

ANÁLISIS DE LA POLÍTICA DEL DERECHO A LA COMPETENCIA EN COLOMBIA

Juan José Luna Gómez¹
Jaime David Fontalvo Fontalvo²

RESUMEN

En presente es un artículo de reflexión sobre el Derecho de la Competencia desde el análisis de las Políticas Públicas colombianas sobre el tema. El mismo tiene como objetivo general indagar cómo está estructurada la Política del Derecho de la Competencia en Colombia.

Como objetivos específicos se presentaron: los aspectos internacionales de la competencia y su incidencia en Colombia y la política de competencia en nuestro país. Esta es una investigación jurídica para el Derecho y bibliográfica, fundamentado en la hermenéutica jurídica y apoyada en la recolección de información secundaria, ya que son los textos y jurisprudencias las que nos dan la fuente de la información. El análisis se hará con fundamento en el análisis de textos.

Se encontró, durante el desarrollo de la investigación, que la OCDE ha promovido de forma activa la política de competencia entre países de Latinoamérica y el Caribe durante años; lo anterior por la alianza entre la OCDE y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ha potenciado estos esfuerzos para el desarrollo y aplicación de la ley de Competencia en Colombia, con lo cual se ha concretado una Política Pública durante los últimos años y sus resultados se reflejan en los campos de acuerdos anticompetitivos, abuso de posición dominante, fusiones y adquisiciones, exclusiones y exenciones, aspectos de procedimientos e institucionales, coordinación con reguladores sectoriales, revisiones judiciales, asuntos internacionales y defensa de la competencia.

Palabras clave: Mercados, Venta de Bienes o Servicios, Consumidores, Clientela, Libertad de Competencia.

¹ Abogado titulado y en ejercicio graduado del programa de Derecho de la Universidad Libre sede Cartagena, con experiencia profesional en el área del Derecho Civil, Familia, Comercial. Estudiante de la Especialización en Derecho Comercial de la Universidad Libre, seccional Barranquilla. juanjosluna@hotmail.com

² Abogado titulado y en ejercicio graduado del programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar, de la ciudad de Barranquilla, vinculado laboralmente a la Equidad Seguros, en el área técnica, con experiencia profesional de 27 años en el sector asegurador. Estudiante de la Especialización en Derecho Comercial de la Universidad Libre, seccional Barranquilla. jaimefontalvof@hotmail.com

Abstract

This paper is a reflection about the analysis of competition law in Colombian like Public Policies on the subject. It has as general objective, to investigate how the Competition Law Policy is structured in Colombia and the specific objectives were: international aspects of competition and its incidence in Colombia and competition policy in our country. This is a pure legal research for law, and bibliographical, based on legal hermeneutics and supported in the collection of secondary information, since it is the texts and jurisprudence that give us the source of the information. The analysis will be based on the analysis of texts.

During the course of research found that the OECD has actively promoted competition policy among Latin American and Caribbean countries for years; This is due to the alliance between the OECD and the Inter-American Development Bank (IDB) that has strengthened these efforts, it can be concluded that for the development and application of competition law in Colombia, a Public Policy has been concretized in recent years and Its results are reflected in the areas of anticompetitive agreements, abuse of dominant position, mergers and acquisitions, exclusions and exemptions, procedural and institutional aspects, coordination with sectorial regulators, judicial reviews, international affairs and defense of competition law.

Keywords: Markets, sale of goods or services, consumers, clientele, Freedom of competition.

INTRODUCCIÓN.

Las Constituciones Políticas de Colombia han regulado la libertad económica con pluralidad de formas de propiedad, esto lo vemos en la Constitución Política de 1886 y en la Constitución Política de 1991.

En la Constitución Política de 1886 el concepto liberal de propiedad individual que se acogió se fue morigerando en la medida en que los gobernantes fueron comprendiendo que las funciones del Estado incidían en las actividades económicas y que debían concebirse políticas, órganos y funciones específicas para ello.

En la Constitución Política de 1991, el artículo 333, determina que la actividad económica y la iniciativa privada son libres³, al tiempo que reconoce que la libre competencia económica es un derecho de todos, aunque a ambos derechos les impone fronteras para impedir que se transformen en libertad abusiva y competencia destructiva; al primero, que debe estar dentro de los límites del bien común, y al segundo, que es un derecho que supone responsabilidades.

Esta limitación va acompañada, a su vez, de una noción que antes se entendía restringida a la propiedad territorial: la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones.

³ Silva - Colmenares Julio. La economía en la constitución del 91: La contradicción entre Estado y mercado. Notas © para la discusión preparadas.

El artículo 333 de la Constitución Política de Colombia de 1991, se convierte en el Principio de la libre competencia.⁴ Así mismo, el artículo 334 de la Carta Fundamental dispone que la dirección de la economía esté a cargo del Estado en concordancia con los artículos 150, 179, 200 y 371; lo anterior presupone que el Presidente, el Congreso y el Banco de la República tienen la facultad mediante funciones asignadas por la Constitución para adelantar todas las actividades de dirección económica. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional en la Sentencia C-228 de 2010: *‘La intervención del Estado en la economía corre por cuenta de distintos poderes públicos y se ejerce por medio de diferentes instrumentos. Un rol protagónico corresponde sin duda, al Congreso de la República, por medio de la expedición de leyes, bien sea que se trate específicamente de leyes de intervención económica (Arts. 150.21 y 334), como de otras leyes contempladas en el artículo 150 constitucional (por ejemplo, las leyes marco del numeral 19, o las leyes que versen sobre servicios públicos domiciliarios previstas en el numeral 23 de la misma disposición) o en general mediante el ejercicio de su potestad de configuración en materia económica. Pero la Constitución de 1991 también le confirió a la rama ejecutiva del poder público importantes competencias en la materia, no sólo mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino*

⁴ Cortés Zambrano Sonia Patricia. El Estado, la Constitución y la Economía de Mercado. Revista Virtual Vía Inveniendi et Iudicandi.

asignándole específicas atribuciones de inspección, vigilancia y control respecto de ciertas actividades o respecto de determinados agentes económicos. En conclusión, la Carta de 1991 tanto en su parte dogmática, como en su parte orgánica configuró un Estado con amplias facultades de intervención en la economía, las cuales se materializan mediante la actuación concatenada de los poderes públicos⁵

Lo anterior se materializa cuando se aplica el Estado de Emergencia Económica, que es una de las herramientas de intervención del Estado en cabeza del gobierno para sortear las situaciones de calamidad pública que sufra la nación, o que perturben el orden económico, social y ecológico.

A partir de la expedición de la Ley 155 de 1959,⁶ el régimen de competencia colombiana se ha modificado en dos ocasiones⁷: la primera, a partir de la adopción de la Constitución Política de 1991⁸ y la creación de la Superintendencia de Industria y Comercio en 1992 y, más recientemente, con la expedición de la Ley 1340 de 2009⁹, aportando en ambos casos nuevos instrumentos para un mayor fortalecimiento del país en la materia.

No obstante, tras el análisis normativo y del desempeño de la autoridad de competencia en la economía colombiana, se puede observar que el proceso de crear una política unificada y de establecer la institucionalidad necesaria para alcanzar los objetivos pertinentes, no ha terminado e incluso, parecería tener aún obstáculos complejos por superar. Dicha evolución normativa, de su parte, así como algunos de los precedentes de la autoridad de competencia (como sucede en casi todas partes del mundo), se han visto fuertemente influenciados por desarrollos internacionales en la materia, de manera especial, por la forma en que se han concebido y desarrollado las políticas de competencia en Estados Unidos de América y la Unión Europea. Así es como, la Ley Sherman de 1890 (*Sherman Act*), se constituye en el principal antecedente de nuestra Ley 155 de 1959¹⁰. De la misma manera, el Tratado de Roma y el Convenio de París, no solo son referentes relevantes en lo que hace a la Comunidad Europea, de donde se adoptó todo lo que tenemos en materia de competencia desleal, sino que en buena medida, como muestran los análisis de este estudio, los dos acuerdos anteriores constituyen el modelo más cercano a lo que se tiene en Colombia.¹¹

⁵ Sentencia C-228 de 2010. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c228-10.htm>.

⁶ Ver Ley 155 de 1959.

⁷ Bardey David, Becerra Alejandro y Cabrera Pilar. Análisis económico de la normativa de libre competencia en Colombia. Informe final. Fondo Germán Botero de los Ríos, convocatoria 2011. Bogotá D.C 2012.

⁸ Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2015. ⁹ Ver Ley 1340 de 2009.

⁹ Ver Ley 1340 de 2009.

¹⁰ Ver Ley 155 de 1959

¹¹ Bardey David, Becerra Alejandro y Cabrera Pilar. Análisis económico de la normativa de libre competencia en Colombia. Informe final. Fondo Germán Botero de los Ríos, convocatoria 2011. Bogotá D.C 2012.

Esta es una investigación jurídica para el Derecho y bibliográfica, fundamentado en la hermenéutica jurídica y apoyada en la recolección de información secundaria, ya que son los textos y jurisprudencias las que nos dan la fuente de la información. El análisis se hará con fundamento en el análisis de textos.

1.1.- ASPECTOS INTERNACIONALES DE LA COMPETENCIA Y SU INCIDENCIA EN COLOMBIA.

Conforme a lo dispuesto en el Artículo 1 del Convenio firmado en París el 14 de diciembre de 1960, que entró en vigor el 30 de septiembre de 1961, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)¹² deberá promover en sus países miembros políticas destinadas a: 1) alcanzar un crecimiento sostenible de la economía y del empleo, así como una progresión del nivel de vida en los países miembros, manteniendo paralelamente la estabilidad financiera, con el fin de contribuir al desarrollo de la economía mundial; 2) Asistir en el trabajo de expansión de una economía sana, tanto en los países miembros como en los demás países en proceso de desarrollo económico, y 3) Contribuir al crecimiento del comercio mundial sobre una base multilateral y no discriminatoria, de acuerdo con las obligaciones internacionales.

La OCDE¹³ ha promovido de forma activa la política de competencia entre países de Latinoamérica y el Caribe durante años y Colombia, como estado miembro, también ha estimulado leyes y políticas públicas sobre el Derecho de la Competencia. La alianza entre la OCDE¹⁴ y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ha potenciado estos esfuerzos. El Gobierno de Colombia ha ratificado esta política de la OCDE¹⁵ creando normativas que regula la libre competencia, de allí que este trabajo tiene como enfoque abordado el de un análisis de la política del Derecho de la Competencia en Colombia.

En todo caso, cualesquiera que sean los objetivos asociados a la política de competencia de un país, ésta se desarrolla alrededor de cuatro (4)¹⁶ pilares, sobre los que se volverá más adelante, así:

1. Los acuerdos: entendidos como una expresión que reagrupa de manera no exhaustiva contratos, convenios o concertaciones (prácticas concertadas entre empresas), etc. Si bien algunos acuerdos pueden mejorar la eficiencia, generalmente implican también estrategias colectivas que un subconjunto de empresas pueden implementar en un mercado para reducir la intensidad de la competencia entre sí.

¹² Derecho y Política de la Competencia en Colombia. Examen inter-pares. OCDE – BID. 2009. ¹³ *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Motta Massimo. Competition Policy. Theory and Practice. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona. 2004

2. La posición de dominio - abuso: la posición de dominio en el mercado es generalmente considerada legal por las diversas normas de competencia en el mundo. Lo que generalmente se prohíbe es el abuso de tal posición y también las estrategias realizadas por las empresas para asumirla. La diferencia con el concepto de acuerdos es que, en este caso, se habla de acciones unilaterales de las empresas porque son decisiones tomadas de manera independiente y sin concertación con otras empresas. Así las cosas, según algunos países, las empresas caracterizadas por un importante poder en el mercado, pueden ver el conjunto de sus acciones restringido para evitar el abuso de su posición dominante.

Por ejemplo, en algunos sectores, la Comisión Europea aplica medidas que restringen las estrategias de las empresas que tienen una posición dominante.

3. Régimen de integraciones: generalmente hace parte de las prerrogativas de las autoridades de competencia para autorizar u objetar las integraciones, horizontales o verticales, pretendidas por diferentes empresas. Esta prerrogativa confiere la posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa y la concentración de los mercados en los cuales intervienen.

4. Competencia desleal: se refiere a comportamientos que se realizan en un mercado con fines concurrentes, es decir, que por las circunstancias en que ocurren, se revela o estima objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero. Las estrategias asociadas a la competencia desleal son generalmente denunciadas por las empresas supuestamente afectadas por estas conductas, independientemente de su participación en el mercado o del tamaño de la empresa. A diferencia de los tres otros pilares, que protegen la competencia como derecho colectivo, éste necesita la implementación de indemnizaciones a los agentes perjudicados por acciones de competencia desleal, lo que implica un mayor énfasis judicial en este pilar.

Las políticas de la OCDE han influido en países de América Latina como México. Los antecedentes históricos del Derecho de la Competencia en México se remontan al año 1857,¹⁷ año en el cual se incluyó por primera vez en la Constitución Política una regulación en materia de monopolios. Ya en el año 1934 se emite la legislación reglamentaria que inicia la aplicación del precepto constitucional. En este año, se publica la Ley Orgánica del artículo n° 28 de la Constitución Política en materia de monopolios. El conjunto de normas que regula la competencia en México están contenidas en la Constitución Política, La Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), la Ley de

exico.pdf. Consultado el día 19 de diciembre de 2016.

¹⁷ El Derecho de la Competencia en México. Centro de Libre Competencia. Disponible en: http://www.lcuc.cl/documentos_down/mapa/m

Comercio exterior y El Reglamento de la LFCE.

La normativa mexicana vigente está orientada al establecimiento de un orden económico que proteja la competencia en los mercados. Para tal efecto, el Estado es el encargado de llevar a cabo la planeación, conducción, coordinación y orientación de la actividad económica nacional. El primer fundamento del Derecho de la Competencia Mexicano se encuentra principalmente en los artículos n° 5, n° 25 y n° 28 de la Constitución Política. Señala el artículo 5 de la Constitución: “Artículo. 5.- A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que la acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.” Asimismo el artículo n° 25 de la Constitución señala la facultad del Estado de intervenir en la economía, en los siguientes términos. “Artículo 25.- Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que este sea integral, que fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución El Estado

planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará a cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.

Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación”. Finalmente, el artículo n° 28 de la Carta Política es el pilar fundamental para la construcción del régimen del Derecho de la Competencia. Este artículo establece como conductas prohibidas los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos, las exenciones de impuestos y las 2 prohibiciones a título de la protección de la industria. También protege a los consumidores y propicia su organización para el mejor cuidado de sus intereses. El segundo fundamento del Derecho de la Competencia en México lo encontramos en la Ley Federal de Competencia Económica de 1992 (LFCE) que tiene como finalidad proteger la competencia y libre concurrencia. Para cumplirlo, la LFCE contiene una parte sustantiva y una adjetiva, en las cuales se respetan las garantías de seguridad jurídica previstas en la Constitución Política de México. Por otra parte, la LFCE contiene instrumentos para hacer efectiva la garantía de libre concurrencia y asegurar el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento y la debida motivación de las resoluciones emitidas conforme a la misma. La LFCE se aplica a todos los agentes económicos, sean personas físicas o jurídicas

independientemente de las actividades económicas que realicen. Las únicas excepciones son las indicadas en el texto constitucional. Entre estas excepciones encontramos las funciones que el Estado ejerce de manera exclusiva en las áreas estratégicas definidas por el artículo n° 28 de la Constitución Política, entre otras. Con respecto al ámbito de aplicación territorial la LFCE establece que la normativa es de observancia general en toda la República.

Las Políticas de la OCDE han incidido en Colombia, es importante reseñar que en 1991¹⁸ se expidió una nueva Constitución Política, que consagró por primera vez el Derecho de la Competencia y estableció el sistema de libre mercado, donde el Estado es el encargado de regular los mercados. Mismo año en que la Constitución colombiana estableció un marco jurídico apropiado para la implementación del Derecho de la Competencia, consagrando derechos y garantías claves para su desarrollo legislativo. Algunos de dichos derechos y garantías, son:

¹⁸ El Derecho de la Competencia en Colombia. Centro de Libre Competencia. UC. Disponible en: www.lcuc.cl/documentos_down/mapa/colombia.pdf.

¹⁹ Art. 333 - *La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una*

a. Derecho de la Competencia.

La legislación colombiana le dio rango constitucional al derecho de la competencia, ya que se encuentra consagrado en el artículo n° 333 de la Constitución Política Colombiana.¹⁹ Esta consagración busca que los consumidores puedan acceder libremente a los productos y servicios del mercado contando con mayor variedad, calidad y de precios adecuados.

La política de liberalización económica introdujo también importantes reformas en materia de los servicios públicos, para regular procesos como la creación de organismos reguladores sectoriales (telecomunicaciones, agua y saneamiento, electricidad y gas, servicios públicos) con un mandato general para reforzar la competencia y evitar las prácticas monopolísticas, además de las facultades regulatorias habituales. Así, estas reformas crean un modelo institucional descentralizado para la aplicación de políticas de competencia, en el que varias autoridades económicas pueden aplicar sanciones por prácticas restrictivas o abuso de poder de mercado

función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. 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. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2015.

y tener control sobre fusiones y adquisiciones.

Pero legislar sobre Competencia no es nuevo, ya se había hecho una ley de Competencia en Colombia, y es una de las más antiguas de Latinoamérica. Esta ley fue aprobada por el Congreso en 1959,²⁰ con base a la Constitución de 1886. Se trataba de una ley muy exhaustiva que incluía el modelo legal básico que se aplica a los casos de conducta (acuerdos y abuso de posición dominante) y un sistema de revisión previa de fusiones y adquisiciones. Sin embargo, los reglamentos de implementación emitidos posteriormente no bastaron para aplicar la ley de manera eficaz y rara vez se aplicaron con el propósito de conservar la competencia, sino como la base legal para la aplicación de controles de precios. Esta situación ha cambiado enormemente desde principios de la década de 1990, debido a la introducción de una política de liberalización económica y la adopción de una nueva Constitución en el año 1991, que establecía la libre competencia como un derecho constitucional y la promulgación del Decreto 2153 de 1992²¹, que amplió los tipos de conducta sujetos a la ley de competencia y perfeccionaron las normas legales que se aplican a esa conducta.

En 2004,²² las deficiencias de este modelo se hicieron visibles y motivaron una segunda reforma, centrada en la renovación del sistema de protección de

competencia para mejorar así la inversión y el clima empresarial del país. El resultado fue la promulgación de importantes correcciones de la ley de competencia, aprobadas por el congreso en junio de 2009 y sancionadas el 24 de julio por el presidente, Ley 1340 de 2009²³. Dos de sus principales efectos son el establecimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio como única autoridad para la aplicación de las normas de competencia en todos los sectores económicos del país y un aumento sustancial de las multas aplicables. La corrección de la ley reforma algunas otras deficiencias, sin embargo, varias permanecieron, tales como que no hay un señalamiento de políticas generales de administración y control de eficiencia de los Servicios Públicos Domiciliarios, por ello hoy vemos como Electricaribe, por ejemplo, presta un mal servicio público de energía eléctrica en la Costa Caribe y como la ETB presta un buen servicio en el área andina.

1.2. POLÍTICA DE COMPETENCIA EN COLOMBIA.

La política de competencia y la expedición de la normatividad sobre la misma en Colombia han sido desarrolladas por los gobiernos de turno luego de expedida la Constitución Política de 1991 – y aún desde mucho antes de la Norma de Norma vigente actualmente en Colombia-, atendiendo a las coyunturas políticas y económicas de cada momento.

²⁰ Derecho y Política de la Competencia en Colombia. Examen inter-pares. OCDE – BID. 2009.

²¹ Ve Decreto 2153 de 1992.

²² *Ibidem*.

²³ Ley 1340 de 2009

Cronológicamente, esos momentos pueden enmarcarse en tres:

1. La expedición de la primera norma de competencia durante el gobierno de Alberto Lleras Camargo (1958- 1962)
2. El proceso de liberalización de mercados y apertura económica de comienzos de los años noventa, implementado por el gobierno de César Gaviria (1990-1994) y
3. La vinculación de Colombia a un estándar de competitividad del país impulsado durante el gobierno de Álvaro Uribe (2006-2010), todavía en proceso de implementación y fortalecimiento por parte de la actual Administración.

A partir de la expedición de la Ley 155 de 1959, el régimen de competencia colombiana se ha modificado en dos ocasiones: la primera, a partir de la adopción de la Constitución Política de 1991 y la creación de la Superintendencia de Industria y Comercio en 1992 y, más recientemente, con la expedición de la Ley 1340 de 2009, aportando en ambos casos nuevos instrumentos para un mayor fortalecimiento del país en materia de Competencia. No obstante, tras el análisis normativo y del desempeño de la autoridad de competencia en la economía colombiana, se puede observar que el proceso de crear una política unificada y de establecer la institucionalidad necesaria para alcanzar los objetivos pertinentes, no ha terminado e incluso

parecería tener aún obstáculos complejos por superar.

Motta (2004)²⁴, economista europeo especializado en política de competencia, define ésta como *“el conjunto de políticas y de leyes que asegura que la competencia, en un mercado previamente definido, no sea reducida de tal forma que disminuya el bienestar social”*. Como disciplina, la política de competencia viene de la intersección de teorías económicas relativas al funcionamiento de los mercados, la organización industrial y el derecho de la competencia. En muchos casos se puede ver cómo aquellos juristas que estudian y fallan sobre temas de competencia han demostrado significativa intuición económica dado que, con frecuencia, los criterios adoptados por ellos teóricamente han sido confirmados posteriormente por los resultados de micro-economistas que estudian el funcionamiento de los mercados. Se resalta que las Políticas Públicas colombianas sobre Competencia tienen como referente el enfoque de EE.UU y el enfoque europeo.

La política de competencia colombiana se ha definido como un componente de una política industrial más amplia del Estado colombiano. En efecto, la concepción de Estado de derecho tiene estipulado que los mercados son el mecanismo económico central para asignar los recursos en nuestra economía. Esta referencia puede verse no sólo en los

²⁴ Motta Massimo. Competition Policy. Theory and Practice. Cambridge.

Planes de Desarrollo de los últimos gobiernos nacionales, en el aparte de Política de Competencia en Colombia, sino que ha sido parte de los debates e indicadores surgidos al interior de las Administraciones dentro de lo que se ha denominado Comité Nacional de Productividad e Innovación Tecnológica, encargado de hacerle seguimiento a las metas económicas propuestas en cada período promoviendo, en general, la economía del país; por ello, las normas de competencia han sido reiterativas en que los objetivos con la política de competencia en Colombia son la eficiencia económica, la libre participación de las empresas en los mercados y el bienestar de los consumidores.

A nivel de objetivos principales, la política de competencia de un país 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. La Política de Competencia que Colombia ha implementado, se ha elaborado bajo los pilares de la institucionalidad, creando una autoridad que regula lo correspondiente a las prácticas comerciales y la libre competencia o el libre mercado, este ente es la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC, como autoridad única de competencia que genera decisiones en actos y fallos administrativos. Lo anterior, no obstante, no impide que los particulares puedan ejercer las acciones

judiciales de reparación ante la jurisdicción ordinaria.

La Superintendencia de Industria y Comercio creó un régimen sancionatorio para las prácticas anticompetitivas; esta Superintendencia, como autoridad única de competencia en nuestro país, se concentra en un sector con un enfoque de equilibrio parcial, es decir, ignorando las consecuencias potenciales de la implementación de los principios de la política de la competencia en otros aspectos de la economía, por ejemplo, la distribución de los ingresos. A estos dos objetivos económicos distintos, a saber, el excedente económico de los consumidores o el bienestar social utilitarista, se puede sumar un principio de libertad de contratación económica que, en numerosos casos, ya está estipulado en la Constitución de los países.

En Colombia, además del Régimen General de la Libre competencia contenido en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2.153 de 1992 y normas concordantes, el legislador ha establecido otros regímenes aplicables al sector financiero y asegurador (D. 663 de 1993), al sector portuario (Ley 1 de 1991), al mercado de los servicios de salud (Ley 100 de 1993 y D. 1.663 de 1994), y muy especialmente a los servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994 y Ley 143 de 1994).

Se discute en este análisis sobre la Política Pública de Libre Competencia en Colombia, que en este país ha sido reconocida en el artículo 88 de la

Constitución Nacional, como un derecho colectivo que puede ejercerse de manera libre, pero bajo las responsabilidades y límites que establezca la ley, tal como lo consagra el artículo 333 de la misma Carta Constitucional; lo anterior con el fin de mejorar la eficiencia del aparato productivo, el libre acceso a mercados de bienes y servicios, que las empresas puedan participar libremente en los mercados, y que exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios para el pueblo colombiano. Para ello la Ley 1340 de 2009 creó la Superintendencia de Industria y Comercio como ente regulador de la libre competencia, ente que la define como *“el conjunto de esfuerzos que desarrollan los agentes económicos que, actuando independientemente, rivalizan buscando la participación efectiva de sus bienes y servicios en un mercado determinado”*²⁵

En épocas de crisis económica, como es la actual, se tiende a pensar que se debe "suavizar" la aplicación del Derecho de la Libre Competencia, con el fin de promover o facilitar la actividad de las empresas; dicho con otras palabras: se llega a admitir que la Defensa de la Competencia debe "abandonar la primera línea, para pasar a un segundo -o tercerplano". Se ignora, sin embargo, que no se

deben primar entre los empresarios determinados comportamientos, tal vez para ellos beneficiosos a corto plazo (sin duda nocivos después), pero claramente perjudiciales para los consumidores, que observan cómo se deteriora el mercado ante acuerdos restrictivos de la competencia, ante posibles abusos de posición de dominio, etc. Esta realidad, en la que el papel a desempeñar por las autoridades de competencia adquiere una importante relevancia, es analizada desde distintas perspectivas por varios de los más reputados y prestigiosos expertos en la materia.²⁶

CONCLUSIÓN.

Podemos concluir que a raíz de la expedición de la Constitución Política de 1991²⁷ se ha difundido en nuestro ordenamiento jurídico el concepto de la libre competencia, el cual ha recibido por primera vez en la historia constitucional colombiana, una consagración expresa en el artículo 333 de la Constitución Política del país; sin decir que en la Constitución de 1886 aunque no tenía un artículo en su normatividad, sí había reglamentado la libre competencia en varias leyes.

Hoy día, en parte como consecuencia de la mencionada consagración

²⁵ www.sig.gov.co. Consultada el día 19 de diciembre de 2016.

²⁶ Gómez Segade José Antonio, Arroyo Aparicio Alicia y Costas Comesaña Julio. El derecho de libre competencia como instrumento de progreso económico a favor de las empresas y de los consumidores. Tirant lo Blanch Editorial. 2012.

²⁷ Londoño Alfonso Miranda. "El régimen general de la libre competencia.

Características Principales" Módulo II: "Prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal". Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial Formas de Control, Colaboración, Competencia Empresarial y Propiedad Industrial. Santafé de Bogotá, D.C., octubre de 1997.

constitucional, se ha producido en Colombia una acentuada proliferación normativa e institucional que consideramos que resulta perjudicial para el desarrollo de esta disciplina, toda vez que tiende a hacer aún más engorrosa la ya difícil tarea de aplicar de manera coherente los principios implícitos en el derecho de la Competencia. *Lo que la ley pretende garantizar es la libre y leal competencia económica y esta se aplica a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales repercutan en el mercado nacional. En términos generales se considera que constituye competencia desleal – es decir es todo lo contrario a la libre competencia - “todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de buena fe comercial, a los usos deshonestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado”,*²⁸ así lo ha dicho la Corte Constitucional colombiana en Sentencia C-535 de 1997.

BIBLIOGRAFÍA.

Bardey David, Becerra Alejandro y Cabrera Pilar. Análisis económico de la normativa de libre competencia en Colombia. Informe final. Fondo Germán Botero de los Ríos, convocatoria 2011. Bogotá D.C 2012.

²⁸ Sentencia C-535 de 1997. www.Corteconstitucional.gov.co. consultada el día 19 de diciembre de 2016.

Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2015.

Cortés Zambrano Sonia Patricia. El Estado, la Constitución y la Economía de Mercado. Revista Virtual Vía Inveniendi et Iudicandi.

Decreto 2153 de 1992.

Derecho y Política de la Competencia en Colombia. Examen inter-pares. OCDE – BID. 2009.

El Derecho de la Competencia en Colombia. Centro de Libre Competencia. UC.

Disponible en: www.lcuc.cl/documentos_down/mapa/colombia.pdf.

Gómez Segade José Antonio, Arroyo Aparicio Alicia y Costas Comesaña Julio. El derecho de libre competencia como instrumento de progreso económico a favor de las empresas y de los consumidores. Tirant lo Blanch Editorial. 2012.

Ley 1340 de 2009.

Ley 155 de 1959

Miranda Londoño Alfonso. “El régimen general de la libre competencia. Características Principales” Módulo II: “Prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal”. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial

Formas de Control, Colaboración, Competencia Empresarial y Propiedad Industrial.

Santafé de Bogotá, D.C., octubre de 1997.

Motta Massimo. Competition Policy. Theory and Practice. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona. 2004.

Sentencia C-228 de 2010.

Disponible en:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-228-10.htm>. Consultada el día 28 de noviembre de 2016.

Silva - Colmenares Julio. La economía en la constitución del 91: La contradicción entre Estado y mercado. Notas © para la discusión preparadas.