, puede afirmarse que tienen una dimensión colectiva y una individual. La colectiva atañe a “los intereses de los consumidores, amenazados o afectados, habitualmente revisten naturaleza

¹⁸² Alfonso Miranda Londoño, “El régimen general de la libre competencia: características principales”. *Revista Con-texto*, n.º 2 (1998), 7.

¹⁸³ Luis Fernando Sabogal Bernal, “Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia”. *Revista e-Mercatoria* 4, n.º 1 (2005), 4.

¹⁸⁴ Ariño, *Principios*, 262-72.

supraindividual (productos defectuosos, publicidades engañosas, cláusulas abusivas, etc.) [...] Por ello, el derecho del consumidor elimina, a través de la legitimación colectiva, la exigencia de un interés personal para accionar, instrumentando modos colectivos de protección, acciones grupales, etc.”¹⁸⁵.

En su dimensión individual es un derecho poliédrico que comprende elementos: sustanciales (calidad de bienes y servicios y de la información), procesales (exigibilidad judicial de las garantías y la indemnización de perjuicios) y participativos (frente a la administración pública y los órganos reguladores)¹⁸⁶.

Dentro de los derechos individuales sustanciales de los consumidores están los de contenido patrimonial que se derivan de las relaciones de consumo, que son vínculos jurídicos y económicos que surgen entre los consumidores y usuarios (demandantes finales de productos y servicios) y los productores y expendedores (oferentes de productos y servicios)¹⁸⁷.

Ahora bien, los derechos subjetivos privados de los oferentes en el contexto objeto de estudio, como ya se dijo, son los derechos a impedir la desviación de la clientela, a la fama comercial, a la propiedad industrial y a la libertad de contratación.

El primero de estos derechos no dice que esté prohibido en un mercado captar los clientes del competidor haciendo uso de medios propios del mercado, como son la calidad, el precio, el servicio y la publicidad, porque esto constituye la esencia de la competencia¹⁸⁸, y tampoco puede asegurarse que exista un derecho a la clientela, porque esta como lo resalta Zunino, no es únicamente el “conjunto de compradores más o menos habituales de un negocio, sino también [la] aptitud o facultad del establecimiento para atraerla o conservarla”¹⁸⁹, luego la clientela está integrada por personas que no son susceptibles de apropiación jurídica¹⁹⁰.

No obstante, cada competidor tiene el derecho a protegerla de “acciones de otros que tengan por objeto o como efecto desviarla mediante conductas contrarias

¹⁸⁵ Gabriel Stiglitz, “Contratos”, 521.

¹⁸⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-1141 de 2000.

¹⁸⁷ Giraldo, Caycedo y Madriñán, *Comentarios*, 8.

¹⁸⁸ Otamendi, “La competencia”, 1.

¹⁸⁹ Madriñán, *Principios*, 164.

¹⁹⁰ Medina, *Derecho comercial*, 189-90.

a las sanas prácticas de negocios y la buena fe comercial”¹⁹¹. Por consiguiente, los competidores tienen una obligación de no hacer, esto es, están obligados a abstenerse de realizar conductas a través de las cuales puedan disuadir a la clientela¹⁹² de comprarle a un determinado oferente acudiendo a mecanismos diferentes de aquellos que son permitidos en el mercado.

Acercas de la fama comercial, se puede aseverar que es: “un elemento inasible, que depende de múltiples condiciones y en cuya evaluación se tienen en cuenta dos factores: a) El real u objetivo que hace referencia a diversas ventajas del establecimiento, y b) el subjetivo o personal, que se deriva de la habilidad, capacidad y dinamismo del administrador, de la organización funcional y la eficiencia del factor humano”¹⁹³.

El derecho a la fama comercial pretende proteger que esos factores que ha dispuesto el oferente para el desarrollo de su actividad y que le permiten tener ganancias no se vean afectados por el actuar de otros competidores.

Por su parte, la propiedad industrial es “el conjunto de derechos exclusivos y temporales que el Estado concede para usar o explotar económicamente aquellas invenciones o innovaciones aplicables a la industria y el comercio que sean el producto del ingenio y capacidad intelectual del hombre. Recae sobre cosas imperceptibles e inmateriales, como las creaciones que proceden del ingenio humano susceptibles de beneficio comercial o de utilización industrial, por tanto también hace parte de la propiedad intelectual”¹⁹⁴.

Estos derechos se caracterizan por: (i) tener una vigencia temporal, (ii) requerir del reconocimiento del Estado para su existencia, previo cumplimiento de una serie de requisitos para su obtención y (iii) el titular de estos está obligado a explotarlos¹⁹⁵. Además, recaen sobre bienes inmateriales, son incorpóreas y le confieren a su titular un derecho de exclusividad y de monopolio de explotación¹⁹⁶. En cuanto al vínculo entre la propiedad industrial y el derecho de la competencia,

¹⁹¹ Castro, *Derecho comercial*, 50.

¹⁹² Pinzón, *Introducción al derecho*, 177.

¹⁹³ José Ignacio Narváez García, Jorge Eduardo Narváez Bonnet y Olga Stella Narváez Bonnet, *Derecho de la empresa* (Bogotá: Legis, 2008), 153.

¹⁹⁴ Juan Pablo Canaval Palacios, *Manual de propiedad intelectual* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2008), 78.

¹⁹⁵ Juan David Castro García, *La propiedad industrial* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009), 39-40.

¹⁹⁶ Rodolfo Lizarazu Montoya, *Manual de propiedad industrial* (Bogotá: Legis, 2014), 5.

se ha discutido si existe una relación de complementariedad o de oposición entre los dos ordenamientos, en la medida en que quien es titular de un derecho de propiedad industrial goza de un monopolio de explotación, lo que parece oponerse a la protección de la libre competencia, no obstante a través de las normas de competencia desleal se protegen a los titulares de estos derechos, como se verá en la siguiente sección. Los derechos de la propiedad industrial se clasifican en los derechos sobre los signos distintivos y sobre las nuevas creaciones.

Los signos distintivos son los bienes inmateriales, cuyo propósito es identificar un oferente y sus productos y servicios dentro del mercado¹⁹⁷ en que este compete. El derecho de la competencia los protege en tanto que por una parte “la competencia se funda en la diferenciación o en la distinción”¹⁹⁸ y por otra, los competidores atentan en contra de los signos distintivos con fines competitivos¹⁹⁹.

Las nuevas creaciones corresponden a “invenciones o creaciones formales con aplicación industrial”²⁰⁰. Se protegen con este régimen según la Decisión 486²⁰¹ de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones: las invenciones, los modelos de utilidad, los diseños industriales y los esquemas de trazado de circuitos integrados.

Respecto de la protección de estos derechos por parte del derecho de la competencia se ha debatido sobre si existe una pugna entre los dos ordenamientos, puesto que las patentes conceden un monopolio de explotación a sus titulares porque estos son los únicos que pueden obtener provecho económico de ellas sin que otro oferente pueda hacerlo lícitamente, en tanto que el derecho de la competencia busca eliminar todas las restricciones para el acceso de competidores al

.....
¹⁹⁷ Castro, *La propiedad*, 43-4.

¹⁹⁸ Enrique García-Chamon Cervera, Luis Antonio Soler Pascual y Rafael Fuentes Devesa, *Tratado práctico de propiedad industrial* (Madrid: El Derecho Editores, 2010), 61.

¹⁹⁹ Roberto Goldschmidt, *Curso de derecho mercantil* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Fundación Roberto Goldschmidt, 2001), 176-8.

²⁰⁰ Ricardo Metke Méndez, *Lecciones de propiedad industrial. Tomo 1* (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2001), 26.

²⁰¹ Comisión de la Comunidad Andina de Naciones. “Decisión 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial”. *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*, 19 de septiembre de 2000, 2-48.

mercado, de manera tal que se incrementen las alternativas disponibles para los consumidores²⁰².

La propiedad industrial protege también el *know how* o secreto empresarial: conjunto de conocimientos y procedimientos que se aplican en el desarrollo de la actividad empresarial ya sea en la producción, comercialización o administración del negocio²⁰³ que es objeto de protección jurídica siempre que se mantenga en secreto, tenga valor comercial y el empresario haya tomado las medidas razonables para tenerla reservada²⁰⁴.

Finalmente, se encuentra la libertad contractual, que es el derecho que tienen las partes de celebrar o no el contrato y a determinar su contenido²⁰⁵. Las anteriores prerrogativas incluyen, entre otras, las libertades de: escoger con quién se contrata; seleccionar el tipo o atipo contractual; celebrar el contrato por sí mismo, de hacerse representar o de actuar por interpuesta persona y forma de expresión de la voluntad, salvo en los casos en que la ley imponga solemnidades²⁰⁶.

Límite y limitaciones de los derechos subjetivos

Los anteriores derechos, como cualquier otro, cuentan con límites y limitaciones. Los límites están dados por el contenido mismo del derecho, mientras que las limitaciones son externas y restringen, alteran o modifican su contenido²⁰⁷. El límite y las limitaciones tienen la finalidad específica de aportar a la comprensión de cada uno de los derechos delimitados. Así, para poder dimensionar el contenido y alcance de un derecho no solo debe identificarse lo que se puede exigir, sino que también es necesario verificar hasta dónde puede llegar el titular en su reclamo, conforme con el ordenamiento jurídico. El principal límite de los derechos previamente estudiados es la institución del abuso del derecho, mientras

.....
²⁰² Rafael Arnoldo Gómez Salazar, "La relación de conflicto entre el derecho de competencia y la propiedad intelectual: la negativa a conceder licencia de un derecho de propiedad intelectual en El Salvador". *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE). Annual Papers* (2010), 8, <http://escholarship.org/uc/item/0110q2pf>

²⁰³ Lisandro Peña Nossa. *Contratos mercantiles: nacionales e internacionales*. 4ª ed. (Bogotá: Temis, 2012), 440.

²⁰⁴ Castro, *La propiedad*, 429-31.

²⁰⁵ Christian Larroumet, *Teoría general del contrato*. Vol. I (Bogotá: Temis, 1999), 86-7.

²⁰⁶ Hinestrosa, "Función, límites", 9-11.

²⁰⁷ Correa, *Libertad de empresa*, 631.

que las limitaciones que impone el ordenamiento jurídico son el orden público, las buenas costumbres y la buena fe.

El abuso del derecho es un límite, porque como lo explican Lorenzetti y Pedrotti: “todas las ideas de abuso se sustentan en una apreciación relativa al modo en que el titular ejerce el derecho [...] De ellos se sigue que el juicio del abuso es un límite interno del ejercicio de los derechos [que] se basa en el modo en que se usa un derecho”²⁰⁸.

Esta institución comenzó a reconocerse jurisprudencialmente en Francia en el siglo XIX, cuando se afirmó que los derechos tenían como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo²⁰⁹. Posteriormente, la doctrina encabezada por Ripert y por Josserand elaboró el concepto. Ripert manifestó que se abusaba de un derecho cuando quiera que el titular del mismo lo ejercía con el propósito o intención de dañar a otro (*animus nocendi*)²¹⁰ y Josserand indicó que:

En esta teoría los derechos, productos sociales, como el mismo derecho objetivo, derivan su origen de la comunidad y de ella reciben su espíritu y finalidad; cada uno se encamina a un fin, del cual no puede el titular desviarlo; están hechos para la sociedad y no la sociedad para ellos; su finalidad está por fuera y por encima de ellos mismos; son, pues, no absolutos, sino relativos; deben ejercerse en el plano de la institución, con arreglo a su espíritu, o de lo contrario seguirán una dirección falsa, y el titular que de ellos haya, no usado, sino abusado, verá comprometida su responsabilidad para con la víctima de esa desviación culpada.

[...]

Hay armas lícitas que se convierten en armas envenenadas cuando se utilizan de cierta manera, en ciertas condiciones; en todo, son el móvil y el fin los que deben considerarse²¹¹.

De lo anterior se infiere que los derechos tienen una forma legítima de ser ejercidos, y si se contraría, ya sea actuando con la intención de dañar o contravieniendo su finalidad, su conducta será abusiva. Luego, el ejercicio de los derechos

²⁰⁸ Ricardo Luis Lorenzetti y Daniel F. Pedrotti, “Nuevas fronteras del abuso de derecho: situaciones jurídicas lesivas de libertades, tutela de mercado y amparo”. *Rev. AEU* 80, n.º 1 extr. (1995), 118, <http://documentos.aeu.org.uy/080/080-E1-113-123.pdf>

²⁰⁹ Gustavo Ordoqui Castilla, *Abuso de derecho* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, 2010), 33.

²¹⁰ Rengifo, *Del abuso*, 47.

²¹¹ Louis Josserand, *Del abuso del derecho y otros ensayos* (Bogotá: Temis, 1999), 4.

subjetivos que se han descrito aquí no debe ser abusivo y, por ende, los intervinientes en el mercado deben exigir tales derechos sin la intención de causar daño y con el propósito para el cual estos han sido consagrados en el ordenamiento jurídico.

En este escenario, los derechos en el mercado tienen que ejercerse conforme con la función social de la empresa (inc. 3, art. 333, Constitución Política). Esta función social tiene dos dimensiones: (i) la positiva, que significa que la empresa, como base de desarrollo, es una herramienta para el logro de objetivos económicos del Estado y, por tanto, es protegida por el ordenamiento jurídico y, (ii) la negativa, que busca armonizar el interés individual y el interés colectivo a través del establecimiento de cargas, obligaciones y prohibiciones para la empresa y el empresario²¹².

Ahora bien, en el derecho de la competencia hay dos manifestaciones concretas del abuso del derecho. Por una parte, está el abuso de la posición dominante que implica un ejercicio abusivo de las libertades económicas (iniciativa privada, competencia y empresa)²¹³ y, por otra, para algunos autores como Ordoqui, siguiendo a Josserand, la competencia desleal es abusiva porque en ella se ejerce injustamente el derecho subjetivo a la libertad de competencia²¹⁴.

Frente a las limitaciones de los derechos, tradicionalmente se ha considerado que el orden público y las buenas costumbres solo restringen el ejercicio de la libertad contractual²¹⁵. Aquí se propone ampliarlos con fundamento en el artículo 6 de la Constitución Política, que hace responsables a los particulares por infringir las leyes y en el derecho privado no todas las normas jurídicas son de obligatorio cumplimiento, sino solo aquellas que tienen carácter imperativo, que según el artículo 16 del Código Civil, son las que involucran el orden público y las buenas costumbres. Así, en virtud del mandato constitucional, estas no solo limitan el ejercicio de la libertad contractual, sino todo el actuar de los particulares en el mercado.

.....
²¹² Correa, *Libertad de empresa*, 759.

²¹³ Rengifo, *Del abuso*, 375.

²¹⁴ Ordoqui, *Abuso de derecho*, 541.

²¹⁵ Hinestrosa, "Función, límites", 14-5.

El orden público es “un conjunto flexible de principios religiosos, morales, políticos y económicos, predominantes en determinado medio social y que se miran como indispensables para la conservación de este, constituye un instrumento adecuado para que el Estado –guardián nato del bien común– pueda cumplir prudentemente su función fundamental por conducto de todos sus órganos de expresión jurídicas, y no exclusivamente del legislador”²¹⁶.

Dentro de la doctrina clásica, el orden público es de carácter político, porque contempla la primacía “del interés social sobre el individual y procura enrumbar la actividad privada del modo que sea más conveniente para la comunidad entera, como se la considere, en el momento y según las circunstancias, más útil socialmente”²¹⁷. Esta noción de orden público comprende, entre otras, las normas sobre seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad públicas²¹⁸.

Pero con el advenimiento del Estado social de derecho que no solo propugna porque principios de libertad e igualdad del individuo (propios del Estado liberal) se hagan realidad, sino que además busca garantizar los mínimos vitales y los derechos sociales²¹⁹, la noción de orden público se amplió a temas económicos, en la medida en que el Estado interviene en ella para “garantizar mejor la libertad individual y reconociendo la desigualdad de condiciones particulares para reducirla”²²⁰ y para corregir las fallas que presentan las leyes económicas del mercado (oferta y demanda). Lo anterior lo hace por medio de normas, como por ejemplo, las que controlan las tasas de interés y los precios en el mercado y su participación como agente económico a través del gasto público²²¹.

El derecho de la competencia contiene disposiciones imperativas tanto de orden público político como económico, porque, si bien procura garantizar el interés público, también pretende corregir los fallos que aparecen en el mercado. Lo dicho se materializa en prohibiciones de obligatorio cumplimiento. De esta

²¹⁶ Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. 5ª ed. (Bogotá: Temis, 1998), 11.

²¹⁷ Hinestroza, “Función, límites”, 18.

²¹⁸ Libardo Rodríguez Rodríguez, *Derecho administrativo: general y colombiano*. 10ª ed. (Bogotá: Temis, 1998), 406-7.

²¹⁹ Sánchez, *Introducción al Estado*, 144-7.

²²⁰ Hinestroza, “Función, límites”, 22.

²²¹ Mauricio Plazas Vega, *El liberalismo y la teoría de los tributos* (Bogotá: Temis, 1995), 59.

forma, las prácticas comerciales restrictivas prohíben los acuerdos y actos anti-competitivos y el abuso de la posición dominante, en tanto que la competencia desleal proscribire los actos realizados en el mercado que son excesivos y abusivos.

De este análisis se evidencia que, en la medida en que el régimen del derecho de la competencia está compuesto por normas de carácter imperativo, sirve de límite de los derechos subjetivos. Para ilustrar esta idea, se formula el siguiente ejemplo: un grupo de comerciantes que quiere impedir el acceso de un nuevo competidor al mercado y para ello celebra un acuerdo de fijación de precios. En este caso, al ejercer su libertad contractual, los comerciantes están violando las normas de prácticas comerciales restrictivas, que como se dijo son normas de orden público.

En cuanto a la noción de buenas costumbres, supone acudir a las normas morales y éticas comunes en una colectividad²²², pero “no se abarca el conjunto de reglas abstractas y eternas que deben regular el comportamiento del hombre frente a su consciencia, sino simplemente aquellas reglas de conducta que la consciencia social de la colectividad expresa de tiempo en tiempo, y según el ambiente, como aquel tanto de moralidad cuya observancia se reputa indispensable para los fines de un ordenado desenvolvimiento de la vida de relación”²²³.

Las buenas costumbres en materia de la competencia se manifiestan en las sanas costumbres mercantiles y en los usos honestos en asuntos comerciales e industriales, que se registran en los artículos 7 y 8 de la Ley 256 de 1996.

En lo que atañe a la buena fe, jurídicamente se identifican dos conceptos: la buena fe subjetiva o creencia, que es la consciencia de haber actuado conforme a derecho y sin dañar a otro así haya ignorancia o error; y la buena fe objetiva o lealtad, que examina la conducta del sujeto para determinar si cumplió con un deber de comportamiento fundado en: (i) la forma en que personas razonables y probas procederían en la situación que se examina y (ii) los usos sociales que rigen una situación determinada. La buena fe subjetiva se analiza en instituciones

.....
²²² Lina Bigliuzzi Geri, Umberto Breccia, Francesco D. Busnelli y Ugo Natoli, *Derecho civil. T. I. Vol. 2. Hechos y actos jurídicos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992), 907.

²²³ Renato Scognamiglio, *Teoría general del contrato* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996), 171.

como la usucapión y la teoría de la apariencia, en tanto que la buena fe objetiva se manifiesta principalmente en el ámbito contractual²²⁴.

Obsérvese que mientras la buena fe subjetiva puede crear derechos, la objetiva los limita. Mientras que la subjetiva protege a la persona que cree actuar bien, la objetiva, al fijar parámetros de comportamiento, simultáneamente está marcando los linderos dentro de los cuales deben ejercerse los derechos, juzga que se actúe “con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia y responsabilidad”²²⁵.

En este segundo sentido es que las normas de competencia (particularmente las de competencia desleal) definen la buena fe. Así se muestra en el artículo 7 de la Ley 256 de 1996 primer inciso, que reza: “Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial”. Ahora, la buena fe en materia de competencia se vincula también con “la confianza que los terceros depositan en la claridad y objetividad del mercado como lugar de encuentro para la realización de transacciones comerciales, tanto en cuanto sin dicha confianza no es posible lograr la concreción de la finalidad del mercado, ya que sin confianza éste carecería de participantes, y como consecuencia directa, las transacciones en el mercado de que se trate quedarían suspendidas, o incluso, eliminadas”²²⁶.

Con base en lo anterior, se constata que la buena fe comercial hace referencia a una buena fe objetiva, es decir, que establece unas claras exigencias de conducta de parte de los diferentes intervinientes en el mercado, de forma tal que quien pretenda amparar su conducta en aquella no puede exonerarse argumentando simplemente que creyó haber actuado conforme con el derecho, sino que tiene la carga de acreditar la corrección en su actuar, esto es, que obró libre de dolo o de culpa porque fue diligente, prudente y precavido. De este modo, se advierte que la buena fe comercial es una verdadera limitación para la actuación de los

²²⁴ Martha Lucía Neme Villarreal, “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 17 (2009), 51-2.

²²⁵ Camilo Andrés Rodríguez Yong, *Una aproximación a las cláusulas abusivas* (Bogotá: Universidad del Rosario, Legis, 2013), 34.

²²⁶ María Fernanda Juppet Ewing, “Una aproximación a la buena fe en el mercado como base fundamental del derecho corporativo”. *Revista Actualidad Jurídica* 11, n.º 22 (2010), 215-35.

distintos agentes en el mercado, puesto que los intervinientes tienen una serie de cargas en torno al ejercicio de sus derechos subjetivos.

Para concluir este aparte, se afirma que los intervinientes en el mercado son titulares de unos derechos subjetivos que son reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico, pero que están delimitados por su propio contenido y la teoría del abuso de los derechos y, además, son limitados por el ordenamiento jurídico mediante el orden público, las buenas costumbres y la buena fe.

Conductas que protegen los derechos subjetivos

Prácticas comerciales restrictivas

Las prácticas comerciales restrictivas están reguladas en Colombia por la Ley 155 de 1959, el Decreto 3307 de 1963, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009 y protegen la competencia a través de normas de carácter prohibitivo y preventivo.

Las normas de carácter preventivo aluden al control previo de las integraciones empresariales para evitar que se limite indebidamente la competencia²²⁷ y para “defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general”²²⁸.

Las normas de carácter prohibitivo proscriben en general, “los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”²²⁹.

Y en particular las conductas que se encuentran en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, en los cuales se reglamentan tres tipos de conductas: los acuerdos anticompetitivos, los actos anticompetitivos y los abusos de la posición dominante.

.....
²²⁷ Velandía, *Derecho de la competencia*, 216-20.

²²⁸ Narváez, *Derecho mercantil*, 260.

²²⁹ Artículo 1, Ley 155 de 1959, modificado por el Decreto 3307 de 1963.

Los acuerdos anticompetitivos son todas las actuaciones consensuadas entre dos o más oferentes, tienen el objeto o el efecto de afectar la competencia, se presentan de manera horizontal o vertical.

Son acuerdos horizontales los que se celebran entre competidores, reales o potenciales, que buscan soslayar cualquier tipo de competencia, por ello se suelen denominar prácticas absolutas. Mientras que los acuerdos verticales se dan a lo largo de la cadena de distribución limitando la acción de la empresa de manera ascendente (proveedores) o descendente (distribuidores); no siempre son anticompetitivos, por lo que se suelen denominar prácticas relativas, porque exigen que se verifique si se afecta el mercado, si una de ellas tiene posición dominante²³⁰, o si con esta conducta no se está generando un beneficio para los consumidores²³¹.

En el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 hay un listado no taxativo de estos: los acuerdos de fijación directa o indirecta de precios; las condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros; la repartición de mercados entre productores (horizontales) y entre productores y distribuidores (verticales); la asignación de cuotas de producción o de suministro; la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos; la limitación a los desarrollos técnicos; subordinar el suministro de un producto a aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio; abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción y la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

En virtud de la Ley 590 de 2000 se adicionó una nueva conducta que consiste en los acuerdos que impidan a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización. La consagración de los acuerdos anticompetitivos protege especialmente los derechos subjetivos públicos tanto de los oferentes como de los demandantes y el derecho a la libre contratación.

²³⁰ Carlos Ariel Sánchez Torres y Óscar Ibáñez Parra, "El TLC, el derecho colectivo de la competencia y acciones populares", en *El tratado de libre comercio, la integración comercial y el derecho de los mercados*, editado por Erick Rincón Cárdenas, Erwin Santamaría Ariza y Juan Jacobo Calderón Villegas (Bogotá: Universidad del Rosario, 2007), 369-70.

²³¹ Alfonso Miranda Londoño, "Los acuerdos anticompetitivos de repartición de mercado". *Revista Con-texto*, n.º 3 (1998), 24, <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/1699/1526>

El derecho a la libre iniciativa económica se garantiza a los competidores potenciales porque al proscribir estos acuerdos se les está permitiendo que escojan la actividad económica que prefieran, teniendo que enfrentar las barreras de entrada estructurales o naturales y no las estratégicas o comportamentales. Por barreras de entrada se entienden aquellos factores que obstaculizan el ingreso al mercado de nuevos competidores, otorgando así ventajas competitivas a quienes ya se encuentran en él. Las barreras son estructurales cuando se vinculan a la actividad económica en sí y son involuntarias. Son barreras estratégicas las que intencionalmente imponen los competidores que ya se encuentran en el mercado²³². Así, por ejemplo, los costos de organización de un establecimiento de comercio son una barrera estructural, mientras que los acuerdos anticompetitivos son una barrera comportamental o estratégica.

Respecto del derecho a la libre competencia se garantiza en la medida en que con el establecimiento de estas conductas se evita que los competidores se asocien con el propósito de no permitir la concurrencia o la competencia en sí. Por otra parte, el derecho a la libertad de empresa se garantiza en tanto se respeta la autonomía del empresario para determinar la producción y distribución de bienes.

El derecho del consumo de los demandantes se ampara tanto en su dimensión colectiva, porque las normas de protección de la competencia buscan el bienestar del consumidor en un sentido general²³³, como individual, porque al haber contienda entre los participantes en el mercado el consumidor puede escoger libremente el producto o servicio y además sacar provecho en materia de precios, calidad y servicio.

Por último, respecto de la libertad de contratación se garantiza que los oferentes puedan determinar autónomamente el clausulado de los contratos, sin someterse a acuerdos ilícitos celebrados con los competidores. En tanto que los consumidores podrán escoger el proponente con el cual celebrar el contrato dependiendo de las condiciones que les ofrezcan, y en todo caso, aceptar o rechazar si se trata de un contrato de adhesión, que se caracteriza por que “una de las

²³² Flint, *Tratado de defensa*, 227.

²³³ Fernando Díez Estella, “Los objetivos del derecho *antitrust*”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 224 (2003), 6, [http://fernandodiezestella.com/Publicaciones/objetivos_antitrust_\(2003\).pdf](http://fernandodiezestella.com/Publicaciones/objetivos_antitrust_(2003).pdf)

partes [...] anteladamente establece el contenido del contrato en forma unilateral, de tal manera que la otra parte, el adherente, solo puede tomarlo o dejarlo”²³⁴.

Los actos anticompetitivos son realizados por un interviniente en el mercado sin una calificación especial²³⁵. El Decreto 2153 de 1992 en su artículo 48 sanciona de manera taxativa tres conductas, a saber: “1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el Estatuto de Protección al Consumidor. 2. Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios. 3. Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios”.

El primero de estos numerales hace referencia a la publicidad, que es “un mecanismo de promoción de un producto y de su marca, que trata de crear un reclamo para su adquisición o contratación”²³⁶. Con las disposiciones que la regulan se protegen especialmente los derechos del consumidor, y en particular el de recibir información veraz y suficiente en el mercado, porque los consumidores por regla general se encuentran en una posición asimétrica frente al oferente, ya que “no pueden reconocer *a priori* las diferencias cualitativas del producto debido a ‘información privada’ u ‘oculta’ en poder del vendedor”²³⁷, esta circunstancia se minimiza a través del derecho de la competencia al sancionar la violación de normas publicitarias.

Del mismo modo, protege el derecho de los competidores a evitar la desviación de la clientela y a la fama comercial, en el sentido de que engañar a los consumidores mediante la publicidad es un recurso ilegítimo para obtener clientela y también afecta los elementos que se han dispuesto para obtener ganancias. Indirectamente, se protegen también los signos distintivos al impedir que el nombre comercial y las marcas se puedan ver afectados por esa publicidad engañosa.

²³⁴ Arrubla, “La posición dominante”, 370.

²³⁵ Velandia, *Derecho de la competencia*, 149.

²³⁶ Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil. El contrato en general, la relación obligatoria. T. I. Vol. II*. 10ª ed. (Madrid: Tecnos, 2012), 67.

²³⁷ Ignacio Perrotini H., “La economía de la información asimétrica: microfundamentos de competencia imperfecta”. *Revista Aportes* 7, n.º 19 (2002), 62, <http://www.redalyc.org/pdf/376/37601903.pdf>

El segundo supuesto salvaguarda la libertad de empresa y de contratación de los oferentes en el mercado, pues se pretende mantener su autonomía frente a los diferentes intervinientes en el mercado respecto de la fijación de precios de los productos y servicios que estos ofrecen.

La tercera conducta limita el derecho a la libertad de empresa en las relaciones de distribución. Cada empresario puede escoger la forma en que sus productos serán distribuidos, sin embargo, no puede abusar de este derecho discriminando a un distribuidor que no acate su política de precios²³⁸.

Por último, corresponde abordar el análisis del abuso de la posición dominante en el mercado. Se aclara que no se sanciona tener esta posición, que según el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 es: “la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”, toda vez que esta “es un premio a la eficiencia, pues el eficiente acaba con sus competidores en el supuesto de que estos sean ineficientes”²³⁹; sino que se sanciona el hacer un uso ilegítimo de la misma, es decir cuando “a través de ella se obtienen ventajas que no son compatibles con el mercado o se impide a otros agentes que actúen en el mismo”²⁴⁰.

La prohibición del abuso a la posición dominante se tipifica en el artículo 333 de la Constitución cuando preceptúa: “El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”; y en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, en el cual se contemplan como abusivas las conductas de: precios predatorios, discriminación del consumidor o del proveedor, ventas cruzadas, discriminación del comprador y subsidios cruzados.

Las anteriores conductas fueron adicionadas por la Ley 590 de 2000, que contempló como abusiva toda conducta que obstruya o impida a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización. De estas conductas se infiere que existen dos concepciones de abuso de la posición dominante: “En una primera concepción se regula el abuso de la posición dominante partiendo

²³⁸ Velandía, *Derecho de la competencia*, 153.

²³⁹ Velandía, *Derecho de la competencia*, 128.

²⁴⁰ Juan Pablo Cárdenas Mejía, “Justicia contractual”, en *Derecho civil y comercial. Ensayos jurídicos Liber Amicorum en homenaje al Doctor Carlos Holguín Holguín* (Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1999), 322.

de la base de que una empresa tiene una posición de dominio en el mercado que utiliza para obtener una determinada ventaja que de otra manera no lograría la cual conduce a disminuir o eliminar la competencia. De este modo el concepto de abuso está ligado legalmente a que se altere la estructura del mercado. En otra óptica, se parte de la base de que una empresa utiliza su poder de dominio para imponer a sus cocontratantes condiciones abusivas²⁴¹.

Dentro de la segunda concepción se encuentran las conductas que tipifican como abusivas las conductas discriminatorias. Con la consagración del abuso de la posición dominante se pretende proteger las libertades económicas y los derechos de los consumidores e indirectamente, el derecho de los competidores de la empresa dominante a impedir la desviación de la clientela. Las libertades económicas de los competidores en la medida en que estos se verán protegidos frente a las actuaciones ilegítimas que puede desarrollar el oferente que tiene el poder suficiente como para sacarlos del mercado, con lo cual se verían coartadas sus libertades de empresa y de competencia. Se protege también a los consumidores, quienes conservarán su derecho a escoger libremente entre el competidor con posición dominante o los restantes oferentes.

Frente al derecho a impedir la desviación de la clientela, se considera que puede defenderse a través de estas conductas en la medida en que si el competidor con posición dominante pudiese actuar con libertad, podría atraer la competencia de los más débiles en el mercado por medio de mecanismos lícitos (baja del precio por debajo de costos o cobrar unos precios menores en donde tenga mayor competencia que en donde no la tenga), pero con una finalidad ilícita, que sería sacar del mercado a sus competidores.

Del anterior análisis se infiere que las prácticas comerciales restrictivas no solo afectan el interés público, sino que pueden llegar a lesionar derechos subjetivos de los intervinientes en el mercado, no únicamente de tipo colectivo, también individual, que puede conducir a que, como lo dijo Emilio Archila²⁴², haya lugar a la indemnización de perjuicios, cuando quiera que estos derechos se vean vulnerados.

²⁴¹ Cárdenas, "Justicia", 322.

²⁴² Archila, "Propuestas", 82.

Competencia desleal

La competencia desleal está regulada en Colombia por la Ley 256 de 1996. En ella se define su ámbito objetivo y subjetivo de aplicación. El objetivo indica que el acto para ser censurado debe haber ocurrido en el mercado y tener la finalidad concurrencial, lo cual se valora objetivamente a partir de la determinación de si la conducta puede mantener o incrementar la clientela propia o de un tercero. El subjetivo señala que cualquier interviniente en el mercado puede llevar a cabo un acto de competencia desleal, sea o no comerciante²⁴³. En el texto normativo se describen trece conductas que se consideran desleales: (i) la vulneración a la buena fe comercial, (ii) la desviación de la clientela, (iii) los actos de desorganización, (iv) los actos de confusión, (v) los actos de engaño, (vi) los actos de descrédito, (vii) los actos de comparación, (viii) los actos de imitación, (ix) la competencia parasitaria, (x) la violación de secretos, (xi) la inducción a la ruptura contractual, (xii) la violación de normas y (xiii) los pactos desleales de exclusividad.

Las dos primeras, la vulneración de la buena fe comercial y la desviación de la clientela, corresponden a principios generales o cláusulas generales de competencia desleal, que buscan “reprimir las prácticas desleales que surjan andando el tiempo y que no hubiesen sido expresamente tipificadas en la Ley en el momento de su redacción”²⁴⁴.

Las restantes conductas pueden clasificarse según Emmerich y Menéndez citados por García Menéndez²⁴⁵, en aquellas que lesionan los intereses del consumidor, del competidor y el interés público. En la primera categoría se incluyen las que buscan garantizar la libertad de selección por parte del consumidor, en la segunda salvaguardar el lugar que el empresario ha logrado en el mercado y en la tercera las que protegen de manera general la lealtad en el mercado mirando en primer lugar el interés público.

Si se clasifican las conductas presentes en el derecho colombiano en las categorías propuestas, se tendría que: las conductas que protegen al consumidor son

.....
²⁴³ Jorge Jaeckel Kovács, “Apuntes sobre competencia desleal”, en *Colección Seminarios No. 8*, editado por Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1998), 36-9.

²⁴⁴ Eva Domínguez Pérez, “Competencia desleal”, en *Derecho de la competencia y propiedad industrial de la Unión Europea*, editado por Alicia Arroyo Aparicio (Cizur Menor: Aranzadi, 2007), 196.

²⁴⁵ Sebastián Alfredo García Menéndez, *Competencia desleal: actos de desorganización del competidor* (Buenos Aires: LexisNexis Argentina, 2004), 74-6.

los actos de engaño y los actos de comparación; en las que protegen al competidor se registrarían los actos de desorganización, los actos de descrédito, los actos de confusión, la competencia parasitaria, la violación de secretos y la inducción a la ruptura contractual y, por último, en la categoría de protección del interés público estarían la violación de normas y los pactos desleales de exclusividad.

Aunque existen otras clasificaciones, esta es la que más se asemeja a la metodología de identificación de los derechos subjetivos detrás de las normas que protegen la competencia que se ha seguido en este escrito, empero, es necesario aclarar que no puede hacerse una separación tan tajante como la que realiza García Menéndez en los intereses a la hora de identificar los derechos, debido a que hay conductas que protegen más de un derecho, como se verá a continuación:

El derecho a la libre iniciativa privada se protege con la consagración de los actos de imitación y los pactos desleales de exclusividad. Obsérvese que en el artículo 14 de la norma en estudio, se permite la imitación de la iniciativa empresarial, a menos que con esa imitación se genere confusión acerca del origen empresarial, haya un aprovechamiento de la reputación ajena o mediante esa imitación se intente impedir u obstaculizar la participación del competidor en el mercado. En cuanto a los pactos desleales de exclusividad, pueden crear barreras estratégicas de acceso al mercado cuando se está ingresando a él, toda vez que por medio de ellos se puede dificultar el acceso a materias primas, entre otros²⁴⁶.

El derecho a la libertad de competencia se salvaguarda por los actos de imitación, al permitir participar en el mercado imitando las prestaciones de otro, siempre que no se ocasione confusión o explotación de la reputación ajena por los actos de violación de normas, en la medida en que con esta conducta se propone evitar que los competidores se aprovechen del incumplimiento del ordenamiento jurídico para lograr un aumento en la participación en el mercado y por los pactos desleales de exclusividad, ya que con ellos se previene que se celebren acuerdos que en palabras de la Corte Constitucional en Sentencia C-535 de 1997 restrinjan “el acceso de los competidores en el mercado, vale decir, el que es capaz de producir con los criterios anotados un efecto sustancial en la disminución de la competencia existente”.

.....
²⁴⁶ Flint, *Tratado de defensa*, 227.

La libertad de empresa se protege a través de: los actos de desorganización, violación de secretos, de imitación, la inducción a la ruptura contractual y los pactos desleales de exclusividad, en tanto que con estos se soslayan las actuaciones que atentan en contra del núcleo esencial de este derecho, compuesto, como se dijo anteriormente, por las libertades de creación, organización y dirección de la empresa.

Los derechos del consumidor estarían protegidos por los actos de engaño y de confusión, toda vez que con estos se prohíben las conductas que pretendan inducir a error acerca de la actividad, el origen empresarial, las prestaciones o los establecimientos de los oferentes en el mercado, ya sea porque se genera riesgo de asociación o porque se informa falsamente, inexactamente u omitiendo la verdad al demandante.

El derecho a evitar la desviación de la clientela está protegido por todas las conductas de competencia desleal, puesto que este es el fin concurrencial exigido por la norma como ámbito objetivo de aplicación, sin embargo, está garantizado especialmente por la conducta contenida en el artículo 8 de la Ley 256 de 1996.

El derecho a la fama comercial se protege con la consagración de los actos destinados a evitar la desviación de la clientela, de desorganización, de confusión, de engaño, de descrédito, de comparación, de competencia parasitaria y de violación de secretos, en la medida en que a través de estas conductas el transgresor pretende que el oferente vea afectadas las ventajas que tiene su establecimiento, ya sea para que este disminuya sus ganancias o para que se produzcan ganancias en favor suyo o de un tercero.

En cuanto a la propiedad industrial, aunque cuenta con normas especiales que la protegen²⁴⁷, varios casos que atentan en contra de ella se ventilan acudiendo a procesos de competencia desleal²⁴⁸. Ahora bien, es indispensable diferenciar las conductas que protegen los signos distintivos, las nuevas creaciones y el *know how*.

²⁴⁷ Las primeras normas que regularon las materias comprendidas por la propiedad industrial en Colombia fueron la Ley 35 de 1869 y el Decreto 217 de 1900. La primera fue expedida durante la época del Federalismo en el país y reguló las patentes y privilegios por las invenciones, mejoras y nuevas industrias. Mientras que el segundo reguló las marcas. Clara Carolina Cardozo-Roa, *La jurisprudencia mercantil de la Corte Suprema de Justicia entre 1887 y 1916* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2018), 9, 19.

²⁴⁸ Luisa E. Rodríguez Grillo, "La propiedad industrial y la competencia desleal: especial referencia a las patentes, modelos de utilidad, marcas y diseños industriales". *Revista de Estudios Jurídicos UNESP* 14, n.º 19 (2010), 48-9, <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/220>

Los signos distintivos se protegen mediante los actos de confusión, descrédito, comparación y la competencia parasitaria. Todas estas conductas buscan proteger especialmente el nombre comercial que individualiza al comerciante, su actividad o establecimiento, según lo indica la Decisión 486 de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina. Se hace notar además que la competencia parasitaria (art. 15, Ley 256 de 1996) considera desleal el uso sin autorización “de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas o engañosas, aunque estén acompañadas de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como ‘modelo’, ‘sistema’, ‘tipo’, ‘clase’, ‘género’, ‘manera’, ‘imitación’, y ‘similares’”.

En ese orden de ideas, las nuevas creaciones son protegidas principalmente a través de los actos de la imitación, puesto que se juzga desleal llevar a cabo una iniciativa que esté amparada por la ley²⁴⁹, y dentro de esta categoría se anotan las patentes y los diseños industriales.

El *know how* se protege mediante la violación de secretos que estima desleal el acceso ilegítimo a secretos, su divulgación, explotación, incumplimiento del deber de reserva, el espionaje u otro procedimiento análogo que afecte la información que el empresario ha decidido mantener en reserva y ha empleado los medios para impedir su divulgación.

Por último, la libertad contractual también es protegida por el derecho de la competencia. La de los oferentes se ampara con la conducta genérica de la vulneración de la buena fe, que es una institución común del derecho de los contratos y de la competencia y, también, la de inducción a la ruptura contractual, toda vez que la libertad contractual garantiza la libertad de elección de las partes que los celebran. En tanto que la de los consumidores se protege por los actos de confusión y engaño, puesto que estos afectan la información con que cuentan los consumidores durante la fase de selección del oferente con quien van a celebrar el negocio jurídico.

Con este análisis se observa que la competencia desleal no solo protege los derechos individuales de los competidores, sino que también salvaguarda derechos de carácter colectivo, como son las libertades económicas y los derechos de consumidores, luego estas conductas involucran un interés que trasciende la

.....
²⁴⁹ Velandia, *Derecho de la competencia*, 309-11.

órbita de lo privado y que en un Estado social de derecho interesan también al Estado.

Conclusiones

Se concluye este trabajo indicando que el derecho de la competencia protege el mercado, de manera tal que este tenga amplitud, homogeneidad, transparencia y autonomía en sus agentes, lo cual se traduce en que a través de las normas de la competencia se buscará que no se presenten monopolios, asimetrías ni externalidades, lo anterior tendiente a que haya una competencia efectiva entre los intervinientes en el mercado. No se pretende la competencia perfecta porque esta corresponde a un ideal que no pertenece al mundo real.

Tradicionalmente, se ha inferido que en el mercado están en juego los intereses públicos –vinculados al bienestar de los consumidores y a la libertad de competencia en general– y los intereses privados de los competidores. Lo precedente, condujo a que se establecieran dos ramas del derecho de la competencia separadas entre sí, la primera, las prácticas comerciales restrictivas, integradas por normas preventivas de los monopolios y prohibitivas de los acuerdos anti-competitivos, los actos anticompetitivos y el abuso de la posición dominante; y la segunda, la competencia desleal, que pretende fijar unos límites al actuar de los competidores en los entornos de mercado. Ahora bien, estos dos bloques normativos jurídicamente siguen interconectados en la medida en que protegen la competencia económica y procuran organizar la libertad económica.

En cuanto a los derechos subjetivos, se concluye que son facultades que están protegidas por el ordenamiento jurídico, ya sea en favor de sujetos individuales o colectivos y que pueden exigirse frente al Estado o frente a otros particulares.

Son derechos subjetivos públicos las libertades económicas que son la libre iniciativa económica, la libre competencia, la libre empresa y los derechos de los consumidores. Son derechos subjetivos privados los derechos a evitar la desviación de la clientela, a la protección de la fama comercial, a la propiedad industrial y a la libertad de contratación.

Los anteriores derechos tienen un límite interno, que es la prohibición del abuso del derecho, que hace referencia a que los derechos tienen que ser ejercidos conforme con la finalidad con que fueron establecidos en el ordenamiento jurídico

y sin el ánimo de dañar a los demás oferentes o demandantes en el mercado, dentro de estos límites se destaca la función social de la empresa, el abuso de la posición dominante en el mercado y la competencia desleal.

En virtud del artículo 6 de la Constitución Política, son limitaciones a la actuación de los particulares en el mercado: el orden público, las buenas costumbres y la buena fe en sentido objetivo. Cada una de estas tiene sus repercusiones en el ámbito concurrencial, pues las actuaciones en el mercado se ven limitadas por normas imperativas, los usos honestos en el mercado y la buena fe comercial.

Ahora bien, las conductas que configuran prácticas comerciales restrictivas protegen principalmente las libertades económicas y los derechos del consumidor, no obstante, también protegen derechos subjetivos privados. Así, los acuerdos anticompetitivos garantizan la libertad de contratación tanto de los oferentes como de los demandantes; los actos anticompetitivos protegen el derecho a evitar la desviación de la clientela, a la fama comercial, a la libertad de contratación e incluso a la propiedad industrial; y el abuso de la posición dominante salvaguarda el derecho a impedir la desviación de la clientela de los competidores no dominantes en el mercado.

Por último, las conductas que configuran competencia desleal protegen los derechos subjetivos públicos y privados, dependiendo de la conducta esta protegerá uno o varios derechos y limitará también el ejercicio de las libertades económicas al contemplar una modalidad de abuso del derecho.

De todo lo dicho se concluye que desde la óptica de los derechos subjetivos no existe una diferenciación tajante entre las prácticas restrictivas de la competencia y la competencia desleal, de forma que estos derechos dependiendo del contexto podrían ser protegidos por uno u otro ordenamiento, conservándose así la unidad del derecho de la competencia.

Bibliografía

Archila, Emilio. “El papel del consumidor en el derecho de la competencia: aspectos procesales”, en *Perspectivas del derecho del consumo*, dirigido por Carmen Ligia Valderrama Rojas, 651-668. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

Archila, Emilio. *Propuestas para dinamizar la indemnización de perjuicios por prácticas comerciales restrictivas. Conmemoración de los 40 años del Código de Comercio. Vol. I*, 81-87. Bogotá: E-ditorial 531, 2013.

- Ariño, Gaspar. *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Bogotá: Fundación de Estudios de Regulación, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Arrubla, Jaime Alberto. “La posición dominante en los contratos, el abuso de la misma y la protección del adherente en el sistema colombiano”, en *Perspectivas del derecho del consumo*, dirigido por Carmen Ligia Valderrama Rojas, 355-387. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional*, n.º 116 (1991).
- Betancourt, Miguel. *Derecho privado: categorías básicas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1996.
- Bigliuzzi, Lina, Umberto Breccia, Francesco Busnelli y Ugo Natoli. *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992.
- Cabanellas, Guillermo. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia. Vol. I*. Buenos Aires: Heliasta, 2005.
- Canaval, Juan Pablo. *Manual de propiedad intelectual*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008.
- Cárdenas, Juan Pablo. “Justicia contractual”, en *Derecho civil y comercial. Ensayos jurídicos Liber Amicorum en homenaje al Doctor Carlos Holguín Holguín*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dík, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1999.
- Cardozo-Roa, Clara Carolina. *La jurisprudencia mercantil de la Corte Suprema de Justicia entre 1887 y 1916*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2018.
- Castaño, Ramón y Humberto González. *Ideas económicas mínimas*. 22ª ed. Bogotá: Ecoe Ediciones, 2011.
- Castro, Juan David. *La propiedad industrial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Castro, Marcela. *Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*. Bogotá: Ediciones Uniandes, Temis, 2009.
- Comisión de la Comunidad Andina de Naciones. Decisión 486, “régimen común sobre propiedad industrial”. *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*, 19 de septiembre de 2000.
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo. *Manual para la formulación y aplicación de las leyes de competencia*. Nueva York, Ginebra: Organización de las Naciones Unidas, 2004.
- Congreso de la República. Ley 155 de 1959. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. *Diario Oficial*, 22 de enero de 1960.
- Congreso de la República. Ley 256 de 1996. Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. *Diario Oficial*, 18 de enero de 1996.
- Congreso de la República. Ley 446 de 1998. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de

- Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden. *Diario Oficial*, 8 de julio de 1998.
- Congreso de la República. Ley 590 de 2000. Por la cual se dictan disposiciones para promover el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas. *Diario Oficial*, 12 de julio de 2000.
- Congreso de la República. Ley 1340 de 2009. Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. *Diario Oficial*, 24 de julio de 2009.
- Consejo Nacional Legislativo. Ley 57 de 1887. Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional. *Diario Oficial*, 20 de abril de 1887.
- Correa, Magdalena. *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Cortázar, Javier. *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Temis, 2011.
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-535 de 1997. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-1141 de 2000. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Díez, Fernando. “Las complicadas relaciones entre la ley de defensa de la competencia y la ley de competencia desleal”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 213 (2001): 11-34.
- Díez, Fernando. “Los objetivos del derecho *antitrust*”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 224 (2003): 32-52, [http://fernandodiezestella.com/Publicaciones/objetivos_antitrust_\(2003\).pdf](http://fernandodiezestella.com/Publicaciones/objetivos_antitrust_(2003).pdf)
- Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de derecho civil. T. I. Vol. II. El contrato en general, la relación obligatoria*. 10ª ed. Madrid: Tecnos, 2012.
- Domínguez, Eva. “Competencia desleal”, en *Derecho de la competencia y propiedad industrial de la Unión Europea*, editado por Alicia Arroyo Aparicio, 177-202. Cizur Menor: Aranzadi, 2007.
- Encinas-Ferrer, Carlos. “Oligoposonio - Oligopolio: la perfecta competencia imperfecta”. *Revista Electrónica Nova Scientia* 6, n.º 11 (2013): 346-62.
- Flint, Pinkas. *Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del DL 701: legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.
- García, Sebastián Alfredo. *Competencia desleal: actos de desorganización del competidor*. Buenos Aires: LexisNexis Argentina, 2004.
- García-Chamon, Enrique, Luis Antonio Soler Pascual y Rafael Fuentes Devesa. *Tratado práctico de propiedad industrial*. Madrid: El Derecho Editores, 2010.

- Giraldo, Alejandro, Carlos Germán Caycedo Espinel y Ramón Eduardo Madriñán Rivera. *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor: Ley 1480 de 2011*. Bogotá: Legis, 2012.
- Goldschmidt, Roberto. *Curso de derecho mercantil*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Fundación Roberto Goldschmidt, 2001.
- Gómez, Rafael Arnoldo. *La relación de conflicto entre el derecho de competencia y la propiedad intelectual: la negativa a conceder licencia de un derecho de propiedad intelectual en El Salvador*. San Salvador: Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía, 2010.
- Hinestrosa, Fernando. “Función, límites y cargas de la autonomía privada”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 26 (2014): 5-39.
- Jaekel, Jorge. “Apuntes sobre competencia desleal”, en *Colección Seminarios No. 8*, editado por Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, 15-87. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1998.
- Jaramillo, Mario. *Vademécum de economía política*. Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1994.
- Jáuregui, Gurutz. “Derechos individuales versus derechos colectivos: una realidad inescindible”, en *Una discusión sobre derechos colectivos*, coordinado por Francisco Javier Ansuátegui Roig, 47-66. Madrid: Dykinson, 2001.
- Josserand, Louis. *Del abuso del derecho y otros ensayos*. Bogotá: Temis, 1999.
- Juppet, María Fernanda. “Una aproximación a la buena fe en el mercado como base fundamental del derecho corporativo”. *Revista Actualidad Jurídica* 11, n.º 22 (2010): 215-35.
- Kresalja, Baldo. “Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica”. *Pensamiento Constitucional* 12, n.º 12 (2006): 17-117.
- Krugman, Paul R. *Microeconomía: introducción a la economía*. Barcelona: Reverté, 2007.
- Larroumet, Christian. *Teoría general del contrato*. Bogotá: Temis, 1999.
- Lizarazu, Rodolfo. *Manual de propiedad industrial*. Bogotá: Legis, 2014.
- Lorenzetti, Ricardo Luis y Daniel F. Pedrotti. “Nuevas fronteras del abuso de derecho: situaciones jurídicas lesivas de libertades, tutela de mercado y amparo”. *Rev. AEU* 80, n.º 1 extr. (1995): 113-23, <http://documentos.aeu.org.uy/080/080-E1-113-123.pdf>
- Madriñán, Ramón E. *Principios de derecho comercial*. 8ª ed. Bogotá: Temis, 2000.
- Medina, Jairo. *Derecho comercial. Parte general*. 4ª ed. Bogotá: Temis, 2008.
- Melo, Ileana Marlitt. “Los derechos de contenido económico”. *Vniversitas*, n.º 106 (2003): 95-121.
- Metcalfe, J. Stan. “Dancing in the dark: la disputa sobre el concepto de la competencia”. *Desarrollo Económico* 50, n.º 197 (2010): 59-79, <http://www.jstor.org/stable/41219134>

- Metke, Ricardo. *Lecciones de propiedad industrial. Tomo 1*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2001.
- Miranda, Alfonso. “El régimen general de la libre competencia: características principales”. *Revista Con-texto*, n.º 2 (1998): 6-23.
- Miranda, Alfonso. “Los acuerdos anticompetitivos de repartición de mercado”. *Revista Con-texto*, n.º 3 (1998): 21-32, <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=contexto&page=article&op=view&path%5B%5D=1699&path%5B%5D=1526>
- Narváez, José Ignacio. *Derecho mercantil colombiano*. 8ª ed. Bogotá: Legis, 1998.
- Narváez, José Ignacio, Jorge Eduardo Narváez Bonnet y Olga Stella Narváez Bonnet. *Derecho de la empresa*. Bogotá: Legis, 2008.
- Neme, Martha Lucía. “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 17 (2009): 45-76.
- Nihoul, Paul. *Introducción al derecho de la competencia: posición de las autoridades, de los consumidores y de las empresas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Ordoqui, Gustavo. *Abuso de derecho*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, 2010.
- Ospina, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. 5ª ed. Bogotá: Temis, 1998.
- Peña, Lisandro. *Contratos mercantiles: nacionales e internacionales*. 4ª ed. Bogotá: Temis, 2012.
- Perrotini, H. Ignacio. “La economía de la información asimétrica: microfundamentos de competencia imperfecta”. *Revista Aportes* 7, n.º 19 (2002): 59-67, <http://www.redalyc.org/pdf/376/37601903.pdf>
- Pinzón, Gabino. *Introducción al derecho comercial*. Bogotá: Temis, 1985.
- Plazas, Mauricio. *El liberalismo y la teoría de los tributos*. Bogotá: Temis, 1995.
- Presidencia de la República. Decreto 3307 de 1963. Por el cual se toman medidas sobre monopolios y precios. *Diario Oficial*, 30 de diciembre de 1963.
- Presidencia de la República. Decreto 2153 de 1992. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, 31 de diciembre de 1992.
- Rengifo, Ernesto. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Rodríguez, Camilo Andrés. *Una aproximación a las cláusulas abusivas*. Bogotá: Universidad del Rosario, Legis, 2013.
- Rodríguez, Libardo. *Derecho administrativo: general y colombiano*. 10ª ed. Bogotá: Temis, 1998.

- Rodríguez, Luisa E. “La propiedad industrial y la competencia desleal: especial referencia a las patentes, modelos de utilidad, marcas y diseños industriales”. *Revista de Estudios Jurídicos UNESP* 14, n.º 19 (2010): 41-66, <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudiosjuridicosunesp/article/view/220>
- Sabogal, Luis Fernando. “Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia”. *Revista e-Mercatoria* 4, n.º 1 (2005): 1-18.
- Sánchez, Carlos Ariel y Óscar Ibáñez Parra. “El TLC, el derecho colectivo de la competencia y acciones populares”, en *El tratado de libre comercio, la integración comercial y el derecho de los mercados*, editado por Erick Rincón Cárdenas, Erwin Santamaría Ariza y Juan Jacobo Calderón Villegas, 339-392. Bogotá: Universidad del Rosario, 2007.
- Sánchez, Remedio. *Introducción al Estado constitucional*. Barcelona: Ariel, 1993.
- Scognamiglio, Renato. *Teoría general del contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- Soriano, José Eugenio. *Derecho público de la competencia*. Madrid: Idelco, Marcial Pons, 1998.
- Stiglitz, Gabriel. “Contratos, cláusulas abusivas y defensa del consumidor”, en *Edición homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, editado por Aída Kemelmajer de Carlucci, 517-532. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, 2005.
- Tobar, Jaime Humberto. “Deberes del comerciante frente a las normas del derecho de la competencia”, en *Derecho comercial, cuestiones fundamentales*, editado por Juan Pablo Cárdenas, Juan Jacobo Calderón y Yira López, 343-64. Bogotá: Universidad del Rosario, Legis, 2016.
- Valencia, Arturo y Álvaro Ortiz Monsalve. *Derecho civil. T. I. Parte general y personas*. 16ª ed. Bogotá: Temis, 2010.
- Vallejo, Germán. “La captura regulatoria y su relación con las fallas del mercado”, en *Derecho público en el siglo XXI*, 13-35. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016.
- Velandia, Mauricio. *Derecho de la competencia y el consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- Witker, Jorge y Angélica Varela. *Derecho de la competencia económica en México. Serie Doctrina Jurídica, n.º 157*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.