

Freddy Hernández Collazos**
Edimer Latorre Iglesias***

Una reflexión sobre las raíces teórico-jurídicas del derecho de la competencia en Colombia*

A reflection on the theoretical-juridical roots
of competition law in Colombia

Recibido: 9 de septiembre de 2013 / Aceptado: 21 de octubre de 2013

Palabras clave:

Abuso de la posición dominante,
Análisis de Derecho Económico,
Derecho de la competencia
en Colombia y Regulación de la
posición de dominio.

Resumen

En el marco de la reflexividad, este artículo propone un análisis de las bases teóricas que le dan un sustento deontológico al derecho de la competencia en el ordenamiento jurídico colombiano; reconociendo el impacto de la globalización como un fenómeno cultural, inmerso en la economía de los diferentes países, el cual ha facilitado el intercambio continuo de productos, la competencia en los mercados, pero bajo ciertos requerimientos y restricciones que promuevan la calidad sin afectar la equidad en las relaciones de producción y permitan la intervención de organismos nacionales e internacionales, veedores de la eficacia, transparencia de las negociaciones y garantes de la protección de los derechos de los consumidores y sociedad en general. Para lograr tal objetivo, se plantearon metodologías hermenéuticas, basándose en el análisis del Derecho Económico y por último, se señalaron los desafíos del derecho de la competencia para América Latina.

Key words:

Abuse of dominance,
Analysis of Economic Law,
Competition law, Competition law in
Colombia and
Regulation of dominance.

Abstract

This article searching to analyze the theories about deontical argument to the competitive law, in the Colombia legal system, but it's must to think over the impact globalization cultural phenomenon, inside of the economic countries. Also, it's situation has allowed the exchange products', the competitive in the Market, but according to laws and others requirements and certify the quality, without damage the production relations and it's easy the participation international and national institution, the care and protection the users and society right. Additionally, in this investigation for to obtain this objective to methodology interpretation it based in the Economy Law and the competition law's for Latin America.

Referencia de este artículo (APA): Hernández, F. & Latorre, E. (2014). Una reflexión sobre las raíces teórico-jurídicas del derecho de la competencia en Colombia. En *Justicia*, 26, 13-25.

* Este artículo es una síntesis del capítulo uno de la investigación finalizada sobre Derecho de la competencia en Colombia y los procesos de fusiones en las Cajas de Compensación Familiar. Grupo de Investigación Joaquín Aarón Manjarrez adscrito a la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda Seccional Santa Marta.

** Abogado de Universidad Libre de Cali, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre, Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado y Magíster en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente es profesor de Derecho Privado de la Universidad Libre, así como asesor y consultor empresarial. Perteneció al Grupo de Investigación Joaquín Aarón Manjarrez adscrito a la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda Seccional Santa Marta. freddyhernandezc@hotmail.com

*** Sociólogo de la Universidad de Antioquia, candidato a Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente es director del Grupo de Investigación Joaquín Aarón Manjarrez, de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda Seccional Santa Marta. edimer.latorre@usa.edu.co

INTRODUCCIÓN

Frente a una economía global y a un mundo que desarrolla de manera imparable los mercados globales, el imperativo de la competencia se hace vital para su realización; mantener un entorno efectivo para la competencia, el cual es cada vez más complejo, frente a las condiciones de imperfección que han evidenciado los efectos de la internacionalización de la economía. De ahí que, la libertad económica tienda a mantenerse dentro de los límites de la competencia, al menos así lo entienden los órdenes legales del mundo postindustrial (Kluger, 2006; Cooter & Ulen, 2009).

Ese es precisamente el rol del Derecho, al propender por regular la competencia, mejorar las posibilidades de beneficios que recibe el cliente en un mercado donde esta obliga a la excelencia, a una mejor prestación del servicio y al desarrollo de los mercados. También, a lo que Schumpeter (1996) denominaba la destrucción creativa, es decir a la búsqueda de innovación y por ende, a la mejora continua de productos y servicios.

Lo que quiere evitar el derecho de la competencia es la formación de monopolios que impidan la entrada al mercado de competidores y que por ende, bloqueen variedad en la oferta de servicios y productos. Pero de una forma organizada y unitaria, paulatinamente el derecho de la competencia en Colombia, así como su jurisprudencia, no se orienta en contra de la conformación de monopolios, sino hacia la regulación del abuso de la posición dominante. Este es en últimas la esencia del derecho de la competencia en nuestro país.

En este orden de ideas, es pertinente comentar que la Corte Constitucional en la Sentencia C-535 de 1997, particularmente en los diversos apartes que aclaran los términos de la demanda en el proceso de constitucionalidad contra el artículo 19 de la Ley 256 de 1996, versaba sobre el tema específico de las cláusulas de exclusividad en los contratos. La Corte Constitucional expresa de una forma clara y muy detallada lo que entiende como la esencia del derecho de la competencia en la Constitución Política de 1991. En la intervención del Ministerio de Justicia, especialmente en los ítems 4 y 5 se precisa el tema de la función social de la empresa, señalando las responsabilidades que implica la acción empresarial en un contexto social (C. Const., Sentencia C-535/1997):

El demandante apoya su acusación en una muy particular interpretación del concepto de función social de la empresa, que se centra en la idea de mera eficiencia productiva. Sin embargo, dicho concepto dista mucho de lo que en la Asamblea Constituyente y en la Corte Constitucional se ha sostenido al respecto. 4. No tiene relación alguna con la función social de la empresa, la actividad productiva ligada a la explotación de monopolios, la generación o aprovechamiento de barreras artificiales que impiden la entrada de nuevos competidores, la continuada desatención de la productividad o el enriquecimiento a costa del empobrecimiento general. 5. La Ley 256 de 1996 está dirigida a restringir actividades atentatorias de la libre competencia, ya sea que se traten de actos de competencia desleal

o de prácticas restrictivas del mercado, de manera que mal puede alegarse la existencia de la violación al principio de unidad de materia (p. 11).

De igual forma en la mencionada sentencia se entiende que los mercados son imperfectos, que es necesario preservar y fortalecer el entorno idóneo para su efectiva realización y esto solo se logra con las condiciones que propicien una competencia en términos de igualdad para todos los que ingresan a un mercado particular de bienes y servicios, así lo tipifica la intervención de la Superintendencia de Industria y Comercio (C. Const., Sentencia C-535/1997):

El Constituyente reconoció el derecho a la libre empresa y la correlativa obligación a cargo del Estado de establecer controles, proceder a su vigilancia y a prevenir actos que afecten su ejercicio. Ello, sin embargo, no implica que se haya acogido una única doctrina económica, como ya lo ha señalado la Corte Constitucional, sino que el ejercicio de tales derechos debe atender a la prevalencia del interés colectivo. El Congreso fue consciente de la existencia de restricciones tanto legítimas como ilegítimas. Entre las primeras se encuentran las derivadas de normas positivas. Las ilegítimas, en cambio, son aquellas que degeneran en restricciones a la libre competencia como los monopolios, pactos y actos desleales, etc. Ahora bien, resulta claro e inequívoco concluir que es un deber estatal de obligatorio cumplimiento, restringir, eliminar y sancionar las conductas desleales e ilegales en garantía de la misma libertad de

competencia como derecho constitucional incuestionable y propender por el fortalecimiento de la economía de mercado (p. 13).

A pesar de que la Constitución de 1991 se adhirió a los preceptos del libre mercado, ello no implica una ausencia del Estado en su control e intervención. Los defensores radicales de la ausencia del Estado y de una economía que obre por la mano invisible del mercado, se ven ideológicamente extrañados ante la idea de un mercado controlado y vigilado. En este orden de ideas, es de subrayar el concepto de libre competencia proferido por la Corte en la sentencia en comento. En esta, se conceptúa la libertad de competencia, como un derecho individual que implica un conjunto de obligaciones así como de facultades y que debe ser recelosamente controlado por los poderes públicos, los cuales deben orientarse hacia la existencia y prevalencia de mercados libres (C. Const., Sentencia C-535/1997):

La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consu-

midores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados (p. 20).

Algo que especialmente es importante para la finalidad de este trabajo es el despliegue conceptual de los legisladores en su comprensión de las fuerzas implícitas dentro del concepto de mercado, de ahí que uno de los apartes que depura la idea y la visión de los juristas sobre la importancia del derecho de la competencia sea la especificación histórica de la dinámica del mercado, de sus fluctuaciones y particularmente de las diversas metamorfosis que este asume desde la era industrial así como de la necesidad de una intervención efectiva del Estado para efectuar controles e impedir las fallas dentro del funcionamiento del mercado (C. Const., Sentencia C-535/1997, pp. 21-22).

Las conclusiones de la Sentencia C-535, afianzan la idea general de derecho de la competencia desde una perspectiva jurídica en Colombia, anotando, que esta particularidad de la jurisprudencia se mantiene y es la que da vida al cuerpo doctrinario de la legislación nacional sobre la regulación de este derecho, sobre todo cuando la Corte Constitucional al respecto declara que:

(...) La economía de mercado es un elemento constitutivo de la Constitución económica de cuyo funcionamiento adecuado depende la eficiencia del sistema productivo y el bienestar de los consumidores; (3) la competitividad y la soberanía de los consumidores, son elementos que sin una activa y transformadora acción estatal de tipo corrector, fácilmente decaen y pierden toda incidencia, pudiendo

fácilmente ser sustituidos por la unilateralidad de las fuerzas predominantes en el mercado y por el alienante y desenfrenado consumismo de masas; (4) la importancia de mercados libres, competitivos y transparentes, justifica la permanente acción estatal dirigida a que estas características se mantengan o se impongan, en la medida en que ello sea posible, con el fin de preservar la libertad de opción de los individuos y la existencia de un proceso económico abierto y eficiente (p. 22).

En este sentido, desde la Ley 155 de 1959, hasta la actual Ley 1340 de 2009, el Estado colombiano a través de instituciones de vigilancia y control como la Superintendencia de Industria y Comercio, regula la actividad y el desarrollo de los monopolios, desde la creación de carteles de precios, la regionalización de los mercados, la posición dominante y los derechos de los consumidores como el *habeas data*, se vienen presentando sanciones que regulan la libre competencia. Teniendo en cuenta el gran desarrollo del derecho a la competencia en Colombia, este artículo de reflexión persigue ahondar en las raíces teóricas que le dan vida. Así mismo, pretende hacer una síntesis de los principales nutrientes teóricos del derecho a la competencia y la forma como se ha configurado en la legislación colombiana.

Este planteamiento problemático, implica que el proceso de investigación se haga desde la mirada descriptiva. Es decir, se propende por identificar las características del universo de investigación, precisar formas de conductas y acti-

tudes del universo investigado, señalando comportamientos concretos. Dicho de otra forma, la investigación se desarrolló bajo la pretensión de indagar algunas características fundamentales de conjuntos homogéneos de fenómenos, usando criterios sistemáticos para destacar los elementos esenciales de su naturaleza jurídica y económica.

El proceso científico de aproximación a la temática, se estructuró desde la Hermenéutica Jurídica. Como su nombre lo indica, la visión científica de la Hermenéutica tiene una gran tradición en la investigación jurídica y socio-jurídica. La Hermenéutica se correlaciona con la Holística, que es una visión del todo y de cada una de sus partes y la Heurística que es la creatividad para solucionar un problema en un momento específico de acuerdo al entorno donde se manifiesta.

La Honorable Corte Constitucional colombiana no se queda atrás frente al debate de la Hermenéutica y su correlación con el mundo jurídico y socio-jurídico, ya que mediante Sentencia C-820 de 2006, dio al concepto Hermenéutica, el siguiente significado:

(...) En su sentido más obvio y elemental, interpretar es explicar, declarar, orientar algo, comprender las circunstancias, aprehender, entender los momentos de la vida social y atribuir un significado a un significado lingüístico. En fin, como lo advierte Gadamer y Husserl, la interpretación está directamente ligada con la comprensión y el lenguaje, de tal forma que, al referirnos a la Hermenéutica Jurídica, la entendemos como la actividad

dirigida a encontrar la solución al conflicto o al problema jurídico que se somete a estudio del intérprete.

Un apoyo clave en este proceso de interpretación de textos jurídicos fueron las categorías brindadas por el análisis del Derecho Económico. Este tipo de herramienta metodológica, implica analizar datos y correlacionarlos desde múltiples aristas. Recordemos las bases y características propias del Análisis Económico del Derecho (en adelante AED). Siguiendo las precisiones históricas y gnoseológicas que señala Anglas Castañeda (2008, pp. 9-11), podemos afirmar que el AED se caracteriza por:

- La mirada desde una praxis holística (encuentro entre teoría y práctica), que implica aplicar métodos, herramientas y conceptos propios de la Ciencia Económica a los ordenamientos legales (bajo la mirada del costo-beneficio social). En este sentido, se busca maximizar la eficiencia de los recursos en un mundo de bienes y servicios escasos, posibilitando construir un argumento económico, para reforzar, corregir o completar el argumento legal.
- El AED gira en torno a un trípode analítico, el análisis de los efectos de las leyes, la búsqueda del comportamiento maximizador, el equilibrio de mercado y la estabilidad de las preferencias de los individuos.
- De igual forma, el Derecho y el equilibrio en el mercado se refieren a la finalidad de alcanzar la eficacia social mediante la búsqueda de la máxima eficacia a través del intercambio homogéneo, libre y confiable de todos los

agentes en relación al uso de bienes y factores productivos.

Podemos inferir con claridad, que el análisis del Derecho emplea herramientas propias de la Ciencia Económica como la teoría del consumidor, las teorías de la racionalidad individual, las teorías del análisis organizacional, las teorías de la conducta económica y demás. Las bases del AED se centran en precisar los costos y beneficios para responder a cómo se puede alcanzar la eficiencia. En últimas se persigue saber las razones por las cuales asumimos ciertas conductas, para precisar si las reglas legales podrían generar el alcance de la eficiencia. Nuevamente Anglas Castañeda (2008), señala:

El Análisis Económico de Derecho no busca reemplazar el razonamiento jurídico sino complementarlo. Solo quiere que se amplíe la perspectiva para que al decidir una controversia jurídica se tome en cuenta no solo los costos privados que la decisión puede tener, sino al mismo tiempo los efectos económicos y sociales (p. 20).

Para cumplir con las pretensiones del artículo, en un primer aparte, se analizará el derecho a la competencia en su génesis y en su proyección en el pensamiento clásico que se nutre de la modernidad y del auge de la industrialización en el siglo XVIII. En un segundo aparte se aborda la materialización del DCom en América Latina y los debates que suscita este proceso.

1. El DCom en su génesis: Exploración teórica de las raíces jurídicas

El derecho a la competencia (DCom), nace en la tradición del Derecho anglosajón y se pro-

yecta a los diversos ordenamientos de los sistemas romano-germánicos, esto dado lo que señala Noboa Pagan (2006):

Si bien, la teoría general del DCom, en un primer impulso, es originaria del sistema de Derecho anglosajón, esta migra con bastante facilidad a los ordenamientos del sistema romano-germánico. Esa fluidez se debe a que el DCom constituye, en las sociedades organizadas, la dimensión conflictual, del núcleo esencial del Derecho a la Libre Empresa, Comercio e Industria (en adelante DLECI), prerrogativa fundamental, común a ambas familias jurídicas, a partir del constitucionalismo moderno (p. 37).

Es por ello, que al rastrear la génesis del DCom, es necesario ubicarnos en el naciente mundo moderno, producto de las grandes revoluciones políticas del siglo XVIII y de la mentalidad burguesa, el DCom surge paulatina y sistemáticamente en la medida en que se sepulta el orden feudal, y sus instituciones afincadas en el antiguo régimen. Pero, a su vez nace en una perspectiva económica y de creación de los grandes mercados con sus dinámicas conflictivas, como un freno al poder de los grupos tradicionalmente hegemónicos, que querían preservar sus prerrogativas de dominación sobre otro tipo de grupos, amparados en las ventajas que ofrecía el nacimiento del nuevo orden económico.

Por ende, es pertinente detenernos en uno de los exponentes de esta idea moderna del DCom: Jean Jacques Rousseau. Este pensador ilustrado, contractualista y portador de la concepción del Derecho, como un producto de un acuerdo entre

iguales, destaca en su obra seis ideas que podemos rastrear como configuradoras del DCom, enmarcados estos presupuestos en los cánones del proyecto modernista: una ciudadanía activa que vigila el ordenamiento de la sociedad (Noboa Pagan, 2006). Asimismo, de la obra de Rousseau, *El Contrato Social* se pueden destacar estas seis ideas básicas que sirven de pilares a la esencia de la teoría del DCom, en la visión jurídico-hermenéutica que plantea Noboa Pagan (2006).

El primero de estos seis presupuestos radica en el principio de libertad individual, tal y como la entiende la visión roussoniana, la libertad no es más que el principio de autoconservación, donde el ser humano no tiene más que procurar acciones que tiendan a consentir su autosostentamiento, entre ellas el emprender actividades que puedan permitirle satisfacer sus necesidades transformando su entorno, esto implica hacer empresa, comerciar, construir industrias sin limitaciones, actividades que se entienden como manifestaciones de las diversas formas de auto-preservarse.

El segundo presupuesto plantea el concepto de igualdad. Para Rousseau, el problema con el primer presupuesto es que todos los seres humanos van a tratar de desarrollar plenamente su derecho a la autopreservación, y al hacerlo de forma colectiva, al mismo tiempo, existirán conflictos, de ahí la necesidad de establecer convenciones que regulen la mejor manera de que todos puedan cumplir con el precepto de libre autoconservación.

Enmarcado en este orden de ideas, la pro-

puesta del pacto, del contrato social, implica una convención, un acuerdo donde las voluntades renuncian a una porción de sus derechos y libertades, para poder cumplir todos con el principio de autopreservación. Trasladando estas ideas a la construcción de un DCom, implica legalizar la forma como se permitirá una liberalización de la economía de mercado y del emprendimiento y del derecho a hacer empresa. De ahí que, se plantee la teoría contractualista, clave del pensamiento moderno y de las teorías actuales sobre el constitucionalismo contemporáneo.

Por esto, el tercer presupuesto es la regulación necesaria de la libertad individual. Es el acuerdo general, lo que Rousseau denomina la voluntad general, la que debe prevalecer por encima de la voluntad individual. En el DCom, esto conlleva a que en aras del interés del colectivo, se podrá intervenir la actividad económica individual. Por tanto, si eliminamos del pacto social lo que no es esencial, nos encontramos con que se reduce a los términos siguientes: Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, recibiendo a cada miembro como parte indivisible del todo.

Pero este proceso de intervención de la actividad económica debe estar claro y ser absolutamente equilibrado. Es decir, ¿cuándo podemos afirmar que se ha afectado el interés particular o el interés colectivo? ¿Cómo logramos encontrar un equilibrio que no permita afectar de manera no justificada a las partes? Es el cuarto presupuesto de Rousseau, el que más problemas genera, dado que, implica el principio progra-

mático, que en su opinión solo necesita sentido común para ser percibido.

Pero este sentido común, también implica entender que las convenciones están sujetas a los cambios sociales, que el Derecho no puede considerarse como una herramienta estática, que las sociedades cambian y que por ende, este debe dar respuesta a estos cambios. El Derecho para Rousseau rige relaciones intersubjetivas, pero estas se dan en el marco de una historia particular, que tiende a cambiar con el proceso evolutivo normal de las sociedades.

Podemos interpretar el concepto de pequeñas sociedades, como grupos de presión, grupos de interés, o simplemente oligopolios o monopolios, también se pueden entender por estos, los grupos de la sociedad que quieren monopolizar diversas actividades de carácter empresarial. Al respecto, la autora Noboa Pagan (2006), señala la necesidad imperiosa de estar atentos en los cambios que el mercado presenta dado que: “el comportamiento de las reglas de mercados conlleva cambios de comportamiento de sus agentes, que pueden derivar en conductas ilegales” (p. 50).

Estas conductas ilegales son propias de una tendencia que emana de la naturaleza egoísta y autónoma que propende por realizar a toda costa el principio de autoconservación que constituye el quinto principio. Esta tendencia propia del hombre primitivo, hace que se tienda a satisfacer de una forma efectiva, rápida, pero que vulnera el bienestar colectivo, es decir, se materializa este principio de una forma egoísta y primitiva. Esto implica una rapidez y un pensa-

miento de tipo “animal”, donde solo importa el aquí y el ahora. En este sentido aparece el principio número seis: sostenibilidad en el tiempo. Para Rousseau la racionalización del impulso egoísta implica un abandono del corto tiempo y un pensamiento en el largo plazo, centrado única y exclusivamente en el bienestar colectivo para que se pueda materializar en el tiempo, una racionalización equilibrada de la satisfacción del egoísmo natural. Este pensador lo plantea desde la aceptación de la voluntad general como aquella que no es siempre constante, inalterable y pura y está subordinada a otras que prevalecen sobre ella. Cada uno, al separar su interés del interés común, observa que no puede hacerlo por completo; pero la parte del público que le corresponde no le parece nada comparada con el bien exclusivo del que pretende apropiarse. Exceptuando este bien particular, desea el bien general, por su propio interés, más fuertemente que ningún otro.

Este principio de sostenibilidad también puede entenderse como un principio autorregulador o de proporcionalidad del mercado que es clave para entender los avances o retrocesos del DCom. Aquellos que giran en torno a las regulaciones y autorregulaciones pueden ser comprendidas como legislaciones progresistas y acordes con el principio de desarrollo del libre mercado. Un mercado que es capaz de autorregularse, bajo las premisas de un régimen sancionador, pensando en que pueda ser sostenible en el futuro y generador de bienestar general. Este sigue siendo uno de los temas pendientes en los ordenamientos postindustriales de las economías globalizadas.

En una nueva Nación que emana de la concepción ilustrada del mundo moderno, propia de los enciclopedistas, es donde podemos ubicar la primera elaboración del DCom: Estados Unidos de Norteamérica. A pesar de que las ideas de la Ilustración y especialmente las ideas de Rousseau inspiraron la Revolución Francesa, se materializaron en el ordenamiento jurídico norteamericano, particularmente por el papel de los pensadores conocidos como los padres fundadores. Estas ideas se recogen en su Constitución Política.

Por la finalidad de este trabajo es pertinente detenerse en el pensamiento de Thomas Jefferson, en las leyes *antitrust*, que de él emanan, y en un estadio posterior del Derecho norteamericano: la Escuela de Chicago. En el pensamiento ilustrado de Jefferson y en su célebre texto introductorio de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica hallamos el núcleo de un nuevo criterio jurídico, revolucionario en su esencia y carácter deóntico: “Todos los hombres han sido creados iguales”. Del cual se desprende la creación jurídica del principio teleológico de igualdad de no discriminación. Noboa Pagan (2006, pp. 44-45) precisa la concepción de Jefferson sobre el rechazo a los monopolios, subrayando un extracto de una carta de este al juez Madison:

Me gusta la Declaración de Derechos hasta el momento [refiriéndose a Declaración de Independencia de Estados Unidos], pero debí ir más lejos. Por ejemplo, las siguientes alteraciones y adiciones me hubieran complacido: [...]. Artículo 9. Los monopolios han sido autorizados a personas para su propia

producción literaria y sus propios inventos en las artes, por un término no superior a ___ años, pero no por más tiempo ni para ningún otro propósito.

Parafraseando a Pagan (2006), vemos en la mirada jurídica de Jefferson la preocupación por los monopolios y su acción, validándolos, únicamente en la medida en que estos favorecieran una dinamización de las artes y las letras; dicho de otra manera, el desarrollo de la innovación, de la creatividad que culmina con la materialización de los derechos de propiedad intelectual e industrial. A pesar de esto, se entiende que no se aceptan los monopolios dentro de las diversas acepciones de la vida cotidiana norteamericana.

Cien años después, veremos la concreción de esta ley con la famosa *antitrust question* y la definición de la regla de la razón. La Suprema Corte de los Estados Unidos, planteó una serie de criterios que precisan la concepción de los monopolios y de su incidencia en la vida económica. La autora Noboa Pagan (2006) resume estos criterios de la siguiente forma:

De la célebre decisión, la regulación de mercado ha extraído varios principios rectores contenidos en leyes generales y especiales de competencia diseñados a partir de sus criterios: 1. Manifestación del principio de razonabilidad en el manejo de casos concretos de DCom. 2. Criterio de subsidiaridad de las instituciones de la ley adjetiva en defensa de la competencia, al interés público. 3. Represión contra los actos o contrataciones basados en una conducta ilegal o con efectos ilegales. 4. Aceptación del monopolio como un hecho de comercio que encuentra su fre-

no idóneo en la promoción de la libertad de iniciativa. Aunque posteriormente a la teoría del monopolio, como veremos, admitiría lo primero, pero matizaría lo segundo. 5. Reiteración de la necesidad de proteger el sistema de libre mercado mediante la facultad de vigilancia del Estado a las actuaciones de los detentadores de monopolio y de las externalidades, tales como leyes de países extranjeros, que puedan distorsionar las reglas de intercambio (p. 55).

Siguiendo las teorías y los modelos desarrollados en el perfeccionamiento de la regla de la razón, la Escuela de Chicago, aportará al debate sobre el DCom, que se puede sintetizar en la premisa de sancionar conductas que perturben una libre competencia y se advierte que no se debe intervenir la estructura especial que adopte una empresa u organización. La teoría del monopolio validó empíricamente la forma cómo la tendencia monopólica se centra en conferir precios ineficientes.

En esta perspectiva se puede concluir que la Escuela de Chicago se centra en el impacto de los monopolios sobre los precios. El tema de los carteles, es abordado por la Escuela de Friburgo, la cual analiza el problema que generan las organizaciones que usan su poder para defender intereses particulares. Los analistas de esta Escuela, correlacionan con evidencia empírica el rol de los carteles en el ascenso nacionalsocialista y su relación con los programas de dominación política, particularmente esta escuela es la que logra a través de investigaciones y propuestas jurídicas, el desmonte del Estado fascista en Alemania y el encuadre de la convulsionada sociedad

alemana de la posguerra, en las leyes de la nueva economía de mercado. Los postulados del liberalismo clásico aunados a una visión social cristiana, nutren los valores que propone esta escuela, para redefinir las diversas relaciones que permitieron vincular la política, el Derecho y la Economía en el renacimiento de esta sociedad.

A pesar de estas buenas intenciones, en la sociedad postmoderna, nos vemos en la actualidad en una crisis de la economía de mercado, producto de las altas cotas de desigualdad en el mundo contemporáneo, de las sucesivas crisis económicas y de los niveles de pobreza y desempleo. Esto hace que se exploren nuevas instancias al desarrollo del DCom. Estas, como lo plantea Noboa Pagan (2006, p. 63), giran en concepciones innovadoras que implican la consolidación de un nuevo Derecho, el cual posiblemente sea el derecho de la solidaridad.

Conforme a esa tesis, los derechos fundamentales pasan por una cuarta dimensión o generación, que deberá incluir derechos económicos con un fundamento que no resida únicamente en la razón o eficiencia pura, o en la mera disciplina de mantener un orden, sino que se adentre aún más a las necesidades políticas y sociales de los pueblos, para atender a un imperativo que rebasa lo económico e incursiona en lo ético, en un derecho a la solidaridad.

1. Tendencias del DCom en América Latina

A diferencia de los países industrializados, las economías de América Latina han desarrollado medianamente el derecho de la competen-

cia. Este definitivamente se dinamiza en la medida en que crecen los mercados y se globaliza la economía. De igual forma, es pertinente señalar el papel de las instituciones de orden global en la propulsión del DCom a nivel de las economías latinoamericanas. Otro elemento clave en el proceso, es la consolidación de la tendencia de firmar los tratados de Libre Comercio o tratados bilaterales y multilaterales de intercambio comercial.

De igual forma, como lo señala Álvarez Londoño (2008), existían legislaciones que no se colocaban en práctica o que se encontraban escritas, pero no se consolidaban en su práctica y no existían instituciones de vigilancia y control con una fuente institucional que les diera la base legal para tener una influencia directa. En este sentido, el mencionado autor señala la importancia de las organizaciones de orden mundial en la creación de reglas homogéneas:

Diferentes organizaciones internacionales han influido notoriamente en este proceso como lo son la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), la Comunidad Andina de Naciones (CAN), el Banco Mundial (BM), la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE), y la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), todas en procura de un mercado más amplio para las transacciones de bienes y servicios, y principalmente, con unas reglas más homogéneas que sustenten el margen de acción de los agentes económicos, como motores del crecimiento y el desarrollo dentro de las regiones (p. 250).

En el caso colombiano, se ha asumido como modelo de desarrollo del DCom la tradición jurídica occidental, en especial la de los países altamente industrializados y tradicionalmente líderes en la economía global. Particularmente la tradición jurídica norteamericana y la tradición jurídica inglesa. Como lo plantea Álvarez Londoño (2008), este traslado de realidades jurídicas necesariamente pasa por conflictos, dado que es factible trasladar lo jurídico, pero no es posible trasladar los patrones culturales que posibilitaron la norma. Para que una norma funcione se necesita que esté acorde con la sociedad, este es el obstáculo que paulatinamente ha tenido que superar el DCom en América Latina y obviamente en Colombia.

Una de las hipótesis que más se verifica con el paso del tiempo es la que sostiene Álvarez Londoño (2008), el motor del DCom en las legislaciones de economías emergentes está signado por la fuerza y el crecimiento de los mercados. Cuando hay más economía de mercado, se exige y se aceptan los planteamientos del DCom como óbice para que se dé un mayor crecimiento del mercado. Es una especie de círculo proactivo de la economía: mayor mercado, mejor y mayores políticas públicas y legislación de DCom. Nuevamente Álvarez (2008, p. 252) indica esta dimensión:

De otro lado, es necesario reconocer que el principal motor y objeto irremplazable de las políticas de competencia es la actividad industrial, comercial y de servicios que se da en los Estados, pues si las economías no se encuentran en crecimiento bajo la idea de libre mercado, la política de competencia no

podrá actuar y lograr que los mercados sean competitivos. Este efecto, puede describirse en aquellas economías eminentemente encuadrables en el sector primario, determinadas por la alta participación de este sector en el total del Producto Interno Bruto (PIB) y caracterizado por sus costos crecientes a la escala y la homogeneidad en los bienes.

A pesar de este presupuesto, la cultura de la ilegalidad afincada en el *ethos* sociocultural de los latinoamericanos, hace difícil el DCom. Los vacíos anómicos de la sociedad latinoamericana, las zonas grises alter legales, que se evidencian con fuerza en la cotidianidad empresarial colombiana, obligan a estudiar mecanismos efectivos del cumplimiento de la norma. Los argumentos para establecer las debilidades de los aparatos normativos en el caso del DCom en América Latina y el Caribe se podrían resumir siguiendo a Álvarez Londoño (2008, p. 257) de la siguiente forma:

La primera de ellas se desarrolla en fallas institucionales, pues no se consideró a organismos especializados para la aplicación de normas de tanto contenido económico, pues las autoridades judiciales de los países de Latinoamérica no tenían esas competencias académicas para desarrollar estos procesos. La segunda consiste en fallas estructurales del mercado, se fundamenta en que, dado el modelo económico de sustitución de importaciones y de protección a las empresas nacionales, las diferencias entre poder político y económico se perdían por razones de captura de los reguladores y juzgadores.

En tercer lugar, las normas de competencia contenían excepciones muy generales, que permitían que la regla general de aplicar las normas se convirtiera en la particularidad.

CONCLUSIONES

Los desafíos para el DCom en América Latina y el Caribe siguen estando a la orden del día. Tamayo Álvarez (2008) señala los principales desafíos que debe enfrentar el DCom para cumplir con el propósito de agigantar los mercados insertos en el panorama global actual. Estos los podemos resumir de la siguiente forma:

- El rigor en las sanciones por prácticas anti-competitivas que se deriven de las actividades económicas de una empresa en particular. Así mismo, evaluar los diferentes mecanismos que les permitan a las empresas evitar las sanciones con otro tipo de medidas, tales como establecer acuerdos de comportamiento en el futuro que tenga un impacto positivo en los *stakeholders*.
- Un tema altamente complejo, es el de la independencia y transparencia de los órganos de control y su relación con el Estado. En el caso de los cuerpos colegiados, asegurar procesos de transparencia en la elección de los directores de las oficinas que se encargan de hacer valer el DCom. El diseño de la política pública sobre competencia debe ser discutido. ¿Cuál es el rol de los órganos de control en el diseño de las políticas públicas de control para el sector empresarial?
- Los niveles de transparencia de las instituciones encargadas de velar por el cumplimiento

de la norma es una tarea por cumplir. Es decir, cómo se permea a la opinión pública y qué mensaje se envía a la comunidad. Esto solo se logra con instituciones de control y vigilancia enmarcadas en el paradigma de la transparencia y la rendición de cuentas.

- La divulgación e información permanente sobre el crecimiento del mercado, el rol de la academia en socializar sus investigaciones científicas sobre las tendencias y fallos de la economía de mercado, y la creación de una cultura de la competencia son prácticas que se deben asumir por el Estado y el conjunto de la sociedad.

Finalmente la importancia del desarrollo profesional de la abogacía de la competencia. Es decir, delimitar el conjunto de competencias cognitivas para que los futuros profesionales del Derecho puedan entender la importancia de este campo. América Latina, es actualmente vista como el país de las oportunidades, y en gran medida se está acercando a los mercados globales. Los diferentes procesos de privatizaciones, las liberalizaciones de sus economías, las firmas de tratados de libre comercio, nos están dirigiendo a una inserción efectiva y sostenida en la economía globalizada, pero es el DCom, el que posibilitará que todos estos procesos económicos logren su resultado inmediato: el crecimiento de la economía y de los mercados.

REFERENCIAS

Álvarez Londoño, L. (julio-diciembre, 2008).
Últimas tendencias en derecho de la

competencia en América Latina. *Revista Universitas*, 116, 247-262. Universidad Javeriana.

Anglas Castañeda, D. (2008). *Teoría del análisis económico del Derecho*. Lima: Universidad Mayor de San Marcos.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-820 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia. Ley 155 de 1959. Bogotá: Editorial Legis.

Colombia. Ley 1340 de 2009. Bogotá: Editorial Legis.

Cooter, R. & Ulen, T. (2009). *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica.

Kluger, V. (2006). *Análisis económico del Derecho*. Barcelona: Heliasta.

Noboa Pagan, A. (enero-diciembre, 2006). Hermenéutica del derecho de la competencia (Teoría esencial, legislación y jurisprudencia nacionales). *Revista de Derecho de la competencia*, 2(2), 33-73.

Schumpeter, J.A. (1996). *Capitalismo, socialismo y democracia*. Barcelona: Folio.

Tamayo Álvarez, R. (enero-diciembre, 2008). Fundamentos económicos para la aplicación de las normas de libre competencia y el caso Andevip y la existencia de prácticas restrictivas absolutas en Colombia. *Revista de Derecho de la competencia*, 6(6), 145-172.