

**Hermenéutica jurídica de la competencia en Colombia:
Estudio de la Cláusula de Prohibición General del artículo 7 de la Ley 256 de 1996**

Tesis de grado presentada para optar al título de Abogado
Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario
Facultad de Jurisprudencia

Director
Juan Jacobo Calderón

Presentado por
Andrés Felipe González Hernández

Semestre II, 2008

Para mi mama

Tabla de Contenido

Hermenéutica jurídica de la competencia en Colombia: Estudio de la Cláusula de Prohibición General del artículo 7 de la Ley 256 de 1996

Agradecimientos

Tabla de Contenido

Introducción

Problema que se plantea en la tesis

Objetivo general

Justificación

Implicaciones sociales de las ciencias

Capítulo 1 Hermenéutica jurídica

Introducción al capítulo

1.1 ¿Que es la hermenéutica?

1.1.1 La escuela de la sospecha

1.1.2 Epistemología de la hermenéutica y hermenéutica de la epistemología

1.2 Interpretación jurídica

1.2.1 Dos visiones del análisis económico del derecho económico

1.3. Métodos de interpretación en el derecho de la competencia económica

1.3.1 Regla de la razón

1.3.2 Regla *per se*

Recapitulación

Capítulo 2 Competencia económica

Introducción al capítulo

2.1 Concepto de competencia en materia económica

2.1.1 Competencia perfecta

2.2 Concepto competencia en materia jurídica

2.2.1 Desarrollo histórico

2.3 Modelo de competencia económica en la Constitución Política de Colombia

2.3.1 Constitución Económica

Recapitulación

Capítulo 3 Ley 256 de 1996

Introducción al capítulo

3.1 Modelos de competencia en la legislación colombiana

3.2 Ámbito de aplicación

3.2.1 Ámbito objetivo

3.2.2 Ámbito subjetivo

3.2.3 Territorial

3.2.4 Mercado relevante

3.3 Artículo 7 Cláusula de prohibición general

3.3.1 Buena fe comercial

3.3.2 Sana costumbre mercantil

3.3.3 Usos honestos

3.3.4 Que el acto esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor.

3.3.5 Que afecte el funcionamiento concurrencial del mercado

Recapitulación

Capítulo 4 Hermenéutica del derecho de la competencia, estudio de la prohibición general del artículo 7 de la Ley 256 de 1996.

Introducción al capítulo

4.1 Casos

4.1.1 Autoridad judicial (Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional)

4.1.2 Autoridad administrativa

4.2 Influencia del modelo en la aplicación judicial

Conclusión

Bibliografía

Introducción

“Las decisiones judiciales están escritas generalmente en el lenguaje de la lógica. Y el método y las formas de la lógica satisfacen el anhelo de certeza y tranquilidad que se encuentra en toda mente humana. Pero la certeza generalmente es una ilusión y la tranquilidad no es el destino del hombre. Detrás de la forma lógica existe un juicio acerca del valor e importancia relativos de propósitos legislativos que compiten entre sí”

Oliver Wendell Holmes

Problema que se plantea en la monografía de grado

Arthur Miller dijo que una era ha terminado cuando sus ilusiones básicas se agotan, es claro en el mundo contemporáneo los sueños y utopías que formaron la sociedad moderna caracterizada por la fe en el futuro, el progreso, el predominio de la razón han sido *saturadas*, modificadas y en algunos casos cambiadas por unas acordes con las nuevas formas de relacionarse con las otras personas y con el entorno, ejemplos de esto los encontramos en el resurgimiento de la comunidad a través de las tribus y la preponderancia de la *sociedad de la información*, en la que la tecnología, especialmente la de la información, transforma la manera en que se producen y distribuyen los bienes y servicios y la comunicación de las personas.

El Economista Fritz Machlup uso por primera vez el termino *sociedad de la información* para indicar una colectividad en la que el número de empleos que se basan en el uso del esfuerzo de la mano de obra física es menor que aquellos en que este se soporta en el manejo de la información, dando un ejemplo del calculo de valor monetario de este tipo de producción que llamó *producción de conocimiento*. En la actualidad el uso que se le da a este concepto no dista mucho del inicial propuesto por Machlup pero se ha adaptado a la nuevas tecnologías como Internet.¹ Se pueden sustraer de las nuevas definiciones unas características comunes a la sociedad de la información en la actualidad, en las que se incorporan los desarrollos tecnológicos.

Esta es una nueva forma de sociedad en que las relaciones entre las personas y la forma en que estas acceden a los recursos, los cuales se pueden llegar a considerar que no son ya todos escasos, posterior al industrial en la que sus miembros están en la capacidad

¹ Europa ha desarrollado gran parte de su economía basada en esta forma de trabajo, por lo que la mayoría de sus países han implementado planes para su desarrollo. Cada uno de estos planes han adoptado conceptos que no difieren. “se entiende como sociedad de la información aquella comunidad que utiliza extensivamente y de forma optimizada las oportunidades que ofrecen las tecnologías de la información...” (Gobierno Vasco: “**Plan de desarrollo de la sociedad de la información para el periodo 2000-2003**”), o “Las sociedades de la información se caracterizan por basarse en el conocimiento y en los esfuerzos por convertir la información en conocimiento: cuanto mayor es la cantidad de información generada por una sociedad, mayor es la necesidad de convertirla en conocimiento. Otra dimensión de tales sociedades es la velocidad con que tal información se genera, transmite y procesa. En la actualidad la información puede obtenerse de manera prácticamente e manera instantánea y, muchas veces, a partir de la misma fuente que las produce, sin distinción de lugar” Linares et alii, Julio: “**Autopistas inteligentes**”; Fundesco, 1995.

de obtener y compartir información² mediante el uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones desde cualquier lugar de forma instantánea lo que genera una nueva interrelación interpersonal y con el medio.

Pero así como la sociedad basada en la industrialización generó nuevos tipos de conflictos que generaron unas responsabilidades diferentes de las que se desprendían de una sociedad fundada principalmente en la explotación agrícola, también la sociedad de la información produce peligros nuevos que en muchos casos no alcanzan a ser regulados cuando han sido remplazados por otros, producto del constante y vertiginoso desarrollo tecnológico y comercial, lo que lleva a un atraso aun más evidente del derecho positivo que en cualquier otro tipo de relación jurídica.

La evolución constante del Estado ha generado la modificación de la administración pública para acoplar sus funciones con los fines cambiantes del mismo. Desde el siglo XIX debido al liberalismo económico, a la internacionalización de la economía en un mundo globalizado, el desarrollo de los medios de comunicación, y con el fortalecimiento que este ha tenido en las últimas décadas del siglo anterior, al derecho le correspondió entrar a regular el conflicto constante que conlleva la libre competencia con el fin de “ordenar y regular la competencia, de mantener vigentes los valores como integrantes del orden económico, de actuar racionalmente sobre los precios, de permitir una eficaz actuación de los órganos de defensa de la competencia, de establecer un orden público económico, el derecho de la competencia delimita las conductas que contrarían su realización y que constituyen actos ilícitos susceptibles de ser sancionados por sus normas”³. En el modelo neoliberal, que rige actualmente en el sistema económico colombiano, es clara la importancia que tiene la reducción del Estado especialmente en el área de la intervención directa y manejo de la economía; actualmente la planificación económica solo debe

² El intercambio de información se ha impulsado gracias al proceso de digitalización por medio del cual esta se transforma en números. Se expresa en una base binaria compuesta por cero y unos en los que los ceros representan la presencia de un impulso electrónico y por el contrario los unos la ausencia de este. Las ventajas de la digitalización son:

Primero, envío a distancia de información digitalizada lo que permite acceso a ella en cualquier lugar y momento y, segundo, almacenamiento eficaz y barato que al contrario de las tecnologías análogas en las que siendo más caras y difíciles de transportar hay un mayor riesgo de pérdida de información.

³ Berdugo Garavito, José María: **Aspectos Generales del Derecho de la competencia**; Pág. 69.

principalmente tener la función de proteger la libre competencia, es decir, tiene una función reguladora. Esto es consecuente con un modelo en que el régimen de mercado impone la forma en que se deben relacionar los individuos entre ellos y del Estado hacia ellos.

La tendencia es a reducir el Estado y buscar hacerlo más eficiente a través de figuras como las privatizaciones en las que se opta por “maximizar el bienestar de la sociedad a través de la repartición y adecuada asignación de funciones y actividades entre el sector público y el privado”⁴ y evitar la interferencia en lo máximo posible en el manejo de la economía ya que “las restricciones comerciales intervienen e interfieren en estas ganancias derivadas del comercio y, por lo tanto, reducen el bienestar económico general”⁵.

De suerte que, la principal función que ejerce el Estado en este modelo es el de velar la protección de la competencia, de mantener en vigencia los valores que integran el orden económico para evitar que los participantes en el mercado no compitan (derecho antitrust) o que, cuando compiten, actúen en forma desleal.

“El objetivo operativo de la política de la competencia es el de garantizar el libre accionar de la iniciativa privada y, a la vez, garantizar la igualdad de oportunidades para los diversos actores en el mercado. Se busca entonces que las firmas ganen su mercado actuando bajo su propia iniciativa y de manera individual, sin hacer acuerdos o aprovechar alguna posición dominante para excluir la competencia. Para cumplir con este objetivo, la política de la competencia establece reglas que protejan a las firmas débiles y a los consumidores, de tales potenciales conductas discriminatorias o hechos de posición dominante.

El concepto de competencia no debe confundirse con el de libertad total en el mercado (laissez faire); este último significa que el Estado no debe intervenir en la vida económica y que las personas deben competir libremente,

⁴ Montenegro García, Álvaro: **La privatización y su enfoque económico**; CEDE Uniandes 1993, Pág. 3.

⁵ Mankiw, Gregory: **Principios de economía**; Mc Graw Hill, traducido de la segunda edición en inglés, Madrid 2002, Pág. 429.

sin ningún tipo de trabas. El concepto de competencia no implica falta de regulación, donde ésta pudiera ser necesaria, ni falta de atención a los objetivos públicos. Los agentes económicos, por su naturaleza, son proclives a trampear la competencia para beneficio propio, por lo cual el Estado establece normas para velar por los intereses públicos y por el adecuado funcionamiento de la competencia en los mercados. Adam Smith anotaba en su obra, La Riqueza de las Naciones, que las reuniones de los hombres de negocios, aun cuando parezcan casuales y desprevenidas, casi siempre terminan en arreglos o conspiraciones dirigidas contra el bolsillo de la gente.”⁶

Lo que se busca es la eficiencia del mercado y para esto se necesita que el Estado garantice derechos económicos fundamentales como la propiedad privada, la libertad de empresa y la iniciativa privada, la libertad para escoger profesión u oficio y la libertad de competencia económica (artículo 333 de la Constitución Política de Colombia).

“Algunos economistas prefieren ver la política antimonopolio como una herramienta para mejorar la eficiencia más que para promover la competencia. Por ejemplo, el funcionamiento eficiente del mercado es fundamental para las políticas de globalización y de apertura; es igualmente importante para la política de privatización que se acompaña de regulación y de restricciones tendientes a disuadir o moderar la creación y el usufructo de posiciones monopólicas por parte de los nuevos operadores o propietarios privados.”⁷

Pero esta adopción de un modelo tiene como presupuesto un sistema económico-ideológico en la que la adopción del sistema neoliberal influye en todas las estructuras de la sociedad y la forma de producción que adopta un país:

“La primera parte de este proceso constituida por la transnacionalización de los mercados, materias primas, producción, capitales,

⁶ Montenegro, Álvaro: **Fundamentos de la política de la competencia**; Departamento de economía, Universidad Javeriana, 2007.

⁷ Ibíden: Montenegro

finanzas, servicios y consumo es superada por una nueva etapa de profundos cambios jurídicos e institucionales acordes con el modelo de economía globalizada. Así la estructura jurídica estatal debe empezar a reacomodarse dejando de lado su rigidez y estabilidad, pierde fuerza el postulado máximo del Estado-Nación sobre el cual reposa el monopolio estatal del ejercicio legítimo, permitiendo el ejercicio de funciones públicas a nuevos actores particulares...”⁸.

Las autoridades administrativas y las judiciales están en la obligación de velar por el cumplimiento de las normas interpretándolas, buscando que se cumpla con los fines propuestos no solo por la misma norma interpretada sino, en principio, por los métodos que a adopto el Estado a través del sistema económico y social que se incorporo en la Constitución de 1991.

Objetivo general

La tesis tiene como objetivo central, desde un punto de vista crítico en el que se resalta la influencia de la política y del sistema ideológico-económico en las decisiones judiciales, exponer la forma en que las autoridades judiciales y administrativas han interpretado las normas que regulan la competencia en Colombia, específicamente el caso del artículo 7 de la Ley 256 de 1996. Y preguntarse si dependiendo del método de interpretación que se acoge al momento de fallar se busca reforzar o no el modelo económico liberal, en especial la adopción de los argumentos que sustentan la decisión.

No se busca entrar a probar si un modelo económico es mejor que otro, o si es correcto la adopción del modelo por parte del Estado y el posterior desarrollo y fortalecimiento del mismo por parte de las autoridades administrativas y judiciales, el principal objetivo es poner de manifiesto que la presunta objetividad del sistema legal y en especial de sus agentes es una falacia imposible de cumplir.

⁸ Investigador principal; Cadena Afanador, Walter: **La nueva lex mercatoria**; Universidad Libre, 2004, Págs. 36-37.

Justificación

Se encuentra en algunos movimientos contemporáneos del derecho una crítica de carácter sociopolítico que busca exponer las relaciones de desigualdad que existen en la sociedad como consecuencia de las arraigadas instituciones que las reproducen. Esta se hace a través de mostrar las contradicciones, ambigüedades, y vacíos que existen en la normatividad jurídica positiva y de resaltar la importancia que tiene la política en el sistema jurídico y en las decisiones judiciales, que se niegan constantemente en el statu quo.

Duncan Kennedy mostró una contradicción esencial en el derecho privado en los Estados Unidos⁹ entre dos concepciones diferentes del derecho cada una instituida en un modelo socioeconómico, ético y político diferente: el altruismo y el individualismo. Esta dualidad no solo se encuentra en el derecho privado norteamericano sino que a demás se puede localizar en otras áreas del derecho estadounidense y de otros países.

a) Individualismo

Esta postura parte de una tesis en la se que prueba una diferencia sustancial entre los intereses de los individuos y los intereses de los demás, siendo legítimo cualquier forma de imponer los propios siempre y cuando se respeten las reglas, que tiene como función, permitir que las preferencias de unas personas coexistan con las de otros individuos que tienen otros intereses. Los límites que se imponen al individualismo parten de un concepto moral afirmativo que es el del respeto de los derechos de los demás, por lo que también sirve como justificación para las instituciones jurídicas fundamentales como la propiedad o los contratos. Es claro que en un sistema capitalista de libre mercado la competencia entre los oferentes se debe regir dentro de este concepto, y todo el modelo es influido principalmente, aunque no es importante y es imposible determinar si el sistema jurídico

⁹ Kennedy, Duncan: “**Form and substance in private law adjudication**”; Harvard Law Review, Vol. 89:1685; 1976

influyo al económico o si fue al contrario es evidente, como se vera en capítulos posteriores, la interrelaciones que se da.

Se parte de la autonomía de los sujetos, implica esto, que no se depende de la ayuda de otros para alcanzar los objetivos particulares y esto tiene como consecuencia que no se participa ni de las ganancias ni de las perdidas de los demás.

b) Altruismo

Parte de compartir y sacrificarse junto con los otros miembros de la sociedad, implica que no se deben imponer los propios intereses sobre los de los demás. Contrario al individualismo significa compartir las ganancias, las perdidas del otro y que el otro también compartirá sus beneficios y los apoyará en las perdidas.

No se exige el completo sacrificio de las personas por el bienestar de los otros al asumir la responsabilidad por la ventura de todos los otros miembros de la comunidad, lo que limita el sacrificio son las reglas y el respeto por los derechos ajenos.

“Al igual que en el individualismo se debe encontrar una justificación para aquellas mínimas restricciones en interés propio que le distingue del puro egoísmo, el altruismo debe justificar su interrupción antes de convertirse en santidad. La noción básica es que el altruismo es el producto de la interacción de tres aspectos principales de una situación. En primer lugar, es el grado de participación social, de solidaridad o de intimidad que ha crecido entre las partes. En segundo lugar, está el asunto de la falla moral o virtud moral en las conductas de A y B que otorga un deber. En tercer lugar, está la intensidad de las privaciones que pueden evitarse, o el beneficio que se puede obtener en relación con el tamaño del sacrificio demandado por altruismo. Por lo tanto podemos definir un proceso: En un extremo, existe el deber de hacer un pequeño esfuerzo para salvar a un mejor amigo de un terrible desastre que no es por su culpa. En el otro extremo, hay desconocidos

sufrimiento pequeñas lesiones inducidas por su propia falla y remediables solo a un coste muy alto.” (Traducción libre)¹⁰

Buscar instituciones jurídicas en el derecho privado, en principio, es más difícil que en su opuesto ya que inicialmente este derecho existe es para proteger derechos y no busca fines altruistas como el sacrificio por el bienestar de los demás.

Kennedy plantea que en el derecho privado moderno se dan tres debates principales en el conflicto entre el altruismo y el individualismo. Uno de ellos es el la comunidad versus la autonomía. Cuando no existe un acuerdo o contrato, ¿hasta donde se debe hacer sacrificios por el bienestar de otros? Se usan como ejemplos, entre otros, las servidumbres (Título XI, Libro segundo del Código Civil Colombiano), terceros beneficiarios y cesionarios contra los obligados y la responsabilidad extracontractual.

En los altruistas predomina la posición según la cual deben expedirse reglas diseñadas para evitar que los perjuicios recaigan exclusivamente sobre una de las partes o se de incumplimiento de obligaciones, en el otro lado, se da el predominio de las formalidades puras en las que se impone la supremacía de la voluntad siempre que se cumplan algunos requisitos que limitan el individualismo (como la figura de la incapacidad para contraer obligaciones) y en los que no importa que las consecuencias negativas recaigan exclusivamente en una de las partes siempre que se cumplan los requisitos formales. Se puede resumir en que la posición individualista es la de reducir la obligación de sacrificio y de compartir, y la altruista es la de aumentar la responsabilidad y liberar las excusas al asumirse un deber.¹¹

Se limita la capacidad del sistema jurídico de establecer mayor libertad de imponer deberes altruistas al admitir el daño con compensación y limitar la liberación de excusas, porque en el caso del daño la persona que lo genera solo esta en la obligación de resarcir lo

¹⁰ Ibíden: Kennedy, “**Form and substance in private law adjudication**”, Pág. 1718.

¹¹ Kennedy, Duncan: “**Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado en sociología jurídica, Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos**”; M. Villegas Editores, Universidad Nacional e Colombia, facultad de derecho, Bogotá, 2001.

causado según una tarifa preestablecida contrariando la posición altruista al no permitirle participar de las ganancias ocasionales que excedieran la compensación generadas por el incumpliendo, como en los casos en que se incumple la obligación porque se tiene una oferta mejor. En cuanto a la limitación de la liberación de las excusas una vez se ha adquirido una obligación se explica porque en un sistema en el que predomina la libertad contractual basada en la voluntad y el cumplimiento de las formalidades se impide que quien se ve perjudicado obligue a la otra parte a asumir parte de este.

“Dada la decisión de considerar el derecho contractual y el derecho de responsabilidad como compensatorios y no como punitivos, el altruista y el individualista tendrán desacuerdo en tres niveles:

Alcance de la obligación: dada una relación o una situación particular, ¿existe algún deber de tener en cuenta los intereses de otro?

Grado de obligación. Dado un deber, ¿Qué tan grande es el deber que va en la escala de la mera abstención de violencia hasta la más alta obligación fiduciaria?

Alcance de responsabilidades por las consecuencias: dado el incumplimiento del deber, ¿hasta donde se debe extender la responsabilidad jurídica en la cadena causal?”¹²

De suerte que, dentro del marco teórico desarrollado por Kennedy, se desarrollara el contenido de la presente tesis buscando las influencias que sustentan las decisiones de las autoridades administrativas y judiciales respecto de la interpretación de la cláusula de prohibición general de la Ley 256 de 1996 y si esta ha cumplido con sus fines. En especial al explicar las reglas de interpretación *per se* y de la razón, y el modelo económico que las

¹² Ver Kennedy, “Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado en sociología jurídica, Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos, Pág. 60

influye. Es decir, se busca resaltar la influencia de diferentes aspectos al momento de adjudicar una norma o de adoptar un modelo jurídico determinado.

Implicaciones sociales de las ciencias

No se puede entender el sistema jurídico como uno autopoyético en el que los abogados se deben restringir únicamente a la aplicación de la norma sin importarle el aspecto fenomenológico de la misma. Este “purismo jurídico” les deja a los filósofos, economistas y a los sociólogos el desarrollo del contenido de las normas y prescinde de los abogados en este aspecto.

Kuhn define la ciencia normal como una acumulación de conocimientos científicos que se realizan en forma lineal y que una comunidad científica reconoce en forma general durante un tiempo¹³. Esto se puede aplicar a cualquier conocimiento científico así no sea natural, pues forma parte del conocimiento epistemológico de toda ciencia la determinación de la naturaleza ontológica del objeto de conocimiento.

La cultura, en principio, puede considerarse como una ciencia ya que puede ser explicada a partir de un conjunto de principios y leyes inducidos de la realidad empírica, esto se hace mediante la aplicación de un *método* que se define en función de la naturaleza misma del objeto de conocimiento. El método en las ciencias naturales es explicativo en las culturales es comprensivo u holístico. Se comprende un fenómeno cultural cuando se conoce el fin que se persigue con él, y las alternativas que se tuvieron para alcanzarlo “el proceso de comprensión de lo cultural se desarrolla a partir de la determinación clara de la meta que orienta la acción, el análisis de las alternativas que ofrece la realidad concreta para alcanzarla, y el conocimiento de las condiciones que incidieron para que se adoptara el medio que se adoptó. En estricto sentido los fenómenos culturales no son objeto de conocimiento en la connotación tradicional de este término, sino de una valoración con

¹³ Los paradigmas son realizaciones científicas universalmente reconocidas que durante cierto tiempo proporcionando modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica. Kuhn, Thomas S.: “**La estructura de las revoluciones científicas**” traducción de Agustín Contin; Bogotá, México; Fondo de Cultura Económica, 2000.

respecto a la meta que se pretende alcanzar con él, dada la específica situación en que el fenómeno se da. Más que un acto gnoseológico, la aproximación en el mundo de la cultura implica una actitud axiológica”¹⁴, los fenómenos comportamentales son comportamientos teleológicos en los que no es posible determinar su causa eficiente. Además, debido a la gran posibilidad de variables que tendría la ecuación que busca explicar los fenómenos individuales o grupales sería imposible, por lo tanto el método también puede ser holístico lo que implica que todos los factores inciden simultáneamente, lo que dificulta la predicción de los resultados al existir una gran cantidad de variables.

El proceso de génesis del mundo cultural tiene dos fases una en la que se aprende y valora la realidad empírica y se valora en función de los fines que se persigue, y un segundo en que se transforma primero idealmente y luego empíricamente. De suerte que hay dos concepciones del derecho como ciencia, en la que se parte de supuestos epistemológicos opuestos: las concepciones idealistas y las concepciones sociológicas del derecho.

Para el primero el Derecho es un conjunto de principios racionales de carácter general y abstracto¹⁵, cuya validez depende de la coherencia lógica del sistema. En la segunda el derecho es un conjunto de hipótesis normativas inducidas de la realidad empírica, encaminadas a alcanzar los fines político que se propone un Estado en un determinado momento histórico. Para la construcción del mismo, dependiendo de la opción que se tome, se parte de dos iniciativas opuestas:

“Se parte de principios universales, absolutos e inmutables (iusnaturalismo y positivismo jurídico) y se crea una normatividad cuya validez se funda en la coherencia con los principios generales. 2) Se realiza la normatividad de inducir la realidad empírica, se reconoce la limitación espacio-temporal en donde tiene vigencia, como hipótesis encaminadas a orientar el comportamiento social hasta metas políticamente definidas, cuya

¹⁴ Giraldo Ángel, Mónica Giraldo, Alejandro Giraldo: “**Metodología y técnica de la investigación socio jurídica**”; Ediciones librería del profesional; Segunda Edición, 2002.

¹⁵ Plazas Vega, Mauricio: “**Del realismo al trialismo jurídico**”; Editorial Temis S.A., Bogota, 1998.

validez depende de la eficacia con que logren su objetivo La falta de integración entre el derecho y la realidad social que han padecido los países que viven de culturas foráneas, ha hecho del ordenamiento jurídico una estructura formal que se aprende racionalmente en las facultades de derecho, pero que no tiene ningún entronque en la forma de vida cotidiana del país. El Derecho se ha convertido así en una estructura metafísica, útil solo para disertaciones académicas, pero no para resolver conflictos sociales de la comunidad.”¹⁶

El derecho al ser un producto cultural solo puede ser comprendido en función de sus metas, es un instrumento de lucha política, en su base hay una concepción ideológica que lo fundamenta y le da orden. Es un instrumento al que acceden otras ciencias sociales, como la economía, para impulsar sus posiciones aprovechando el carácter 'obligatorio-adhesivo' de las normas jurídicas, batallas ideológicas que no se encuentran solo en el momento de estudiarla el legislador sino en el momento en que la autoridad judicial la adjudica. Por lo tanto, para comprender que es el derecho y su papel en la sociedad contemporánea colombiana hay que partir de las metas y del sistema político que adoptó Colombia a partir de la Constitución de 1991, emulando las corrientes político-económicas que dominaban en la época en que se adoptó la Carta, como se estudiara en el capítulo segundo en el título “modelo de competencia económica en la Constitución Política”

Es importante también aclarar el carácter de la ciencia económica ya que, especialmente en materia de competencia esta influye profundamente en la adopción de cualquier regulación legal. Popper planteó¹⁷ que para las ciencias sociales se debe utilizar el concepto de falsacionismo y no el de verificación para demostrar la validez o no de un postulado¹⁸. La economía es una ciencia social que estudia las relaciones económicas entre agentes y cuyo fin es la acción. Como plantea Kuhn, en relación con los paradigmas,

¹⁶ Ibídem Jaime Giraldo Ángel, Mónica Giraldo, Alejandro Giraldo: **“Metodología y técnica de la investigación socio jurídica”**.

¹⁷ Popper, Karl Raimund: **“La lógica de la investigación científica”**; Editorial Laia. 1986

¹⁸ Antiseri, Dario: **“Karl Popper: Protagonista del siglo XX”**, Unión Editorial, 2002

el método que se ha aplicado y el enfoque usado en el estudio de la economía dependen del momento histórico en que se entre a su estudio.

"Por todo ello las ideas económicas son producto de la época en que se generan y difícilmente pueden entenderse sin referenciar el desarrollo del pensamiento económico, o con las corrientes filosóficas y metodológicas existentes en cada momento.

*En la historia del pensamiento económico es posible encontrar una constante referencial centrada principalmente en el mercado y en los fenómenos que de él se derivan, formación de precios, distribución de los beneficios, teorías del valor, etc."*¹⁹

En la economía tradicionalmente, especialmente en la teoría, se han ocupado del método deductivo para su desarrollo:

*"En economía, nosotros trabajamos con el sistema lógico deductivo. (Bertrand Russell, un filósofo inglés del siglo XX, dijo una vez que hay dos tipos de lógica la deductiva y la mala.) La lógica deductiva es una herramienta de increíble poder. Dando una afirmación verdadera, nosotros podemos, usando la deducción obtener otras afirmaciones verdaderas de ella"*²⁰

En la actualidad, a partir de la aplicación de la econometría se pueden utilizar tanto los métodos deductivos como los inductivos para buscar la formulación de las leyes económicas:

"Desde este enfoque la economía pura se adscribirá a un desarrollo deductivo de la ciencia, mientras que la economía aplicada no renegaría del

¹⁹ Vicéns Otero, José: **Econometría y constantación empírica concepto e historia**; Documento basado en el proyecto docente y de investigación presentado por el autor al concurso oposición a la Cátedra de Economía Aplicada de la Universidad Autónoma de Madrid. Junio 1992

²⁰ Ibídem: Mankiw: **Principios Microeconomía**.

desarrollo inductivo. Esto supone posturas extremas que raramente pueden encontrarse ya que ningún economista teórico dirá que no quiere enfrentar sus deducciones con la realidad, y ningún aplicado estará dispuesto a renunciar de cierto 'control de calidad' teórico-deductivo. Pero en esencia si es cierto que el análisis teórico normalmente de tipo gráfico y matemático, partiendo de un conjunto de hipótesis básicas, desarrolla deductivamente un conjunto de teorías de tipo abstracto y general. Un economista de esta área normalmente tendrá el sentido común suficiente para no olvidar que la economía es una ciencia praxeológica, normalmente se definirá seguidor de Popper o Lakatos, y también normalmente realizará un enfrentamiento de su teoría con los datos a efectos de refutarla, (...).

Los orígenes de la Economía Aplicada los encontramos en las medidas de política económica propuestos por los mercantilistas del siglo XV en favor del proteccionismo y la relación de Monopolios. Desde entonces la economía se ha desarrollado apoyándose unas veces en el método deductivo y otras en el inductivo."²¹

Por último, en el derecho de la competencia se deben interrelacionar tanto el derecho como la economía para buscar la mejor regulación ya que si se parten de polos opuestos tanto el derecho puede cometer el error de no aceptar los conceptos de la economía como al contrario, lo que generaría unas malas implementaciones al por ejemplo, dar normas legales que al no tener un punto de vista de la economía, podría generar efectos completamente diferentes de los que se buscan²².

²¹ Ibidem, Vicéns Otero, José: **Econometría y contranatación empírica concepto e historia**;

²² Hazlitt, Henry: **Economía en una lección**; Unión Editorial, sexta edición, Madrid

Capítulo 1

Hermenéutica jurídica

“Pero los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de la ley misma.”

Montesquieu

Introducción al capítulo

En el presente capítulo se desarrollará, en el campo de la hermenéutica jurídica, un conflicto que se encuentra planteado en la teoría jurídica contemporánea y que dependiendo de la postura que se asuma modifica sustancialmente la visión que se tenga del sistema jurídico, respecto de la influencia que tienen las autoridades al momento de adjudicar.

De un lado, encontramos al formalismo jurídico en el que se niega la complejidad del sistema, en él se desconocen cualquier influencia externa al propio sistema y se resáltala la valides del mismo, como este es capaz de contener toda conducta humana y resolver dentro de sí cualquier conflicto que se le presente, no necesita de ninguna influencia externa. Por supuesto, se parte de la objetividad como presupuesto fundamental, ya que sin esta la arbitrariedad del juez o autoridad administrativa impediría que se cumpliera con el formalismo del sistema. Como lo enuncia Duncan Kennedy, se niega el contenido político de la adjudicación judicial, defiende la coherencia del sistema, y es un claro defensor de un statu quo. Es decir, el formalismo jurídico se usa para explicar una determinada concepción del sistema jurídico, especialmente en el ámbito de la aplicación judicial.

En Weber²³ encontramos el problema, desde diferentes puntos de vista que al observarlos en conjunto fundamentan el formalismo jurídico, en el primero de ellos, se refiere al uso de formas que le dan una validez al acto, por ejemplo, en nuestra legislación el Código Civil en el artículo 1857 señala que el contrato de compraventa de bienes inmuebles y la de una sucesión hereditaria “no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública”. En segundo lugar, un derecho formal lógicamente abstracto, en último lugar también hace referencia a un tratamiento autónomo de lo jurídico en el que se acude solo a sus propias nociones²⁴.

En los Estados Unidos, Christopher C. Langdell, señalo que el derecho es una ciencia que esta toda contenido en si misma. El sistema jurídico debe tener unas cualidades

²³ Weber, Max: **Economía y sociedad**; Fondo de cultura económica, segunda edición, México, 1963. Págs. 510,511.

²⁴ *Ibidem*, Weber, Max: **Economía y sociedad**. Pág. 594.

en las que resalta la necesidad de evitar las consideraciones extrajudiciales ya que este debe dar resultados desde si mismo, para ello no debe intervenir nunca en la adjudicación la discrecionalidad judicial, por lo tanto se refuta lógico y objetivo. Una segunda característica del sistema es su coherencia y objetividad, ya que esta compuesto por principios abstracto de los cuales, a través de un método, se puede deducir las normas que se deben aplicar. Por lo tanto el juez al momento de aplicar la norma no tiene la posibilidad de intervenirla y debe fallar solo dentro de la lógica del sistema.

Pero en la vida cotidiana la lógica y el objetivismo del formalismo jurídico no encuentran fundamento, ya que, en la práctica del derecho es clara la influencia de diferentes aspectos alejados del sistema. Es por esto que del otro lado encontramos una posición completamente diferente en las tendencias que desafían el supuesto formalismo o legalismo al momento de los jueces adjudicar las normas. Pero este conflicto no se encuentra solo dentro del desarrollo de la teoría jurídica contemporánea sino que es el resultado de un largo proceso acerca de la influencia o no del intérprete al momento, en el derecho u otro campo, de adjudicar las normas a los casos prácticos o de interpretar un texto.

1.1 ¿Que es la hermenéutica?

En la mitología griega Hermes Ἑρμῆς era el mensajero de los dioses quien estaba encargado de llevar y traer anuncios y profecías a los hombres. En la antigüedad también se le atribuía el origen del lenguaje y la escritura, lo consideraban protector del comercio y la comunicación, era él, como mensajero, quien comprendía e interpretaba el mensaje de los dioses, lo que genero el carácter dialéctico de la hermenéutica entre dos acontecimientos diferentes que se diferenciaban inicialmente por su estructura semiológica compuesta en una parte por palabras (o el mensaje) y del otro lado por una acción (la interpretación), convirtiéndose en un acto complejo no equivalente a la suma de los dos eventos sino a su integración en un evento unitario. Pero la relación con el dios Hermes es fundamentalmente fonética, ya que como demostró Kerényi la palabra *hermenéia* no tiene ninguna relación

lingüística o semántica, con la deidad griega, por el contrario la *hermenéia* se relaciona directamente con *elocutio*.

Es claro que las personas, aunque en forma diferente en distintas épocas, han tenido cierta comprensión de la relación sujeto-objeto al momento de realizar alguna actividad cognitiva, especialmente cuando de textos se trata. Ebeling señala que el significado de la palabra hermenéutica debe buscarse "en tres direcciones: afirmar (expresar), interpretar (explicar), y traducir (hacer de interprete)", todos igual de importantes. Es tal vez, por estas características, que la hermenéutica ha tenido especial importancia en el campo de los textos que tienen una categoría importante para una comunidad, por ejemplo el jurídico.

Parto del presupuesto que en la historia del desarrollo de la hermenéutica esta se ha visto bifurcada entre dos posiciones contrarias entre si, por un lado encontramos aquellas que consideran que el mensaje es posible interpretarlo tal cual fue escrito en el momento; al contrario podemos encontrar que las escuelas de pensamiento que consideran que la intención del autor se disuelve con el paso del tiempo, por lo que buscarla es imposible, a demás, por que quien ejerce la calidad de hermeneuta influye el mensaje con sus propias ideas conciente o inconcientemente. Esto, como veremos más adelante, va a determinar la influencia o ausencia de esta, de las diferentes teorías económicas, políticas e ideológicas de quienes tienen la competencia de adjudicar las normas en materia de competencia en nuestro país. Es decir, si una teoría jurídica fundamenta su desarrollo en la objetividad de quien adjudica las normas, es lógico que se acerque más a la primera posición.

En los clásicos la hermenéutica era entendida únicamente como un anuncio²⁵, en esta época no se entendía como la interpretación de un mensaje sino únicamente como la transmisión del mismo.²⁶ Es en la Época Helénica cuando surge, aunque

²⁵ Heidegger, Martín: De *camino al habla*, Serbal, Barcelona, 1990.

²⁶ . En el *Epinomis* Platón sitúa la hermenéutica como un arte inferior relacionándolo con las artes imitativas o artesanales que no necesitan de un conocimiento acerca del mensaje o de cual es su significado, la función única de la hermenéutica es la de ser mensajera. Aristóteles la relaciona exclusivamente como una expresión de los *pensamientos*.

inconscientemente, el problema de la distancia temporal que al estudiar la cultura griega se buscaba hacer comprensibles sus poemas a culturas diferentes²⁷

La interpretación gramatical busco lo que alguna vez se intento decir, para ello acude al reemplazo de la palabra (signo) que ha entrado en desuso o se a perdido a lo largo del tiempo, por el contrario la interpretación alegórica se aparta de la intención inicial del autor y le asigna un nuevo significado a las palabras-signos dentro de las ideas del exegeta y no dentro del texto. Son estas dos formas de acercarse al problema de la hermenéutica los que influyen las posiciones posteriores hasta la época contemporánea²⁸.

Posteriormente Agustín señalo que las palabras son signos y diferencio entre lo signos (*signa*) y la cosa significada (*significabilia*), además otro importante aporte fue el de proyectar la primera filosofía de la historia al determinar él, y especialmente su discípulo Orosio, la diferencia entre la concepción pagana del tiempo como un desarrollo circular y la concepción lineal del tiempo. En el siglo XVI se dio otro aporte importante a la hermenéutica con el concepto de Flacio Ilirico del "círculo hermenéutico", en el se plantea que se pueden comprender las partes de un texto solo si se tiene una concepción anterior del mismo en su totalidad, es decir, es una método para el estudio de los texto y su adecuada comprensión. Con los orígenes del racionalismo se dieron los primeros intentos de una hermenéutica universal, considerando que el lenguaje podría ser susceptible de una

²⁷ . Buscando proteger lo más posible la versión original de los textos griegos en la biblioteca de Alejandría, Aristarco de Samotracia (217-143 AC), implemento un método buscando reconstruir los poemas homéricos basados en el cuerpo de los mismos textos y así poder completar las partes perdidas. Este es el principio del método **histórico-gramatical**, según el cual cuando no es posible comprender un pasaje de un texto debe ser explicado refiriéndose a otras partes del mismo, se busca el sentido literal.

Pergamo, la otra gran escuela de esta época, al contrario de la biblioteca de Alejandría, acudió a un método contrario para la interpretación: el método de **interpretación alegórica**. Consiste en adaptar los textos a una época diferente. Por lo tanto no se busca la intención directa del autor sino que se adapta a las circunstancias que se viven en el momento en que se va ha interpretar.

²⁸ Dentro del cristianismo, en la Biblia, Pablo acude a otro tipo de interpretación en la que no solo se acude al método alegórico sino que además se busca justificar hechos anteriores, así Pablo considera que el Antiguo Testamento es una profecía y una justificación de Cristo. De allí se extendió este método para la interpretación del Nuevo Testamento en la que esta parte de la Biblia no es sola una narración de la vida de Jesús sino que además una justificación de la existencia de la Iglesia Católica.

objetivación epistemológica²⁹, y por lo tanto era plausible una interpretación unívoca, verdadera.³⁰

Dilthey (1833-1911) fue el más importante estudioso de la hermenéutica durante el siglo XIX. Al tematizar la discusión entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu³¹ señala que en las ciencias del espíritu el objeto conocido o estudiado no es diferente del acto del sujeto que conoce. De suerte que no hay distinción entre sujeto cognoscente y objeto conocido. Esto es, en principio, contraria a la posición positiva ya que a las ciencias del espíritu no se les puede dar las características de las ciencias de la naturaleza y también opuesta al idealismo ya que la interpretación no depende de un concepto intrínseco de la filosofía de la historia Hegeliana, aceptando, junto con la escuela histórica, que la única legitimación solo se la puede dar la historia porque no hay forma de conocimiento que no sea la expresión de una situación histórica determinada.

1.1.1 La escuela de la sospecha

La importancia del sujeto en el conocimiento de los objetos en las ciencias del espíritu fue el tema principal que estudio esta Escuela, para ella, es claro que el sujeto modifica al interpretar los objetos. Esta subjetividad se debe estudiar entre dos diferentes posibilidades, en la primera se busca si se debe esta tomar como un "dato" más al estudiar los objetos o, en segundo lugar, si esta es una prueba contraria a la pretensión de objetivismo del positivismo y de las escuelas anteriores a esta que promulgan la búsqueda

²⁹ Ferraris, Mauricio: **Historia de la hermenéutica**; Akal; Madris; 2000; Pág. 50

³⁰ Ya en esta época encontramos la diversidad entre las dos formas en que se puede acceder a la hermenéutica en una se busca interpretar lo que objetivamente se quiso decir por su autor al momento de redactar el texto, cuando la distancia temporal hace que algunas de las palabras hayan dejado de utilizarse, como el lenguaje es objetivo (en el racionalismo), se puede acudir al sistema histórico y al círculo hermenéutico, así, a partir del propio texto se puede reconstruir la voluntad del autor. Por el otro lado, se adopta un sistema de interpretación alegórica, en la que las ideas del exegeta tienen mayor importancia al momento de interpretar el texto, en este instante el interprete no es solo un mensajero de un significado unívoco propuesto por el autor sino que es especialmente alguien que lo modifica a partir de sus propias ideas.

El positivismo, el pragmatismo y el historicismo tienen una gran influencia en el desarrollo posterior de la hermenéutica. John Stuart Mill, influenciado por el positivismo, intenta elaborar una ciencia de los fenómenos humanos, incluida la hermenéutica, a partir de los modelos de la física (los principios de regularidad, previsibilidad y causalidad). El pragmatismo supera el idealismo del lenguaje al introducir el problema del significado. El historicismo al romper con la filosofía de la historia de Hegel señala que esta, la historia, no se representa más que así misma y los valores deben buscarse dentro de esta y no como parte de una finalidad.

³¹ En las que las primeras estudian los acontecimientos externos a las personas en: Dilthey, Wilhelm: **Introducción a las ciencias del espíritu**; EDITORIAL FONDO DE CULTURA ECONÓMICA,.

de un significado único. Es a partir de Nietzsche, Marx y Freud, que se pasa de la duda cartesiana (sobre el objeto) a la duda de la coincidencia (duda sobre la objetividad del sujeto que conoce). Habermas nos plantea que es a partir de este momento en que la hermenéutica ya no es entendida como un método para superar la distancia temporal al permitir entender las deformaciones que por estas distancia pueden tener la interpretación de los signos o las palabras, sino que lo que busca, es exponer la ideología inmanente a la interpretación del sujeto cognoscente. Para ello se acude, por ejemplo, al psicoanálisis como método de autorreflexión³².

Heidegger se mantiene fiel a la fenomenología como posibilidad especulativa aunque renuncia a la idea de una fundamentación única, busca es darle un carácter ontológico a la hermenéutica como una realidad que escapa del objetivismo, se resigna a no darle un carácter objetivo a la interpretación. Para él los individuos están constituidos por sus prejuicios y los presupuestos históricos del momento al que pertenecen esto hace que sea imposible que tengan una visión objetiva de los fenómenos sino que los *interpretan*. Esto impulsa al problema hermenéutico con un papel constitutivo, la descripción fenomenológica es la interpretación; el *Dasein*, el ser en el mundo, no es un sujeto trascendental esta bien determinado y definido en cada caso individual, esta estructura es llamada por Heidegger como *Faktizität* o efectividad de la existencia.

"La radicalización de la fenomenología, sin embargo, es al mismo tiempo una radicalización de la hermenéutica: la hermenéutica no es una técnica para la comprensión de un ámbito determinados de textos y monumentos en el marco de una sistemática de las ciencias del espíritu, como sucede en Dilthey, sino más bien el modo de ser, antes incluso que de conocer, de todo sujeto en cuanto ente inmerso en el mundo; la hermenéutica

³² No se debe llegar a igualar los postulados de estos tres autores ya que son diferentes y en algunos caso contrarios. En Marx el fin es la reconstrucción de la verdadera esencia del hombre alienada por el dominio del hombre sobre el hombre (emancipación), diferente de Freud en el que se busca es conocer las limitaciones de las personas y contraria a Nietzsche que en ningún momento, al señalar los prejuicios y limitantes que se esconden en la tradición y las ideologías, tiene una finalidad constructiva, es claro que con la transición de la hermenéutica a la energética (voluntad de potencia) se pone en duda cualquier construcción de un proyecto hermenéutico. Posteriormente Derrida señaló que la Escuela de la Sospecha da las bases para superar la ideología de la hermenéutica tradicional.

*asume pues un valor ontológico, y una prioridad que la sitúa más acá de la distinción entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu"*³³

Heidegger adopta una perspectiva diferente de la posición de Dilthey respecto de la hermenéutica ya que para este tiene un papel fundacional de las ciencias del espíritu ya que la propia vida se configura como una interpretación mediada por el relativismo de la propia vida de los individuos en la que la historia "desempeña el papel de última instancia y de justificación de conjunto"³⁴ al contrario de Heidegger en el que la hermenéutica no se ejerce ante situaciones externas a la vida sino que parte de la condición del interprete que solo existe y puede existir históricamente por ser temporal en el fondo de su ser y no es temporal por estar dentro de la historia³⁵. Por lo tanto el papel fundacional no es psicológico sino ontológico ello implica que la comprensión ya no es un concepto metódico sino es el carácter óntico original de la vida.

*"Bien es verdad que Heidegger condena a la ciencia sin apelación: la ciencia no piensa sino que realiza actividades derivadas y subordinadas respecto a un enfoque hermenéutico fundamental (esta limitación, como tal, afecta también la pretensión de verdad metodológica de las ciencias del espíritu)"*³⁶

Pero esta intención de vincular a la hermenéutica con la ontología en el fondo le da un carácter de búsqueda de la verdad: el discurso sobre el ser. Por lo tanto, después de Heidegger se busco justificar la relación entre la epistemología y la hermenéutica (para que esta no tenga un carácter metafísico) especialmente en Haberman y la crítica de la ideología y la "mediación entre hermenéutica y científica" adoptando un papel de mediación entre el papel científico de las ciencias de la naturaleza y en las del espíritu, ya que la pretensión de universalidad de aquella debe justificarse también en la forma de

³³ Ibidem, Ferraris, Mauricio: **Historia de la hermenéutica**

³⁴ Ibidem, Ferraris, Mauricio: **Historia de la hermenéutica**

³⁵ Heidegger, Martín: **Ser y Tiempo**; prologo y traducción del alemán por José Gaos Fondo Cultura Económica, México; 1951 Pág. 407

³⁶ Ibidem, Ferraris, Mauricio: **Historia de la hermenéutica**

conocimiento de mayor difusión en la actualidad, como es la ciencia. Este paso de la hermenéutica a la epistemología es importante, pero también es lo contrario:

"de la epistemología a la hermenéutica, que a caracterizado la disolución del neo-positivismo en las filosofías anglo-americanas. Se trata de un proceso que ha ocupado los últimos treinta años y que se ha articulado tanto en la búsqueda de una filosofía analítica de la historia tras de la crisis del modelo nomológico de Hempel como en la imposición del discurso wittgensteiniano acerca de la analogía entre juegos lingüísticos y formas de vida, que por una parte relativiza el modelo de ciencia (que ahora se asume como un juego lingüístico entre muchos otros, y no como el modelo al que debe conformarse todo conocimiento filosófico) y por otro suscita la cuestión en torno a la posibilidad de una filosofía analítica de la acción..."³⁷

Por lo tanto, la pregunta que intentaré responder a continuación es si se puede encontrar la disyuntiva en la hermenéutica que planteé al principio o si por el contrario en esta etapa se puede determinar que la situación actual de esta disciplina se ha puesto del lado de una posición más escéptica respecto de la búsqueda de un significado unívoco de esta.

1.1.2 Epistemología de la hermenéutica y hermenéutica de la epistemología

La figura epistemológica clásica se refiere a la relación objeto-sujeto y es en virtud de ella que podemos encontrar la bifurcación que ya expuse respecto de la hermenéutica, veamos, dependiendo del valor que se le otorgue a las variables de la anterior relación se puede encontrar dos formas de acercarse al problema. En la primera se le otorga una mayor importancia al objeto (posiciones epistemológicas objetivizantes o gnoseologizantes), el objeto puede ser entendido tal cual es y el sujeto no puede incidir en él. Por otro lado

³⁷ Ibidem, Ferraris, Mauricio: **Historia de la hermenéutica**; Pág. 238

encontramos, en la segunda, que la balanza se pone del lado del “sujeto” priorizándolo en la relación. El objeto se convierte en un fenómeno de la conciencia del sujeto es decir, es ella quien constituye el objeto por lo que se hace imposible la objetivización. Es en la época contemporánea en que se ha entrado a hacer una crítica de los costos que se han tenido que pagar por los, indudables, logros del saber moderno y de la figura epistemológica clásica de este saber. Varios son los desarrollos que se han realizado respecto del acercamiento de las personas a los procesos cognitivos especialmente en las variables de la relación sujeto-objeto incluyendo una nueva que es la del contexto de la praxis cotidiana³⁸

A partir de la escuela de sospecha encontramos que los sujetos no son unos entes con la capacidad de reflejar la realidad tal-cual-es y que todos ellos tengan una razón única característica de todos ellos, sino que son el proceso de una construcción de subjetividades, en las que hay un velo que dificulta que los sujetos sean concientes de ellas (Freud con el psicoanálisis pretendía levantar un poco de este "velo"), especialmente porque cada subjetividad esta dentro de un contexto histórico, social e incluso influenciada fuertemente por sus características genéticas (desconocidas hasta el desarrollo reciente de ciencias como la psicología y la biología evolucionista). También encontramos que los objetos no son uno entes inmanentes listos para su estudio individual, sino que ellos también tienen una interrelación activa con su medio, modificándolos, creando nuevos órdenes de complejidad por lo general impredecibles, y por supuesto, contruidos de los sujetos. El contexto de praxis implica que el problema debe tomarse como una interrelación entre ambas partes sin que se de una desconexión (ello implica que *no se le de una prelación a ninguna de las partes que implique la desconexión de la otra*).

“La hermenéutica se orienta contra el concepto objetivo de conocimiento, elimina el esquema sujeto –objeto (el que conoce-reconoce el objeto en su pura objetividad sin mezclarle elementos subjetivos, o sea,

³⁸ Sotolongo Codina, Pedro Luis; Delgado Díaz, Carlos: La epistemología hermenéutica de segundo orden en La revolución contemporánea del saber y la complejidad social. Hacia unas ciencias sociales de nuevo tipo; Colección Campus Virtual; buenos Aires 2006; Pág. 52; <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/campus/soto/soto.html>

conocimiento como reflejo del objeto de la conciencia), para el fenómeno de la comprensión (incluso en las ciencias naturales no rige hoy irrefutablemente). Más bien la comprensión es siempre al mismo tiempo objetiva y subjetiva, el comprender entra en el “horizonte de la comprensión” y no reproduce de manera puramente pasiva en su conciencia lo comprendido, sino lo conforma. O en otros términos: él no “subsume” simplemente el caso bajo la ley ni permanece en ese proceso completamente por fuera, sino que tiene en la llamada aplicación del derecho un papel de conformador activo”³⁹

1.2 Interpretación jurídica

Es claro que esta dualidad respecto del papel que asume el intérprete adopta vital importancia cuando se traslada al campo del derecho, en especial respecto de las autoridades que deben aplicar las normas a los casos concretos. Son las normas jurídicas de gran importancia en el momento de regular las relaciones entre los individuos ya que dan pautas de comportamiento, asignando una sanción (o costo) por su incumplimiento, o beneficios por su acatamiento.

En las sociedades primitivas no hay un sistema judicial ya que no se encuentra una entidad superior con la capacidad de arbitrar como soberano y la posibilidad de administrar justicia imparcial, por ello el ejercicio de la venganza, como único medio de contraprestación a un acto de violencia anterior, genera un nuevo ciclo de delitos. Cuando se desarrolla un sistema de administración de justicia imparcial, objetivo y soberano en cabeza de una autoridad central impersonal, se descubre una nueva forma de solucionar los conflictos

Es la objetividad uno de los pilares fundamentales del derecho occidental, en especial del formalismo jurídico, ya que uno de sus más importante objetivos es el de dar imparcialidad a la resolución de conflictos. Pero con el desarrollo del derecho y de otras

³⁹ Kaufmann, Arthur: **Filosofía del derecho**; Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1999. Págs. 99-100.

áreas como la lingüística se ha planteado la influencia cada vez mayor del juez en la aplicación judicial. De suerte que el problema de la aplicación judicial es fundamental en la teoría del derecho “es un eje hasta tal punto que la actitud que se asuma frente al problema de la interpretación, condiciona la actitud que se asuma frente a cualquier otro problema jurídico”⁴⁰

“Hermenéutica. Un pensamiento orientado al lenguaje y al texto concebidos como mensaje e interpretación. Partiendo de M Heidegger (Sein und Zeit, 1927) y H.G Gadamer (Wahrheit und Methode, 1961), ha sido desarrollado en casi todos los campos lingüísticos. Es de una importancia central para la filosofía del derecho, ya que los juristas escriben textos y califican su actividad profesional como interpretativa. Filosóficamente, la hermenéutica hace énfasis en la historicidad de nuestros conceptos de sentido y significado, así como en el hecho de que el conocimiento surge mediante la interpretación. Todo interpretación tiene conceptos que la preceden (Esser: Vorverständnis), sus prejuicios y su horizonte conceptual. Toda actividad es hermenéutica, ya que los pronunciamientos relevantes deben ser comprendidos interpretativamente. La actitud del jurista es de importancia capital, pues interviene como colega de discusión, intérprete y configurador del comportamiento social. La situación concreta es vista a la luz de lo acontecido y del interés general.”⁴¹

Pero como señala el exmagistrado de la Corte Constitucional de Colombia Carlos Gaviria al respecto del juez constitucional: “Pero esto reviste un gran peligro. Suena muy seductor, pero qué peligro, estamos ante un paso de la arbitrariedad. Si las cosas son de ese tamaño, si el derecho es lo que los jueces hacen y hay jueces que obran en la cúspide de la pirámide kelseniana, interpretando normas límites, el derecho va a ser lo que ellos hagan, y podríamos decir, lo que ellos hagan caprichosamente”⁴²

⁴⁰ **Nuevas corrientes del derecho constitucional colombiano**; Gaviria, Carlos: **La interpretación constitucional**; Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política; Medellín, 1994. Pág.121

⁴¹ Broekman, Jan M.: **Derecho, filosofía del derecho y teoría del derecho**; Temis; Bogotá 1997 Pág. 145.

⁴² *Ibidem*; Gaviria, Carlos: **La interpretación constitucional**; Pág. 133

Interpretar las normas jurídicas es adaptar la ley escrita o consuetudinaria a los casos particulares. Contrario a lo que tradicionalmente se considero durante un largo periodo de nuestra historia, interpretar la ley no restringe únicamente a las normas oscuras o en el caso de ausencia de la misma pues incluso cuando se adopta en su sentido literal es necesario acoger un criterio interpretativo, y la claridad de la ley nos se puede hallar sino hasta después atribuirle la “claridad” y esto constituye un postulado interpretativo.

La interpretación negativa de la ley⁴³ es una falacia que pretende prescindir del trabajo del intérprete apoyándose en la condición mecánica del *juez como la boca de la ley* reduciendo la autoridad judicial a la función que tenía Hermes en la mitología como un simple mensajero de la difusa voluntad legislativa.

“hacen una critica al sistema positivista de derecho pues consideran que el hombre no puede ser imparcial cuando juzga, pues siempre está influido por preconceptos políticos, por intuiciones y por sus gustos, deseos y pareceres, los cuales influyen de modo directo la decisión o valoración judicial...”

Así, surge una escuela diferente que da cuenta del discurso de la filosofía contemporánea y define al derecho en torno a un conjunto de categorías sociológicas, económicas, psicológicas y etc., las cuales permiten ver que el derecho no es un problema de simples normas, sean escritas o no. El derecho va más allá, es una expresión normativa de las prácticas del ser humano, y por ello, en todos sus sentidos filosófico-jurídicos el vocablo derecho, es una conjunción de disciplinas que permiten definir unas relaciones de poder que termina con el desarrollo de leyes.”⁴⁴

⁴³ Frosini, Vittorio: **Teoría de la Interpretación Jurídica**; Editorial Temis 1991.

⁴⁴ Marquez Escobar, Pablo: Introducción a la relación entre el derecho y la economía. Pág. 32 en http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_colecc/documents/1marqueznvocorre21-74.pdf

No se puede obviar el papel fundamental que adoptan los jueces o las autoridades administrativas al momento de aplicar las normas sobre competencia desleal, ya que es a partir de sus propias ideas que entran a fallar los casos concretos. En el caso de la competencia desleal la competencia esta principalmente en cabeza de la SIC, una entidad adjunta al Ministerio de Comercio Industria y Turismo, que tiene una característicamente eminentemente técnica en la que la ciencia económica influye de forma relevante ya que por la naturaleza de la materia se debe basar principalmente en esta para aclarar los hechos y posteriormente acudir al derecho para determinar si los casos se ajustan o no a los preceptos legales. En otras palabras, en esta área del derecho las ciencias económicas y jurídicas se deben integrar para examinar los hechos relevantes para poder examinarlos y así pasar a hacer un análisis eminentemente jurídico. Es claro que en el anterior sistema al acercarse al objeto de estudio las personas están influenciadas por sus propias ideas y prejuicios al momento de investigar y juzgar y especialmente por la posición teórica que adopten (por ejemplo, no es lo mismo que una investigación de las consecuencias probables en un mercado relevante de una determinada actuación la realice un neoliberal a una persona que cree en el socialismo del siglo XXI)

1.2.1 Dos visiones del análisis económico del derecho

En un sistema formalista estricto no se podría incluir los postulados y métodos de otras ciencias ajenas al propio sistema, por lo que para solucionar conflictos como los relacionados con la competencia económica no se podría acudir a la economía y la única posibilidad sería la adopción de conceptos como los de *mercado relevante*, *ley de oferta y demanda*, *externalidades*, etc. dentro del propio sistema jurídico. No es solo la incapacidad del juez para acudir a conceptos ajenos también se vería imposibilitado para usar los métodos de otras ciencias, por ejemplo, acudir a la ciencia económica para determinar los efectos de sus sentencias o utilizar el análisis costo-beneficio al momento de fallar. Considero que esta postura perjudicaría la dinámica que debe tener la jurisprudencia, en especial en un campo como el de la competencia, ya que ellos no se deben recluir en sus despachos buscando evitar cualquier influencia externa desconociendo la realidad

económica de los hechos que deben fallar y así causando mayores costos que los que se quieren solucionar a las partes.

Por lo tanto, el juez o la autoridad administrativa, sin importar la objetividad que le quieran conferir, no solo está inevitablemente influenciado por sus propios prejuicios o estado de ánimo, sino que voluntaria o involuntariamente por sus posiciones política-económicas. Pero además, voluntariamente, debe acudir a mecanismos que le ayuden a hacer más eficientemente y mejor su trabajo como puede ser acudir a ciencias como la economía para fallar casos que se relacionan con ella en lugar de esperar que el derecho desarrolle sus propios conceptos.

Es claro que el punto de partida de cualquier análisis económico del derecho es la aplicación de alguna teoría económica (como pueden ser la Neoclásica, la Economía del Bienestar, la Institucional o la Neoinstitucional) para explicar el sistema jurídico, este análisis tiene su origen en dos trabajos realizados el siglo pasado por el economista Ronald Coase y el jurista Guido Calabresi, que no solo dan origen a esta escuela sino que también originan la bifurcación que se desarrolla posteriormente entre los seguidores de los preceptos adoptados por la Escuela de Chicago y aquellos que adoptan las bases de la Economía de Bienestar. En 1973 Richard Posner publica su libro del "Análisis Económico del Derecho", lo que le dio la fuerza a esta escuela para ascender a los niveles en los que se encuentra hoy en día.

El principal aporte que da esta escuela es la búsqueda de predecir el comportamiento de los individuos⁴⁵, con la teoría económica, en presencia de reglas jurídicas (tesis behaviorista)⁴⁶. Hay dos formas a través de las cuales el derecho influye en el comportamiento de los individuos, en la primera, la fijación de costos a las conductas de los individuos, y segundo, en la asignación de derechos de propiedad. Esta teoría de la acción, en la que el individuo responde a las normas del derecho, se fundamenta en un concepto propio de la teoría económica como es el del *homo economicus*, es decir, que

⁴⁵ Von Neumann, :**A theory of games and economic behavior**; 1944

⁴⁶ L.A. Kornhauser: **The Great Image of Authority**; Standford Law Review; Vol 36; 1984.

todo comportamiento social o individual emana de la acción individual, racional que busca maximizar su propio bienestar.

El derecho al generar costos o beneficios a las acciones de los individuos y al delimitar el derecho de propiedad influye necesariamente en las actuaciones de las personas ya que estas al ser *homos economicus*, en primer lugar, tratan de maximizar su bienestar racionalmente, esto implica que las personas tienen la capacidad para establecer y ordenar que prefieren y escoger lo que más satisfacción les dé, siendo estas preferencias estables (así este proceso no sea conciente)⁴⁷. En segundo lugar, esta capacidad está mediada por la soberanía del consumidor, de tal forma que son los individuos quienes tienen la posibilidad de escoger y organizar sus preferencias, y en tercer lugar el principio de equilibrio que señala que los individuos siempre tienden a aumentar su beneficio.

Estos preceptos se derivan de tres conceptos originarios de la teoría económica, que serán mejor explicados en el capítulo de competencia económica, como son:

- La ley de la oferta y la demanda;
- el coste de oportunidad, y;
- la tendencia de los bienes a ser adquiridos por los individuos que les den un mayor valor y por lo tanto estén dispuestos a ofrecer un mayor precio que aquellos que le otorguen un valor menor.

Esta capacidad que se le otorga a la teoría jurídica para predecir la conducta de los individuos es la base fundamental de todo el análisis económico del derecho sin importar la rama.

1.3 Métodos de interpretación en el derecho de la competencia económica

Los dos métodos de interpretación a los que se acude en Colombia para interpretar las normas sobre competencia económica en especial acerca de cómo se deben exponer los

⁴⁷ Harford, Tim: **La lógica oculta de la vida**; Redactores en Red; Madrid; 2008

hechos de cada caso, fueron desarrollados en los Estados Unidos, ellos son la regla de ilegalidad *per se* y la *regla de la razón*,⁴⁸ además por supuesto de los otros métodos que tradicionalmente se usan en la hermenéutica jurídica.⁴⁹

“La mayoría de los países que aplican una legislación de libre competencia distinguen de alguna manera, entre las prácticas restrictivas que se consideran siempre ilegales, a las cuales se les denomina también “prácticas restrictivas absolutas” o “prácticas per se ilegales”, y las prácticas que no son siempre ilegales, las cuales se denominan también “prácticas restrictivas relativas”, que como dirían los norteamericanos, se deben analizar bajo la “regla de la razón”.

*Los sistemas de análisis descritos, es decir, la regla de ilegalidad per se y la regla de la razón, fueron desarrollados por el Derecho de la Competencia Norteamericano, el cual se basa en prohibiciones generales y en el desarrollo de su derecho a través de casos”*⁵⁰

1.3.1 Regla de la razón

Se aplica la regla de la razón cuando se debe acudir al caso determinado para aclarar si se incumple las normas de la competencia, es decir, se acude a ella para estudiar los acuerdos o prácticas en los que solo se puede conocer su ilegalidad a través de las características y los hechos de cada tipo de mercado en el que se da la actuación (el desarrollo de este método se dio en el caso de *Standard Oil Co. v. U.S.*). Se vincula con la responsabilidad subjetiva en la que los investigadores deben no solo probar la existencia de

⁴⁸ El desarrollo histórica de estos métodos son estudiados en el capítulo 2 “Competencia Económica” en la sección 2.2.1

⁴⁹ Para más información ver: *Ibiden*, Ortiz Monsalve y Valencia Zea: **Derecho civil, t. I, "Parte general y personas**; Temis Bogota 1997 y Dueñas, Oscar José: **Lecciones de hermenéutica jurídica**; Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006. Lopez Medina, Diego Eduardo: **Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana**; Bogotá, 2004, Ediciones Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia.

⁵⁰ Miranda Londoño, Alfonso: **¿EXISTE LA REGLA DE ILEGALIDAD PER SE EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA COLOMBIANO? (I)**; Pontificia Universidad Javeriana, Centro CEDEC en www.centrocedec.org

los acuerdos, prácticas, o actuaciones anticompetitivas sino además demostrar como se afectó el mercado. En el fallo *Standard Oil Co. Vs. U.S.*, se señaló que al entrar a examinar el caso concreto se deben tener en cuenta tres aspectos esenciales: la naturaleza, el objetivo que se tenía y si se afecta la libre competencia económica.

Es Claro que para las autoridades este tipo de regla dificulta la investigación y la sanción de las conductas contraria a los preceptos legales ya que están en la obligación no solo de probar la existencia de la conducta, sino que también que por su naturaleza, por sus propósitos y si afectó en forma efectiva la libre competencia, para sancionar. Por lo tanto, lo que genera en la práctica estas dificultades a la administración de justicia es que se dificulte su intervención en los asuntos económicos y con ello mayor libertad a los agentes del mercado.

1.3.2 Regla *per se*

La dificultad probatoria y el desarrollo de los acontecimientos económicos en los Estados Unidos influyó para que las cortes adoptaran el sistema de interpretación *per se*, al que se puede vincular con una la responsabilidad objetiva, ya que la solo actuación implica el incumplimiento de los preceptos legales y por lo tanto que la actuación es ilegal. Se asume una presunción de derecho de que la actuación es ilegal. La única forma de desvirtuar la acusación es que se demuestre que la actuación no existió ya que cualquier otro argumento no es aceptado por las autoridades. Se fundamenta la aplicación de este método en nuestra jurisdicción ya que el decreto 2153 y la ley 256 de 1996 además de establecer una cláusula de prohibición general señalan unos determinados tipos en los artículos siguientes en los que se puede presumir la responsabilidad por el solo hecho de incurrir en la actuación sin que esta implique una definitiva afectación del mercado.

“El incremento del rigor en la aplicación del derecho de la competencia en esta etapa se basó en la estructuración de la regla per se, por virtud de la cual se prohíben determinadas conductas independiente de sus efectos en el mercado. Gracias a esta regla, que implica una presunción en contra del

investigado, se disminuyó la carga probatoria necesaria para condenar a los infractores de la normativa.”⁵¹

Para el caso de la presente tesis, y como se vera mas adelante, en la cláusula de prohibición general del artículo 7 de la Ley 256 generalmente se aplica la regla de la razón, al contrario de los otros tipos que se recogen en la disposición legal, los cuales se pueden desarrollar a partir de la interpretación *per se* ya que el solo cumplimiento de una actuación indicia una actuación contraria a las normas sobre competencia desleal.

Pero también encontramos que hay muchos casos en los que la investigación termina con el otorgamiento de garantías, ya que quienes las otorgan deben considerar la desventaja en la que se encuentran si son investigados por medio de la regla *per se*, ya que la autoridad, al aplicar de forma rigurosa, no debe importarle si las consecuencias son mínimas, no existen o son benéficas para el mercado. Y es este último punto es bastante importante, ya que en una economía en la que la intervención estatal es mínima, se busca que no se generen ineficiencias por culpa de factores externos, como puede ser este caso, en el que la autoridad, por el solo hecho de existir una actuación reglada en la norma entra a imponer sanciones impidiendo que el mercado se desarrolle por si sólo. Sin importar los beneficios que le trae a la actores y en especial a los consumidores tal actuación.

Recapitulación

No se puede tomar en forma independiente el desarrollo que ha tenido la hermenéutica en otras ramas diferentes del derecho ya que en este podemos encontrar en forma muy clara el debate que a caracterizado las dos posturas contrarias: la importancia de las personas al momento de interpretar y por el otro lado la ausencia o relativa poca importancia de este al momento de interpretar.

⁵¹ Londoño Miranda, Alfonso y Gutiérrez Rodríguez, Juan David: **FUNDAMENTOS ECONÓMICOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: LOS BENEFICIOS DEL MONOPOLIO VS. LOS BENEFICIOS DE LA COMPETENCIA**; Rev. Derecho Competencia. Bogotá (Colombia), vol. 2, n° 2: 269-400, enero-diciembre 2006, Pág. 289

Encontramos en la ciencia jurídica esto claro en los conflictos entre formalistas y antiformalistas. Si se acepta la importancia que tienen las autoridades administrativas o judiciales al momento de adjudicar el derecho se debe tener presente los preceptos ideológicos que tienen y además los que se pueden encontrar en el sistema. Como es claro en el sistema de interpretación del derecho de la competencia entre las reglas de la razón y la *per se*, en las que se refleja una mayor tendencia a la intervención, o ausencia de esta, por parte del Estado en la actividad económica de los particulares⁵².

⁵² “Si bien los dos modelos de análisis se han aplicado a través de la historia del derecho *antitrust*, su aceptación no ha sido pacífica para todos los casos ya que según las épocas y las diferentes corrientes de pensamiento jurídico, filosófico y económico, han hecho que se reestructure o varíe la aplicación de una regla *per se* o una regla de la razón a los diferentes tipos de casos.

Los cambios que puedan surgir en la valoración de una regla sobre otra, se pueden entender por una mejor comprensión de los hechos del mercado. Pues si se entiende que el mercado es una institución que los hombres desarrollan para el beneficio particular y colectivo de las sociedades, cuando una conducta que desarrolla una empresa o conjunto de empresas presenta mejores consecuencias o efectos en el mercado, tanto para el agente o agentes que participan, como para toda la sociedad, no se puede pretender que por la existencia de unos antecedentes o de la existencia de una regla *per se*, se pierdan los beneficios que tal hecho comporta. De igual manera si una conducta es anticompetitiva, la incertidumbre, la complejidad y los costos de procedimiento que comporta, son una carga para quien demanda y que no debería soportar desde la regla de la razón (para el caso colombiano sería la Superintendencia de Industria y Comercio . que al mismo tiempo investiga y sanciona). Esta dicotomía, es básicamente donde se asienta la discusión. Sin embargo, a la espalda de este debate sobre los costos de la eficiencia y de la aplicación o rechazo de la regla *per se*, también hay un debate menos explícito pero que sigue vigente en el enfrentamiento de esas dos posiciones” Uribe Piedrahita, Carlos Andrés: **¿Los acuerdos horizontales de precios en Colombia se resuelven por la regla *per se*?: el caso de las empresas de vigilancia y los retos del consejo de estado**; Este artículo es un producto de investigación del macroproyecto CEDEC del grupo de investigación derecho económico de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. En http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/id/23935766.html

Capítulo 2

Competencia Económica

"Yo considero a la acción gubernamental y a la acción voluntaria del mercado como diametralmente opuestas; la primera envolviendo necesariamente violencia, agresión y explotación, y la última siendo necesariamente armoniosa, pacífica y de beneficio mutuo para todos."

Murray Rothbard

"Este es el más grave peligro que amenaza a la civilización: la intervención estatal, la absorción de todo el espontáneo esfuerzo social por el Estado; es decir, la espontánea acción histórica, la cual a la larga sostiene, nutre y dirige el destino humano."

José Ortega y Gasset

"Detrás de cualquier argumento contra el libre mercado yace la falta de fe hacia la libertad en sí misma."

Milton Friedman

"deriva su poder social del poder político y económico de aquellos cuyos intereses expresa: accionistas, operadores financieros, industriales, políticos conservadores y socialdemócratas que han sido convertidos en los subproductos tranquilizantes del laissez faire, altos funcionarios financieros decididos a imponer políticas que buscan su propia extinción, pues, a diferencia de los gerentes de empresas, no corren ningún riesgo de tener que eventualmente pagar las consecuencias. El neoliberalismo tiende como un todo a favorecer la separación de la economía de las realidades sociales y por tanto a la construcción, en la realidad, de un sistema económico que se conforma a su descripción en teoría pura, que es una suerte de máquina lógica que se presenta como una cadena de restricciones que regulan a los agentes económicos."

Pierre Bourdieu

Introducción al capítulo

En el periodo actual, y muy probablemente en cualquier etapa de la humanidad, las personas no tienen la capacidad para autoabastecerse de los productos básicos para su subsistencia y, por supuesto, mucho menos la posibilidad de crear bienes no necesarios como pueden ser los artículos de lujo. Por lo tanto, las empresas en principio sirven como intermediarios entre las materias primas y los consumidores, al aprovechar la eficiencia resultado de la especialización de la mano de obra y la división del trabajo, para crear bienes y servicios a partir de los insumos y ponerlos a disposición de las personas.

La mayoría de las empresas prestan el servicio de intermediación buscando obtener un beneficio económico, se esfuerzan por emplear sus recursos de la mejor forma para así obtener un beneficio mayor utilizando medios como el análisis costo-producción, pero principalmente, sus estrategias están encaminados a la obtención de una mayor parte del mercado, es decir, ganar un mayor número de clientes y mantenerlos, para ello pueden usar tácticas que se ajustan o no a los preceptos legales; es cuando uno o varios empresarios deciden acudir a medios ilegales que el Estado interviene para que el mercado vuelva a su condición original.

Detrás de esta intervención se encuentra un importante número de posiciones ideológicas que, en sus extremos, intentan legitimar o por el contrario atacar la intervención del Estado, además de la clara adopción de una escuela económica con sus principios básicos que influye todo el sistema de competencia económica y fundamenta cualquier determinación legal que se adopte.

Como lo explican Almonacid y García, al explicar la supremacía de la economía en este caso, y de una escuela económica neoclásica en particular y su explicación científica de la economía⁵³ basada en la construcción de modelos en los que se propone que el jurista:

⁵³ Señala Mankiw en su introducción a los Principios de Economía que esta es una ciencia similar a las ciencias naturales ya que los economistas “*try to address their subject with a scientist’s objectivity. They approach the study of the economy in much the same way as a physicist approaches the study of matter and a biologist approaches the study of life: They devise theories, collect data, and then analyze these data in an attempt to verify or refute their theories.*”.

*“adopte en verdad un ateísmo jurídico, reemplazando los criterios jurídicos por verdades económicas como criterios centrales, la adopción de una teoría económica sin derecho con la cual se nos ofrece una hábil y recatada versión de tendencia permisiva del incontrolado poder de las grandes empresas y de las multinacionales, autorizada por el lenguaje propio de la de la ciencia económica a la moda, lo cual supone propugnar por una sociedad amoral, en la cual será válido jurídicamente que el débil sea sacrificado en el altar de la eficiencia del mercado, en beneficio de los grandes de la economía”*⁵⁴

Continúa argumentando el carácter científico del estudio de la economía al señalar que:

“Isaac Newton, the famous seventeenth-century scientist and mathematician, allegedly became intrigued one day when he saw an apple fall from an apple tree. This observation motivated Newton to develop a theory of gravity that applies not only to an apple falling to the earth but to any two objects in the universe. Subsequent testing of Newton’s theory has shown that it works well in many circumstances (although, as Einstein would later emphasize, not in all circumstances).

Because Newton’s theory has been so successful at explaining observation, it is still taught today in undergraduate physics courses around the world. This interplay between theory and observation also occurs in the field of economics. An economist might live in a country experiencing rapid increases in prices and be moved by this observation to develop a theory of inflation. The theory might assert that high inflation arises when the government prints too much money. (As you may recall, this was one of the Ten Principles of Economics in Chapter 1.) To test this theory, the economist could collect and analyze data on prices and money from many different countries. If growth in the quantity of money were not at all related to the rate at which prices are rising, the economist would start to doubt the validity of his theory of inflation. If money growth and inflation were strongly correlated in international data, as in fact they are, the economist would become more confident in his theory.

*Although economists use theory and observation like other scientists, they do face an obstacle that makes their task especially challenging: Experiments are often difficult in economics. Physicists studying gravity can drop many objects in their laboratories to generate data to test their theories. By contrast, economists studying inflation are not allowed to manipulate a nation’s monetary policy simply to generate useful data. Economists, like astronomers and evolutionary biologists, usually have to make do with whatever data the world happens to give them. To find a substitute for laboratory experiments, economists pay close attention to the natural experiments offered by history. When a war in the Middle East interrupts the flow of crude oil, for instance, oil prices skyrocket around the world. For consumers of oil and oil products, such an event depresses living standards. For economic policymakers, it poses a difficult choice about how best to respond. But for economic scientists, it provides an opportunity to study the effects of a key natural resource on the world’s economies, and this opportunity persists long after the wartime increase in oil prices is over. Throughout this book, therefore, we consider many historical episodes. These episodes are valuable to study because they give us insight into the economy of the past and, more important, because they allow us to illustrate and evaluate economic theories of the present”. Mankiw, N. Gregory: **Principles of microeconomics**; South-Western College Pub; 3 edition, 2003 Págs. 20-23.*

En las últimas décadas la economía se ha convertido en una ciencia experimental, en 1931 L. L. Thurstone realizó el primer experimento económico de laboratorio, su objeto de estudio fue la decisión individual. Fue hasta la década de 1960 que se cambiaron los paradigmas que gobernaban a la ciencia económica que no daban lugar a experimentos de laboratorio y se aceptó que en el caso de la microeconomía se pudieran realizar este tipo de pruebas.

En el 2002 la Real Academia Sueca de Ciencias le otorgó a Vernon Lomax Smith el Premio Nobel de Economía *“por haber establecido a los experimentos de laboratorio como una herramienta en el análisis económico empírico, especialmente en el estudio de mecanismos alternativos de mercado”*, con lo que la comunidad científica y académica terminó por aceptar la ciencia económica experimental.

⁵⁴ Apud Almonacid Sierra, Juan Jorge y García, Nelson Gerardo: **“Derecho de la Competencia”** Editorial Legis, Bogotá D.C., 1998. Pág. 48.

Aunque en el párrafo anterior se hace una generalización equivocada que desconoce la importante cantidad de variantes de escuelas y teorías económicas y lo más importante la influencia reciproca que tiene el derecho cuando se empieza a crear este tipo de análisis, y como la economía se acerca al derecho aprovechando el carácter coercitivo de este.

Para el desarrollo de este trabajo en este capítulo se intentará explicar los siguientes temas:

En primer lugar, explicar que es la competencia en materia económica, sobre que sistema se basa su desarrollo conceptual y porque en la actualidad este se impone. Posteriormente expondré el desarrollo jurídico del concepto desde los primeros desarrollos en los Estados Unidos de la ley Antitrust hasta exponer si en nuestra actual Constitución se adopta un determinado sistema económico o no. Por último, expondré brevemente el derecho de la competencia en nuestro país, para posteriormente en el siguiente capítulo entrar a desarrollar la ley 256 de 1996 y específicamente sus artículos séptimo y octavo.

2.1. Concepto de competencia en materia económica

La competencia es la condición en que los agentes del mercado⁵⁵ (productores, comercializadores y consumidores) pueden acudir a él en libertad para ofrecer bienes y servicios o para adquirirlos. Quienes ofrecen los productos bienes o servicios deben competir entre ellos para acceder a la clientela a través de diferentes estrategias y mecanismos, y los consumidores entre ellos para acceder a los bienes o servicios que desean adquirir. El concepto de competencia económica en materia jurídica surgió independientemente del que es usado en la economía.

Desde el punto de vista económico la competencia se encuentra, principalmente, dentro de dos enfoques de diferentes escuelas para su estudio, en un primer aspecto la Teoría Clásica y la Escuela Austriaca la estudian con una orientación naturalista al buscar describir y explicar los hechos. Es a partir de la Escuela Neoclásica en la que se intenta

⁵⁵ Un mercado es un grupo de vendedores y compradores de un particular bien o servicio.

establecer leyes cuantitativas para el estudio de la economía, por lo tanto se introducen las hipótesis de competencia perfecta e imperfecta que contienen unas condiciones que permiten un método de estudio científico⁵⁶.

Los términos de oferta y demanda se refieren al comportamiento de las personas cuando interactúan entre ellas en un mercado, determinando así el precio de equilibrio⁵⁷. Dependiendo del tipo de mercado el comportamiento y el precio pueden variar.

La *demanda* (D) es el rango total de cantidades de un bien o servicio que las personas están dispuestas a adquirir y que pueden pagar a los diferentes precios posibles. La curva de la demanda tiene una pendiente negativa que refleja el hecho que, en *ceteris paribus*⁵⁸, existe una relación inversa entre el precio (P) y la cantidad del bien que la gente compra.

$$Q_d = f(P) = a - bP$$

Donde:

a = Abscisa al origen, Q total del bien que existe en el mercado.

b = Pendiente de la recta

Q_d = Cantidad demandada.

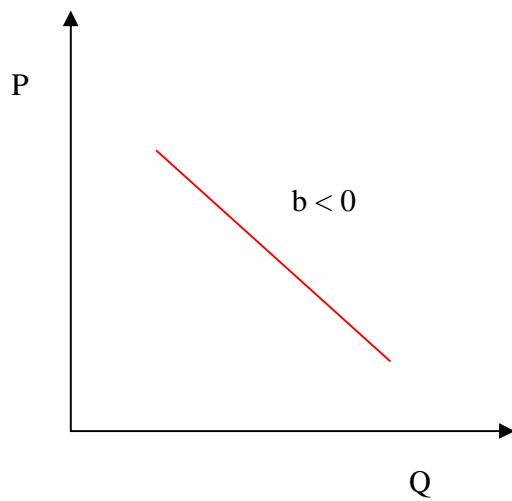
El signo negativo determina que en la demanda por la relación inversa entre el precio y cantidad.

⁵⁶ De acuerdo con el número de productores los mercados se clasifican en:

- Competencia perfecta.
- Competencia monopolística.
- Oligopolio.
- Monopolio.

⁵⁷ Adam Smith propuso que en el mercado existe una mano invisible que orienta todas las decisiones egoístas de las personas hacia el beneficio de la comunidad. El Teorema de Sonnenschein ha explicado que la unidad y la estabilidad del punto de equilibrio no están certificadas.

⁵⁸ En economía se utiliza el término *ceteris paribus* para indicar que todas las variables relevantes se mantienen constantes excepto aquellas que se van a estudiar en el momento, es decir, es una situación hipotética en la cual las variables son asumidas como constantes para analizar cómo afecta la modificación de una de ellas al modelo que se está estudiando.



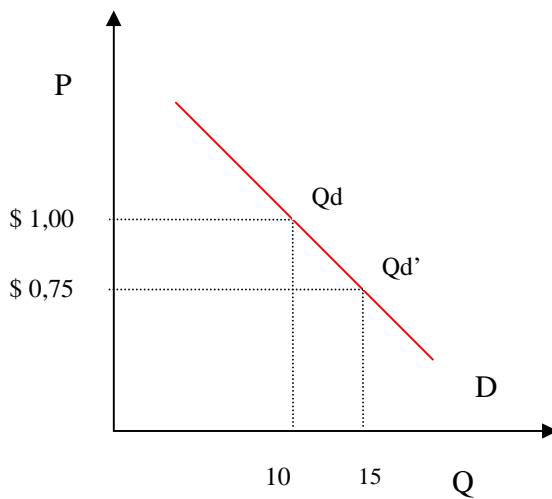
En la demanda $b < 0$ por lo que la pendiente es negativa, en la curva la pendiente se expresa como:

$$b = \frac{\Delta P}{\Delta Q}$$

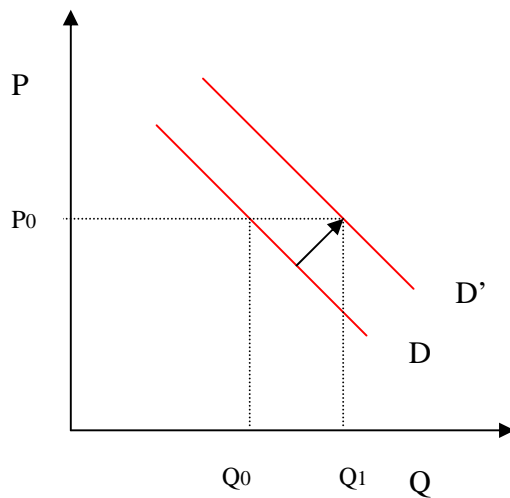
Pero el precio no es el único factor que afecta la curva de la demanda ya que estos pueden ser variados. Factores demanda: $D = f(\dots)$

- Precio.
- Gustos
- Renta
- Precio de los bienes relacionados con el producto:
 - o Bienes sustitutos.
 - o Bienes complementarios.
- Expectativas.
- Crecimiento demográfico.
- Precios internacionales.

En el modelo de demanda se supone que el comprador tiene un amplio conocimiento de los precios y no puede cambiarlos, esto implica que para cada precio del bien va a corresponder una única cantidad. El precio se expresa en unidades monetarias y la cantidad demandada en unidades físicas. La relación entre el precio y la cantidad demandada son movimientos a lo largo de curva de la demanda, cuando la variante que se modifica es una diferente al precio altera la posición de curva, la curva de la demandada se desplaza. Si el desplazamiento es hacia la derecha la cantidad demanda aumenta, al contrario, si es hacia la izquierda disminuye.



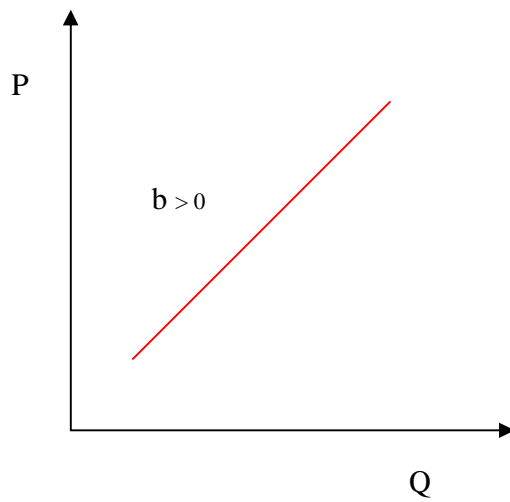
Se observa que en Q_d a \$1,00 se demandan 10 unidades del producto al disminuirse el precio a \$0,75 la cantidad demandada Q_d' aumenta a 15 unidades.



En el cuadro anterior al modificarse un factor diferente del precio, por ejemplo, los gustos de los consumidores la curva inicial (D) se desplaza hacia la derecha lo que implica un aumento en la cantidad demandada (D'). La cantidad Q_0 que en principio demandaban los consumidores al precio P_0 aumenta al estar dispuestos, por las nuevas circunstancias a consumir más por el mismo precio Q_1 .

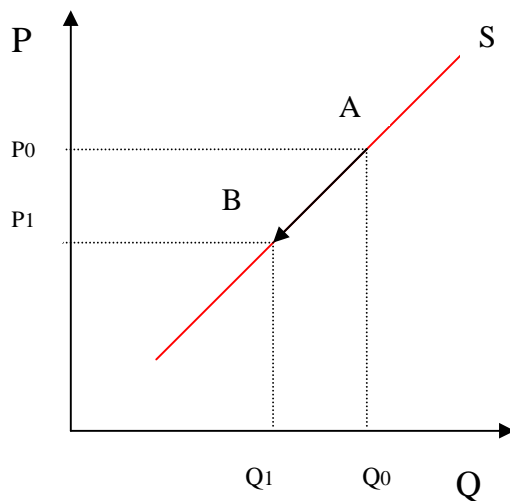
La pendiente en la curva de la demanda señala la reacción de las personas respecto de las variaciones del precio, entre más inclinada la reacciones es menor, esto implica que la elasticidad de la demanda es reducida. Los dos casos extremos son la curva vertical de la demanda perfectamente inelástica y la curva horizontal de la demanda perfectamente elástica, en el primer caso tomemos por ejemplo una droga que es necesaria en el tratamiento de una enfermedad así el precio suba la cantidad demandada continua siendo igual ya es necesaria para las personas que llevan el tratamiento (gráfico tal), no es común que se presenten estos casos.

La oferta (S) expresa la relación entre el precio y la cantidad del bien o servicio que los productores están dispuestos a ofrecer (Q_s). La curva tiene una pendiente positiva por la relación que existe entre el precio y la cantidad ofrecida, es decir, en *ceteris paribus* entre más este dispuesto a pagar el comprador el productor estará dispuesto también, a ofrecer más.



Como en $Q_s = f(P) = a + bP$ el signo es positivo expresando la pendiente de la curva.

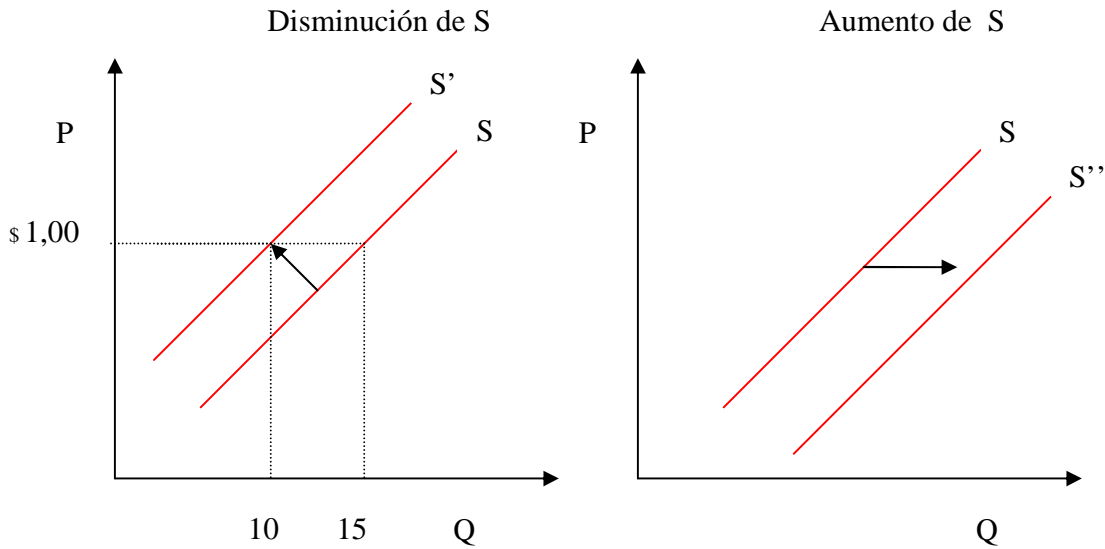
Al igual que en la demanda el precio es el factor principal de la función y una variación en este hace que la cantidad ofrecida se mueva a lo largo de la curva, si se modifica un factor diferente, los costos en los factores de producción, las expectativas, la curva se desplaza ya sea hacia la izquierda cuando disminuye o hacia la derecha cuando aumenta.



En este caso en el precio inicial P_0 la cantidad que esta dispuesto a ofrecer el productor es de Q_0 , cuando el precio disminuye a P_1 la nueva oferta B es menor Q_1 .

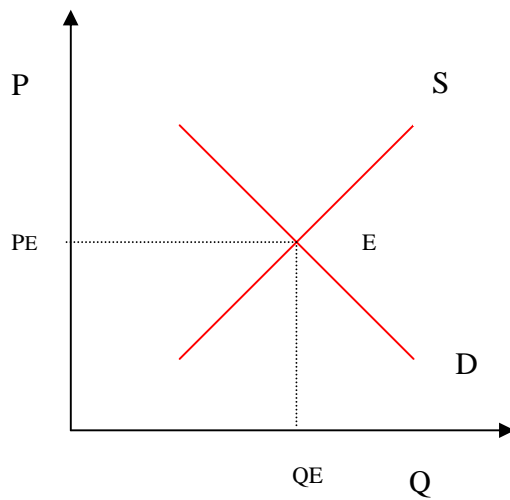
Factores de la oferta incluyendo el precio: $S = f(\dots)$

- Precio,
- Costo de los factores de producción.
- Tecnología.
- Expectativas.

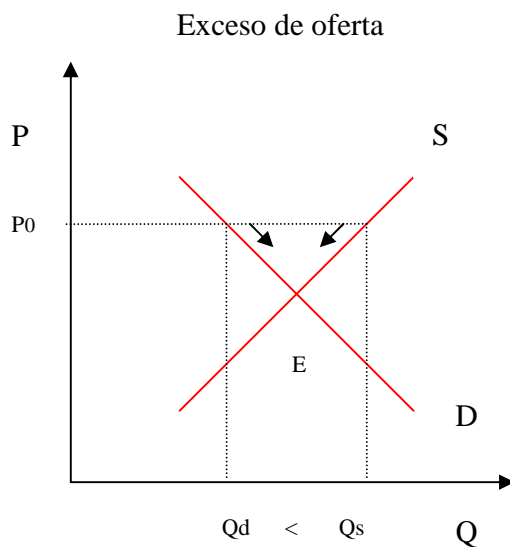


En el primero de los anteriores gráficos podemos observar que para un producto x le tenían que pagar al oferente \$ 1.00 unidad para producir 15, con el aumento en los costos de producción, ya que el gobierno, por ejemplo, le ha aumentado los aranceles a una de las materias primas necesarias, la curva se desplaza hacia la izquierda

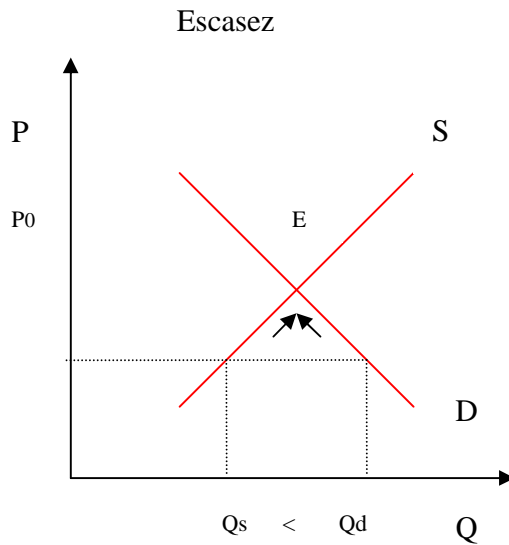
El equilibrio de mercado (E) se encuentra donde la oferta y la demanda se interceptan, es un punto estable, de equilibrio pues no hay incentivos para el cambio. Las fuerzas del mercado siempre presionarán para que el precio y la cantidad se dirijan hacia el valor de equilibrio, el precio y la cantidad se les conoce como precio de equilibrio (PE) y cantidad de equilibrio (QE).



Sin importar en donde empiece el modelo siempre tiende al equilibrio, ya que los mercados tienden a corregirse por si solos sin que sean necesarias las intervenciones externas. Para comprobar eso veamos las siguientes gráficas:



Cuando existe exceso de oferta P_0 el mercado hace que el modelo se dirija hacia el equilibrio de mercado ya que la demanda Q_d es menor que la Q_s , es decir, existe una sobreoferta del producto ya que al precio P_0 los consumidores solo demandaran pocos productos Q_d al tener un precio tan alto. Por lo tanto se deberá bajar el precio para que se puedan vender todos los productos y se alcanzará el equilibrio E .



Al darse escasez de un producto Q_s , las personas están dispuestas a ofrecer más para adquirirlo, por lo tanto se producirá más del bien hasta que se alcance el punto de equilibrio.

El coste de oportunidad es aquello a lo que se renuncia para conseguir una cosa, ya que en virtud del primer principio que plantea Mankiw⁵⁹ y por la escasez de los recursos las personas se enfrentan a la disyuntiva de escoger entre varias opciones para obtener lo que persiguen, esto es el uso alternativo de los recursos. Por lo tanto, el costo de oportunidad social es aquello a lo que debe renunciar la sociedad para obtener una cosa o lograr un objetivo. La asignación de recursos en un mercado de competencia es la distribución de estos entre diversos usos; en este punto surge un problema, ya que como los recursos son limitados y las necesidades de las personas son ilimitadas, es necesario para la sociedad escoger en que asignar estos recursos.

En un mercado de competencia ningún agente tiene la capacidad de dominar el mercado por lo que la asignación se hace por la oferta y la demanda y las decisiones las toman las personas pensando en sus propios intereses. La oferta y la demanda determinan conjuntamente los precios de los bienes, a su vez los precios determina quien y que cantidad debe producir un determinado bien u ofrecer un servicio.

⁵⁹ Ibidem Mankiw, N. Gregory: **Principles of microeconomics**.

La economía estudia como asigna los recursos escasos una sociedad, en una economía de mercado la asignación de estos recursos se hace de forma descentralizada por las múltiples decisiones de los individuos cuando actúan en el mercado de bienes y servicios. En una economía planificada la decisión la toma el Estado.

“Asumimos en este capítulo que los mercados son perfectamente competitivos. Los mercados perfectamente competitivos se define por dos características principales: (1) las mercancías que se ofrecen en venta son las mismas, y (2) los compradores y vendedores son tan numerosos en un mercado de un determinado bien o servicio competitivo (...) a fin de que cada uno tiene un impacto insignificante en el mercado.

Ningún comprador o vendedor puede influir en el precio de mercado. Porque los compradores y vendedores en mercados perfectamente competitivos deben aceptar el precio que el mercado determina, se dice, que se toman los precios.

Hay algunos mercados en los que la asunción de competencia perfecta aplica perfectamente. En el mercado de trigo, por ejemplo, hay miles de agricultores que venden trigo y millones de consumidores que utilizan el trigo y los productos de trigo. Porque ningún solo comprador o vendedor puede influir en el precio del trigo, cada uno toma el precio, tal como es dado por el mercado⁶⁰

2.1.1 Competencia perfecta⁶¹

Es un modelo que se usa para entender el comportamiento del mercado que se fundamenta en cinco supuestos:

⁶⁰ Ibidem Mankiw, N. Gregory: **Principles of microeconomics**. Pág. 66-67.

⁶¹ “A competitive market is a market in which there are many buyers and many sellers so that each has a negligible impact on the market price.” Ibidem Mankiw, N. Gregory: **Principles of microeconomics**.

I. Gran número de empresas en la industria.

La competencia perfecta solo puede darse cuando en un mercado existe multiplicidad de empresas y por si sola ninguna puede influir en el precio del mercado, ni alterar la cantidad producida total, o el consumo total del producto mediante la alteración su propia producción al aumentarla o disminuirla. De suerte que, al darse la condición en la que en un mercado existen multiplicidad de empresas compitiendo ninguna puede controlarlo ya que la producción de cada una de las empresas independiente produce una cantidad insignificante en comparación con la totalidad de lo producido en el mercado. Por ejemplo en un mercado hay 1000 empresas que compiten entre sí cada una produce 1000 unidades del producto por lo que tiene 0.001 de participación si una decide aumentar su producción en un treinta por ciento a 1300 unidades del producto su incremento en la participación total del mercado se aumenta a 0.0013 por lo tanto aunque se dio una gran expansión de la empresa en el total de la industria resulta insignificante y no cambia el punto de equilibrio en las curvas de la oferta y demanda. En este tipo de mercado las empresas son precio-aceptantes.

“El equilibrio competitivo se refiere a la coordinación descentralizada de muchas empresas y consumidores y puede ser muy difícil de explicar. Para facilitar la comprensión de competencia, muchos autores a través de los años han empleado un caso ideal, llamado competencia perfecta. Partiendo del supuesto de precios paramétricos, la competencia perfecta a demás supone que todas las empresas son idénticas en todos conceptos, incluyendo las funciones de producción y tecnología, costos, habilidades gerenciales, localización y oportunidades empresariales. Asimismo, se supone que los recursos son libres de moverse dentro de la economía, lo cual permite que empresas idénticas libremente entren o abandonen la industria. El modelo ideal de competencia perfecta es un método útil para analizar muchos aspectos importantes de corto y largo plazo del mecanismo competitivo”

Samuelson⁶² adopta el concepto de competencia pura en el que las empresas se diferencian las unas de las otras en un mercado en las oportunidades empresariales, los métodos de producción, etc. El autor enfatiza en la aceptación del precio o precio paramétrico por lo tanto lo fundamental es el precio sin importar si las empresas se diferencian entre ellas en los otros diferentes aspectos. En este caso la única variable relevante es el precio.

II. El producto debe ser homogéneo.

Esta condición implica que los productos en un mercado específico deben ser bienes sustituibles perfectos, es decir, los productos deben tener una naturaleza similar. En este caso los consumidores basan sus preferencias principalmente en el precio por lo que se aumenta la competencia. En otras palabras este elemento del modelo hace referencia a que en un mercado objeto de estudio las características del producto son iguales, en producción distribución, publicidad, etc. Y solo se diferencia un bien de los otros por el precio.

III. Ausencia de restricciones artificiales para entrar o salir del mercado.

La tercera condición necesaria para que se pueda tener un mercado con competencia perfecta es que no existan restricciones para la entrada de competidores. El mercado no debe tener ningún obstáculo tarifario, administrativo, o técnico a la entrada o la salida para que los oferentes de un bien o servicio puedan acudir a él.

IV. Ninguna empresa tiene ventaja.

Al darse multiplicidad de competidores ninguna empresa puede controlar el mercado. Es necesario en este supuesto que la posición de las empresas en los mercados sea reducida en su capacidad de control.

V. Información perfecta o ausencia de asimetrías de la información.

⁶² Samuelson y Nordhaus: **Economía**; 17ª edición. McGraw Hill. Madrid, 2003.

Este es uno de los presupuestos más importantes de la competencia perfecta y uno de los más críticos ya que supone una igualdad entre los agentes del mercado y su posibilidad de acceder a la información sin costos de transacción. La información asimétrica es una falla de mercado. Se presenta en la forma de *adverse selection* y de *moral hazard*. En 1970 Akerlof estudio la *adverse selection* en el mercado de los carros usados concluyendo que existe una gran posibilidad que solo llegaran carros en mal estado al mercado, al mostrar que como los vendedores tienen una mejor información porque conocen las características del automóvil y los compradores son conscientes de que el acudir a este tipo de bienes implica que los vendedores quieren deshacerse de ellos, principalmente, por el incentivo de los problemas del carro, por lo que están dispuestos solo a pagar un precio bajo. Las personas que deseen vender un carro en buenas condiciones, y que son conscientes de ello, no venderán su carro a un precio tan bajo (salvo que tengan una necesidad), por lo que la parte con menor información (comprador) negocie con los que venden autos en mala condición. En estas situaciones la parte sin información obtiene una *adverse selection*. *La moral hazard* es el perjuicio de una de las partes que actuando de buena fe se ve afectado por la mala fe de la otra, por ejemplo mentir acerca de las condiciones de un bien para venderlo⁶³.

Por lo tanto, cuando se cumplen con los requisitos anteriores se considera que se encuentra en un mercado con competencia perfecta, se adopta el principio según el cual si un mercado competitivo libre funciona correctamente se garantiza que los recursos se asignen de manera óptima. Estos mercados aseguran que los recursos limitados se dirijan a la producción de los bienes cuyos beneficios excedan los costos, al contrario de una economía centralizada en que esto no se puede garantizar:

“en palabras más precisas, la economía de mercado es la forma de organización social más eficiente que se conoce. En este contexto, a diferencia de la acepción convencional, un resultado de mercado es eficiente

⁶³ La Real Academia de las Ciencias de Suecia otorgo en el 2001 el El Premio Nobel de Economía a George Akerlof, Michael Spence y Joseph Stiglitz, por sus trabajos sobre “Los Mercados con Información Asimétrica”.

si no hay forma de reorganizar la actividad productiva de manera que sea unánimemente preferida por todos los individuos. Es decir, cuando la economía de mercado funciona bien no se puede mejorar la situación de alguien sin que otra persona empeore. Esto es lo que corresponde al óptimo de Paréto, por cierto un concepto muy abusado y malentendido.

El éxito de los mercados competitivos es, precisamente, conducir a una asignación de recursos que es óptima en el sentido de Paréto. Esto quiere decir que alguien podría tener la idea de remplazar el mercado para decidir cómo, qué y dónde producir pero con seguridad ni podrá dejar a todos los individuos en mejor situación económica de la que produciría el mercado por su propia cuenta.

En efecto, después de siglos de contribuciones, la teoría económica ha sintetizado estas afirmaciones en lo que se conoce como los dos teoremas fundamentales de la economía del bienestar, el primero de los cuales dice que:

- 1. si hay un número suficientemente grande de mercados;*
- 2. si todos los productores y consumidores se comportan competitivamente;*
- 3. y, si existe un equilibrio, entonces la asignación de recursos en ese equilibrio será Paréto-óptima, es decir, eficiente.”⁶⁴*

2.2 Concepto competencia en materia jurídica

En 1776 Adam Smith publica su obra “Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones” en la que plantea que los individuos al buscar sus propios

⁶⁴ Cárdenas S., Mauricio: **Introducción a la economía colombiana**; Alfaomega Colombiana S.A. Bogotá Primera edición 2007.

intereses terminan beneficiando, a través de una *mano invisible*, los intereses de la colectividad de una forma “más efectiva que si realmente intentase promoverlo”⁶⁵.

En esta tendencia la intervención estatal se considera negativa porque afectaría la libertad individual que es la esencia del mercado. Antes de Smith, existió una tendencia económica llamada el mercantilismo que partía de la premisa de *laissez faire*, en donde surgió el debate acerca de la intervención del Estado en la economía.

La tendencia de *dejar hacer dejar pasar* entró en un gran conflicto cuando en la época de la gran depresión se generó una crisis debido al efecto *burbuja* en la que entró la economía de los Estados Unidos de Norteamérica, por lo que se adoptó el *New Deal* que buscaba una mayor participación del Estado en el manejo de la economía, lo que fue adoptado por la mayoría de las economías mundiales hasta los finales de la década de los setenta cuando Margaret Thatcher y Ronald Reagan impulsaron el neoliberalismo basado en las teorías de la Escuela de Chicago fundado principalmente en el libre mercado.

Con la adopción de un modelo de libre mercado se buscó reducir la intervención del Estado para adoptar un sistema en que la función de este es la regulación, minimizando y limitando su intervención. La función principal en este escenario del Estado es buscar la corrección de las fallas del mercado.

“El objetivo de la política de competencia ni siquiera es el de obligar al mercado a actuar como competencia perfecta sino el de velar por la no obstrucción de la competencia. Recordamos que la condición fundamental de la competencia perfecta es que se maneje un producto homogéneo y que las firmas participantes actúen como si no pudieran influir sobre su precio. De manera que, aunque generalmente se presumen muchas firmas, un gran número de firmas no es condición necesaria para la competencia perfecta – tan sólo es condición que las firmas existentes actúen como tomadoras de precios.”

⁶⁵ Smith: Adam: **Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones**; México : Fondo de Cultura Económica, 1997.

Algunos economistas prefieren ver la política antimonopolio como una herramienta para mejorar la eficiencia más que para promover la competencia.

Por ejemplo, el funcionamiento eficiente del mercado es fundamental para las políticas de globalización y de apertura; es igualmente importante para la política de privatización que se acompaña de regulación y de restricciones tendientes a disuadir o moderar la creación y el usufructo de posiciones monopólicas por parte de los nuevos operadores o propietarios privados”⁶⁶

Los objetivos fundamentales del derecho de la competencia son los de garantizar la libertad de mercado y buscar la libre competencia económica de sus participantes, a través de un conjunto de normas que regulan el poder de las empresas sobre un mercado y la forma en que deben competir entre ellas. Pero que en las normas sobre competencia económica se tenga como fines los de “mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado existan variedad de precios y calidades de bienes y servicios”⁶⁷ no implica que estos se cumplan o que la intervención del estado lleve a que se realicen hechos completamente diferentes que los que se buscaban originalmente. Tomemos como ejemplo una situación que ha sido desarrollada en el análisis económico del derecho: el sistema de regulación de pesca en los océanos como modelo para explicar la eficiencia de los derechos de apropiación.

En principio, la regulación impide que durante determinadas épocas del año se pueda pescar para así crear incentivos y evitar la sobreexplotación de los recursos pesqueros, al contrario de lo que busca la prohibición en las temporadas en las que no hay impedimentos los pescadores deciden pescar mucha más invirtiendo recursos adicionales y

⁶⁶ Ibidem Montenegro

⁶⁷ Artículo 2 numeral 1 del Decreto 2153 del 30 de diciembre de 1992

así alcanzar la misma cantidad que se alcanzaría a pescar sin las regulaciones. Por lo tanto, aunque inicialmente los fines de la regulación sobre la pesca eran los de evitar una explotación de los recursos a partir de una cantidad la prohibición genera un efecto diferente ya que se da una explotación igual que la anterior a la de la prohibición pero en una sola época del año.

De la ciencia económica se pueden adoptar, además de los anteriores, los conceptos de *análisis positivo* y *análisis normativo*:

*“Los análisis positivos son descriptivos. Ellos hacen una reclamación acerca de cómo es el mundo... las declaraciones normativas son prescriptivas. Ellos hacen una reclamación acerca de cómo el mundo debería ser. Una diferencia clave entre los análisis positivo y normativo es cómo podemos juzgar su validez. Podemos, en principio, confirmar o refutar las declaraciones positivas por el examen de las pruebas. Por el contrario, la evaluación de las declaraciones normativas implica valores, así como los hechos”*⁶⁸

Por lo tanto, desde el punto de vista positivo del análisis de una ley se debe verificar cuales son sus efectos reales, en el ejemplo de la pesca el aumento de la explotación de los recursos en los meses en que no esta prohibida; el análisis normativo implicaría buscar los fundamentos ideológicos, políticos y económicos en los que se baso el legislador para adoptar una norma a través del análisis de los fines buscados y de los medios que se utilizan para alcanzar esos fines, es decir el análisis positivo explica los hechos verificables como son, el normativa señala como deberían ser. Es claro que estas dos formas de analizar la realidad están estrechamente relacionadas, ya que dependiendo de la segunda opción que se adopte generalmente se buscara un análisis positivo que busque verificar el cumplimiento de los fines que se buscaban:

⁶⁸ Mankiw, N. Gregory: **Principles of Macroeconomics**; South-Western College Pub Tercera edición, 2003

“Por supuesto, análisis positivo y normativo pueden estar relacionados. Nuestros puntos de vista positivos acerca de cómo funciona el mundo afectan a nuestra opiniones normativa acerca de que políticas son deseables. Sin embargo, nuestras conclusiones normativas no pueden venir del análisis positivo por sí solo. En cambio, se requieren tanto el análisis positivo y los juicios de valor.

Al estudiar la economía, ten en cuenta la distinción entre declaraciones positivas y normativas. Gran parte de la economía sólo intenta explicar cómo funciona la economía. Sin embargo, a menudo el objetivo es mejorar la forma en que la economía funciona. Cuando se oye a los economistas hacer declaraciones normativas, se sabe que han cruzado la línea de científico a asesor político.”(Traducción libre)⁶⁹

Se adoptó en Colombia un modelo de competencia basado en un sistema de libre mercado que tiene como presupuesto el sistema liberal neoclásico en el que las decisiones acerca de ¿qué producir?, ¿cómo serán usados los recursos de la sociedad? y ¿cuando producir?, son tomadas por los particulares:

“Un sistema de precios, de mercados, de beneficios y pérdidas, de incentivos y premios determinan el qué, el cómo y el para quién. Las empresas producen las mercancías que generan los mayores beneficios (el qué) mediante técnicas de producción que son menos costosas (el cómo), y el consumo de los individuos depende de sus decisiones sobre la forma de gastar los salarios y las rentas de la propiedad generadas por su trabajo y sus propiedades (el para quién).”⁷⁰

El derecho de la competencia se divide en dos aspectos fundamentales, en primer lugar se encuentra el derecho antitrust que obliga a los agentes del mercado a competir

⁶⁹ Ibidem Mankiw, N. Gregory: **Principles of microeconomics**.

⁷⁰ Samuelson y Nordhaus: **Economía**; 17ª.edición. McGraw Hill. Madrid, 2003.

buscando proteger el interés del público. En segundo lugar, el derecho de la competencia desleal, cuando en el mercado existe una competencia efectiva regula que esta se desarrolle dentro de un marco de legalidad y lealtad regulado por la ley 256 de 1996.

También dentro del derecho de la competencia en Colombia se incluye la integración y fusión de las empresas, buscando que no se distorsione el mercado.

El derecho de la competencia se define como un “conjunto de normas jurídicas que regula la rivalidad ente agentes económicos para la búsqueda y la conservación de la clientela”⁷¹. La Corte Constitucional en la sentencia C-535 de 1997 al estudiar el artículo de la ley 256 de 1996 señala que:

“La ley pretende garantizar la libre y leal competencia económica y 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 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”⁷².

En el mercado, cuya esencia es la confrontación entre competidores por los clientes, la regulación se dificulta pero debido a su importancia se hace necesaria. También se define el derecho de competencia pero haciendo referencia a las prácticas comerciales restrictivas o derecho antitrust como:

“Un cuerpo de estatutos, decisiones judiciales, y actividades de vigilancia y control destinadas a contrarrestar las actividades mercantiles que

⁷¹ Betancur C., Belisario: **Aproximaciones al derecho de la competencia**; Biblioteca Milenio, Bogotá, 1998.

⁷² Corte Constitucional C – 535 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

implique un peligro para la competencia del libre mercado. Las normas de la promoción de la competencia buscan controlar el ejercicio del poder económico privado mediante la prevención del monopolio, castigando los cárteles y en general protegiendo la competencia”⁷³.

2.2.1 Desarrollo histórico

La Sherman Act, primer esfuerzo legal por el control del enfrentamiento entre competidores, surgió para la protección de los pequeños empresarios que se estaban viendo afectados por la unión de empresas que estaban desarrollando un nuevo sistema más eficiente aprovechando las economías de escala y la eficiencia en producción. En la adopción del régimen antimonopolio en los Estados Unidos se demuestra la influencia que tienen los intereses políticos y no los de toda la comunidad al momento de legislar ya que no existe pruebas de que se estuviera afectando a los consumidores, por el contrario al disminuir los precios se veían beneficiados:⁷⁴

“Las primeras leyes antitrust de la historia se aprobaron en los EEUU. En las décadas de los 70 y 80 del siglo XIX tuvieron lugar avances espectaculares en la aplicación de nuevas tecnologías en un gran número de sectores económicos de Norteamérica. Cuatro grandes empresas del sector de la carne de vacuno fusionaron verticalmente sus negocios. Esta unión permitió que la nueva compañía pudiera aprovechar diversas innovaciones tecnológicas y lograra la centralización del despiece y el empaquetado de la carne. Asimismo, esta nueva forma de producción permitió poner en práctica la cadena de montaje en dicho sector y el aprovechamiento de las economías de escala.

⁷³ Berdugo Garavito, José María: **Aspectos Generales del Derecho de la Competencia;**

⁷⁴ Calzada, Gabriel: **Competencia y monopolio;** Conferencia pronunciada en la Universidad de Verano del Instituto Juan de Mariana (Tenerife, 28-30 de septiembre de 2006) y publicada en La Ilustración Liberal. Dilorenzo, Thomas J.: The case against all antitrust legislation; Mises University 2003.

El Trust del Vacuno, que es como se conoció a la nueva empresa, fue capaz de enviar el producto final de su nuevo sistema productivo a cualquier punto de los EEUU desde sus instalaciones centrales, situadas en Chicago. Esta revolucionaria forma de hacer negocio se benefició enormemente del desarrollo del ferrocarril, que había logrado vertebrar los diferentes mercados regionales del país. La aparición de los primeros vagones refrigerados también fue clave en la puesta en práctica de la nueva manera de producir carne y a la hora de llevarla hasta el consumidor.

La consecuencia lógica de estos cambios fue la caída vertiginosa del precio de la carne de vacuno en casi todo el territorio de los EEUU. Sin embargo, no pasaría mucho tiempo hasta que carniceros y vaqueros decidieran constituir un lobby para afrontar el reto que suponía el Trust del Vacuno desde una perspectiva puramente política. En vez de imitar a las cuatro empresas pioneras o tratar de ofrecer servicios diferenciados, los miembros de estos grupos de presión decidieron montar una campaña de denuncias y solicitar al poder político la paralización de las actividades de su exitoso competidor. El esfuerzo que dedicaron a tratar de privar a la nueva empresa de su derecho a competir giró en torno a dos acusaciones principales: 1) se estaba produciendo una gran concentración de tierras en las manos de unos pocos capitalistas; 2) el coste para el consumidor final de la carne no había caído de manera proporcional en relación con la bajada del precio que se pagaba a los criadores de vacuno.”⁷⁵

Al contrario de lo que se decía a favor de la implementación de la regulación entre 1880 y 1890 la producción aumentó un 175% en los mercados en que estaban los mayores monopolios, al contrario del crecimiento medio del resto de los sectores de la economía norteamericana que ascendió a solo un 24%.

⁷⁵ *Ibiden*, Calzada, Gabriel: **Competencia y monopolio**.

Si no se protegió a los consumidores que son la parte indefensa en las relaciones de mercado y por el contrario se les afectó, hay que preguntarse por los intereses que se encontraban detrás de la adopción de esta regulación:

“A la vista de lo contradictorias que resultan las acusaciones de los políticos antitrust a la luz de las variaciones de precios en ese tramo final del siglo XIX, el estudio de la correspondencia de John Sherman ha cobrado una importancia crucial. El recuento y análisis de su relación epistolar muestra que Sherman nunca recibió petición alguna para apoyar una legislación antitrust por parte de asociaciones de consumidores o individuos perjudicados por la irrupción de los trusts; en cambio, sí recibió un gran número de cartas de pequeños empresarios preocupados por las nuevas compañías y que pedían una ley reguladora de la competencia.

De hecho, el senador John Sherman intentó proteger a pequeñas empresas ineficientes de sus mayores y más eficientes competidores. Y lo hizo a pesar de los nefastos efectos de estas intervenciones sobre el bienestar del consumidor y sin que le importaran los más básicos principios de la propiedad privada o del mercado libre.

Por lo tanto, parece casi redundante concluir que la primera ley nacional antimonopolio tiene un claro origen agresionista; es decir, lo que los economistas se empeñan en llamar proteccionista, cuando en realidad se trata de una agresión a casi toda la sociedad para proteger a uno pocos. Ese es el origen de la legislación antitrust: un intento de privilegiar a ciertos productores ineficientes, de modo que no tuviesen que obedecer al consumidor.”⁷⁶

En la actualidad la Sherman Act continúa siendo el fundamento principal en los Estados Unidos de la regulación económica. Según los profesores Kovacic y Shapiro⁷⁷ al

⁷⁶ Ibidem, Calzada, Gabriel: Competencia y monopolio

⁷⁷ Kovacic, William; Shapiro, Carl: **Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking** Competition Policy Center, University of California, Berkeley, 1999

igual que Miranda Londoño y Gutiérrez Rodríguez⁷⁸ en los Estados Unidos la evolución del derecho de la competencia se divide en cinco etapas.

Las dos primera etapas entre 1980-1914 y 1914-1936, los jueces no aplicaron la norma en forma decidida, en primer lugar porque no encontraron los perjuicios a los consumidores que se buscan evitar y, en segundo lugar, por una confusa redacción de la norma en la que no se prohibían los monopolios en forma clara sino se buscaba era proteger la libertad económica, la competencia y la propiedad privada,

“Las leyes antimonopolio de EE.UU. están escritas en términos generales. Los principales estatutos ofrecer poca orientación a las empresas que tratan de cumplir con ellos o a los tribunales al momento de interpretarlos. Parafraseando sus principales disposiciones, la Ley Sherman no permite los acuerdos restrictivos del comercio y la monopolización (o su intento); La ley FTC prohíbe las prácticas desleales; y la Ley Clayton las adquisiciones que puedan disminuir sustancialmente la competencia o tienden a crear un monopolio. En consecuencia, estas leyes a veces parece que se asemejan a una prueba de Rorschach⁷⁹, en la que los tribunales y comentaristas puede proyectar una variedad de perspectivas y metas” (traducción libre)⁸⁰

Esto fue claro en 1895 cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *United States contra E.C. Knight Co.* aceptó una serie de integraciones entre diferentes empresas que les dieron el control sobre el 98 por ciento de la capacidad de refinar azúcar. Fue solamente hasta el caso *Northern Securities contra los Estados Unidos*, en 1904, cuando se afirmó que la Corte podía impedir las integraciones que condujeran al monopolio y en 1911 se dio el fallo en contra de la familia Rockefeller, *Standard Oil Co. contra los Estados Unidos*, en el que se ratificó la jurisprudencia anterior y así evitar una alta concentración del mercado en manos de una sola empresa. El Congreso de los Estados

⁷⁸ *Revista del Derecho Competencia*. Bogotá, Vol. 2, n° 2: enero-diciembre 2006

⁷⁹ Es un Test de inteligencia y habilidades sociales que se usa en los Estados Unidos.

⁸⁰ BAKER, JONATHAN B.: *A Preface to Post-Chicago Antitrust*, Washington Collage of Law, America University, 2001

Unidos consideraba que no se aplicaba la Sherman Act con todo su rigor por lo que promulgó la ley CLAYTON en 1914 y se creó la Federal Trade Comisión.

En la segunda etapa tampoco se aplica de forma drástica las regulaciones, ya que debido a los conflictos políticos y económicos que vivió ese país y el mundo se adoptaron las teorías kelsenianas de intervención estatal en el manejo de la economía:

“La gran depresión dio fuerza a ideas contrarias a las que inspiraron la Ley SHERMAN y el Estado viró hacia la intervención y la planificación de la economía. De acuerdo con profesor BAKER, esta nueva situación se hizo evidente en la decisión de la Corte Suprema de Justicia en el caso Appalachian Coals. v. United States (1933) (...)

Incluso -agrega el autor citado- se llegó a suspender la aplicación de la normativa de libre competencia por un tiempo en virtud de la Ley de Recuperación de la Industria Nacional (National Industrial Recovery Act . NIRA) que, Poco tiempo después de entrar en vigencia, esta Ley de Recuperación fue declarada inconstitucional.

En este período se confirma que el tipo de sistema económico promovido por el gobierno de un país determina el grado aplicación o no aplicación de las normas de libre competencia. En el presente caso, el apoyo a la libre competencia como medio más adecuado para que se realicen las relaciones comerciales en una economía perdió apoyo y por tanto lo mismo ocurrió con la política de libre competencia. Por último, en 1936 el Congreso expidió la Ley ROBINSON-PATMAN”⁸¹

En la tercera etapa (1936-1972) el gobierno de *Roosevelt le quitó parte del apoyo el New Deal* y buscó la reconstrucción de la economía por medio de la adopción de la competencia económica:

⁸¹ Ibídem Miranda y Gutierrez: Revista **del Derecho Competencia**. Bogotá, Vol. 2, n° 2: enero-diciembre 2006

“A mediados de los años 1930, los modelos de planificación económica que inspiró la gran esperanza en una fase temprana del New Deal habían perdido su brillo. Franklin Roosevelt le prestó más atención a los asesores que creían que la clave para la recuperación económica era la competencia. Desde 1936 hasta 1940, Roosevelt nombró a varios miembros del Departamento de Justicia, que culminaron con Thurman Arnold que seleccionó como jefe de la División Antimonopolio, montado un ambicioso ataque a las colusiones horizontales y una sola empresa dominante del mercado.” (Traducción libre)⁸²

Al adoptar la interpretación *per se* incrementó el rigor en que se aplica la normatividad de la competencia ya que en virtud de esta regla se prohíben determinadas actividades sin importar los efectos que tengan en el mercado, equivale a una presunción de derecho en la que si una conducta concuerda al tipo supuesto en la norma se considera restrictivo de la competencia. Esto disminuye la carga de la prueba del Estado ya que no es necesario demostrar que se afecta el mercado sino que con solo probar los supuestos fácticos el agente puede ser merecedor de una sanción. A partir de 1960 la Corte Suprema de EE.UU. comenzó a utilizar el análisis de la estructura del mercado relevante.

En la cuarta etapa entre 1972 y 1991 sobresale la influencia de la Escuela de Chicago ya que las cortes empezaron a tener en cuenta la eficiencia económica que puede traer la integración empresarial, adoptando como objetivos de las leyes antimonopolios y de competencia buscar el bienestar del consumidor y promover la eficiencia a través de impedir las prácticas restrictivas de la competencia y la competencia desleal para garantizar la igualdad de oportunidades dentro de los mercados a los diferentes agentes y que no encuentren barreras artificiales de entrada. Se usó la regla de la razón ya que esta permitió entrar a estudiar cada caso concreto para verificar si cumplía con el criterio de eficiencia.

⁸² Ibidem Kovacic, William; Shapiro, Carl: **Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking Competition**

A partir de 1992 la Corte Suprema de los Estados Unidos ha asumido un criterio intermedio entre las reglas *per se* y de la razón:

“En los últimos 20 años las leyes antimonopolio han evolucionado hacia un enfoque ecléctico -que se denomina criterio de planeación estratégica- que asimila los aspectos más importantes de la escuela estructuralista y la teoría de la eficiencia”⁸³

La regulación por parte del derecho de la economía, implica un gran debate ya que, según algunas escuelas económicas, la interferencia estatal lo que hace es generarle trabas al mercado e impide la regulación de este por parte del precio y la ley de la oferta y la demanda. Por lo tanto la interferencia legislativa se ha visto siempre entre la discusión de aquellos que opinan que el mercado sólo debe regularse por la ley de la oferta y la demanda y aquellos que promulgan por una mayor influencia de los Estados en la actividad económica. En el siglo pasado la discusión se vio representada por el enfrentamiento entre los economistas John Maynard Keynes y Friedrich August von Hayek, el primero es el principal representante de la corriente intervencionista, y el segundo un claro defensor de la libertad de mercado, ya que esta, según el, lo que hace es asegurar la libertad de las personas.

La regulación de la competencia desleal se inscribe dentro de una tendencia de los estados contemporáneos, que al ser concientes de las fallas de estos buscan corregirlas, en este caso, impidiendo que la competencia se desarrolle dentro de la ausencia de lealtad entre los participantes del mismo.

Es a partir de la crisis económica de 1974 que en el mundo se replantea la influencia de las teorías keynesianas,⁸⁴ y se adopta con mayor decisión el modelo liberal de la Escuela de Chicago que había sido ampliamente influenciada por las teorías acerca de la

⁸³ Ibídem Miranda y Gutiérrez: **Revista del Derecho Competencia**. Bogotá, Vol. 2, n° 2: enero-diciembre 2006

⁸⁴ Kalmanovitz, Salomon: **Economía y Nación. Una breve historia de Colombia**; editorial norma, Bogota 2003

inconveniencia de la intervención estatal de von Hayek⁸⁵. Esto impulso la adopción en los países del derecho de la competencia, en la que el Estado ya no es visto como el director de la economía sino que pasa a un segundo plano detrás del mercado como regulador de las actuaciones de los agentes del mercado, buscando únicamente que los competidores y consumidores cumplan con sus obligaciones legales y/o contractuales y se respete por parte de los ciudadanos la propiedad de terceros:

“En los últimos años se verifica en la mayoría de países del mundo una marcada tendencia hacia la convergencia en el alcance, la cobertura y la aplicación de la legislación de la competencia. Ello se debe a la creciente puesta en marcha de modelos económicos de libre mercado; a la extendida orientación hacia la liberalización de los mercados; al mayor énfasis que se brinda al bienestar de los consumidores, la eficiencia y la competitividad en las disposiciones relativas a la aplicación de la legislación sobre competencia; a la condena de las prácticas colusorias; a la limitación, eliminación o control de los abusos en lo referente a las exenciones sectoriales, personales o relacionadas con el Estado; a la mayor severidad en la aplicación de la legislación; al papel más destacado de las autoridades responsables de la competencia en la defensa de los principios relativos a la misma con ocasión de la aplicación de las demás políticas gubernamentales; a la aplicación de la legislación de la competencia a las prácticas comerciales restrictivas fuera del territorio nacional; y al robustecimiento de las consultas y la cooperación internacional”⁸⁶

La competencia desleal se diferencia de las practicas comerciales restrictivas en que aquella lo que busca proteger es que la competencia se desarrolle dentro de la lealtad que deben tener los comerciantes, y el derecho de las practicas comerciales restrictivas tiene como objetivo principal que los competidores no se unan entre ellos para distorsionar el

⁸⁵ von Hayek, Friedrich: Road to Serfdom; University Of Chicago Press; 50 Anniversary edition, 1994

⁸⁶ Díez Canseco, Luis José. “Política y legislación de la competencia”. Boletín latinoamericano de Competencia, No. 9, 1999. Unión Europea. Página 87. Cursivas fuera de texto.

mercado, es decir, mientras el derecho de la competencia busca que se compita con base a principios rectores las practicas busca que exista una efectiva competencia.

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 competencia desde el punto de vista de la economía se relaciona es con la rivalidad u oposición entre los participantes de un mercado que tienen un objetivo común, que es el de vender sus productos a un numero limitado de consumidores. Esta competencia hace que se desarrolle entre los vendedores diferentes estrategias para convencer a los consumidores de comprar sus productos, esta búsqueda para diferenciar los productos al mostrar una mejor calidad o precio es conocida como el valor agregado de los productos.

En Colombia la primera regulación de la competencia se encuentra en la ley 59 de 1959. Por otro lado, también dentro del derecho de la competencia, se encuentra el derecho de la competencia desleal regulado en nuestro país por la ley 256 de 1996. En esta regulación se busca proteger la competencia pero desde el lado de los empresarios competidores al buscar impedir que estos acudan a practicas ilícitas en su búsqueda por la clientela. Inicialmente se consideraba que el único bien jurídico que se protegía era la lealtad entre competidores independientemente de los consumidores y del interés público. Con la adopción de un modelo social se supera esta etapa y se considera que incluso dentro de la competencia desleal se debe proteger el interés público (a nivel jurisprudencial esto es conocido como competencia desleal administrativa). También están las practicas comerciales restrictivas que se regulan en el decreto 2153 de 1992.

La regulación jurídica de la competencia en Colombia se ha visto desarrollada dentro de tres etapas, que se encuentran dentro del desarrollo que ha tenido la competencia desde el punto de vista económico.

2.3 Modelo de competencia económica en la Constitución Política

En Colombia como desarrollare a continuación no se adopta un modelo económico único en la Constitución de 1991, ya que encontramos artículos contadictorios que consagran el derecho a la libre competencia económica adoptando un modelo de libertad de mercado⁸⁷ con las consecuencias políticas y económicas que ello implica, pero también en otros se refieren a un modelo de intervención del Estado (parágrafo final del artículo 333), aunque como expondré en el capítulo final, el desarrollo jurisprudencial se ha inclinado más por una posición de predominio de la libertad de mercado; de esta admisión del modelo de mercado, y del adoptado directamente por la propia Constitución (como se encuentra en los primeros párrafos del Citado artículo 333) se prohíben las prácticas restrictivas de la competencia y el abuso de la posición dominante en el territorio nacional además de la competencia desleal entre los participantes del mercado. En la sentencia T-240 de 1993⁸⁸ se señala que “La Constitución ha elevado la libre competencia a principio rector de la actividad económica, en beneficio de los consumidores y de la misma libertad de empresa”.

2.3.1 Constitución Económica

La “Constitución Económica” es un concepto que se utiliza principalmente en Alemania en referencia a los principios fundamentales que organizan la forma en que el Estado debe intervenir en la economía así como todo lo referente al sistema económico en general como es el derecho a la propiedad, la libre iniciativa particular o la libertad contractual entre otros.

⁸⁷ Artículo 333.

⁸⁸ Corte constitucional: Sentencia T-240/1993, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.)

Existe un debate en torno a la aplicación y alcances que tiene la Constitución Económica entre juristas y economistas⁸⁹. La constitución colombiana como norma de carácter jerárquico superior es vinculante en cuanto establece derechos a los ciudadanos y límites a los poderes públicos pero además consagra principios y valores.

En Colombia se impone una visión normativa de la constitución esto implica que la Carta no es solamente un documento político sin carácter vinculante sino que tiene una característica de carácter superior y obligatorio. Al contrario del constitucionalismo en el que inicialmente se buscaba impedirle a los jueces tener un mayor poder, la concepción normativa de las constituciones proviene de los Estados Unidos de Norteamérica a partir del caso Marbury vs. Madison en 1803 al dotarse los jueces de la capacidad para declarar la nulidad de las leyes contrarias a la constitución de Filadelfia de 1787.⁹⁰

La Constitución colombiana además de ser normativa tiene un carácter valorativo, esto implica que se consagran unos valores que deben ser aplicados y realizados, y unos mecanismos para lograrlo. Es claro que una economía de mercado como la que plasmó el constituyente funciona solo cuando además de la consagración de esta, el Estado garantiza ciertos derechos económicos fundamentales, tales como la propiedad privada, la libertad para escoger profesión u oficio, la libertad de asociación, la libertad de empresa y la iniciativa privada y la libertad de competencia económica.

La Constitución reconoce en los artículos 26, 38, 58, 78, 88 los derechos económicos de libertad, que son esencialmente obligaciones negativas a cargo del Estado. Ante la pregunta de si la Constitución establece un modelo económico determinado o si es

⁸⁹ Uprimny Y., Rodrigo y Rodríguez G., César Augusto: **Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho**, Versión basada en Uprimny, Rodrigo, "Modelo Económico y Constitución", ponencia presentada en el seminario sobre el tema organizado por el Ministerio de Hacienda (Bogotá, septiembre de 2004), complementada por la ponencia de César A. Rodríguez en el seminario "Constitución y Modelo Económico", organizado por Fedesarrollo y el Observatorio de Justicia Constitucional de la Universidad de Los Andes (Bogotá, 22 de noviembre de 2005).

⁹⁰ Blanco Valdés, Roberto: **El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control constitucional en los orígenes del Estado liberal**; Alianza Editorial, Madrid 1994

abierta en este aspecto⁹¹, hay que determinar si en la Carta además de reconocerse derechos económicos y limitar el accionar del Estado, en la misma están los medios o instrumentos para alcanzar las anteriores garantías, o si por el contrario no los tiene aunque sea de carácter normativa y valorativa.

En la constitución colombiana se establecen límites a la política económica que están claramente consagrados los artículos 333, 334 y 336⁹².

En la Gaceta constitucional número 46 de 1991 se señala que “el texto recomendado propone ampliar el ámbito de libertad económica y perfeccionar los elementos propios de la economía de mercado, pero al mismo tiempo precisar mejorar la responsabilidad del Estado en la conducción de la economía”.

⁹¹ Ibidem, Uprimny, Rodríguez: **Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho.**

⁹² **Artículo 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 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.

Artículo 334. *La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.*

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

Artículo 336. *Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.*

La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.

Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud.

Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación.

La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley.

El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley.

En cualquier caso se respetarán los derechos adquiridos por los trabajadores.

Ulteriormente, en el informe de ponencia para Primer Debate en Plenaria, publicado en la Gaceta Constitucional 80 de 1991, se incluyó el siguiente párrafo que fue el adoptado en el artículo 333 de la Carta:

"Artículo 1.- Libertad Económica y Competencia:

(...)

El Estado, por mandato de la Ley, impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso de posición dominante en el mercado."

En la ponencia para Segundo Debate del articulado en la motivación de la misma el constituyente señaló que:

"La Libre Competencia es principio básico de este sistema económico. La nueva Constitución lo recoge de manera expresa al señalar que ella es un derecho de todos, que como cualquier derecho presupone responsabilidades. Es un postulado que quiere tutelar de tal manera, que le impone al Estado la obligación de impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica, así como la de evitar o controlar cualquier abuso de posición dominante en el mercado nacional..."

La verdad es que poniéndose a la altura de nuestro tiempo caracterizado por la internacionalización de la economía, que implica facilitar a las empresas nacionales ser todo lo grandes que sea posible para que puedan alcanzar la capacidad competitiva que las saque avantes en el mercado internacional, no prohíbe las posiciones dominantes en el mercado nacional sino apenas su abuso."

Pero ello no implica que la Constitución institucionalice un modelo económico y excluyendo a los demás debe ser entonces abierto pero no neutro⁹³ ya que no sólo reconoce derechos liberales sino además derechos sociales con fuerza normativa por lo tanto es abierto ya que para alcanzar dichos derechos sociales puede admitir políticas económicas divergentes siempre que se cumpla con los preceptos constitucionales como la libre competencia, la propiedad privada entre otros.

El control que se debe hacer en este tipo de constituciones abiertas pero que al mismo tiempo son normativas y valorativas debe basarse en la razonabilidad de la política económica, en el que se debe evaluar si el objetivo que se pretende alcanzar y su medio para lograrlo son congruentes con los principios y valores constitucionales.⁹⁴ Esto implica que para alcanzarse los fines del Estado este puede acudir a una gran cantidad de estrategias económicas contrario a la inflexibilidad de por ejemplo las constituciones económicas comunistas anteriores a la caída de la Unión Soviética en el que el único procedimiento admisible era aquel que se ajustara al modelo comunista. Esta flexibilidad de las constituciones modernas permite enfrentar un contexto económico internacional globalizado sin caer en la arbitrariedad que podría desprenderse de una constitución neutra.

Recapitulación

La competencia es la condición en que los agentes del mercado pueden acudir a él en libertad para ofrecer bienes y servicios o para adquirirlos. Quienes ofrecen los productos bienes o servicios deben competir entre ellos para acceder a la clientela a través de diferentes estrategias y mecanismos, y los consumidores entre ellos para acceder a los bienes o servicios que desean adquirir. El concepto de competencia económica en materia jurídica surgió independientemente del que es usado en la economía. Se acude al modelo de competencia perfecta para como uno de sus presupuestos fundamentales.

⁹³ Ibidem, Uprimny, Rodríguez: **Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho.**

⁹⁴ Este es el tipo de control que puede encontrarse en los Estados Unidos en las épocas posteriores al New Deal.

No se puede entender el modelo de competencia en materia jurídica sin establecer cual fue su apoyo económico-ideológico que lo fundamenta. Para ello, se acude a sus objetivos fundamentales en busca de descubrirlo, estos son: los de garantizar la libertad de mercado y buscar la libre competencia económica de sus participantes, a través de un conjunto de normas que regulan el poder de las empresas sobre un mercado y la forma en que deben competir entre ellas. Lo que implica que se adopta una marcada tendencia hacia el sistema económico neoclásico y su forma de aproximarse a la ciencia económica.

Como se puede comprobar en el desarrollo histórico en el que se desarrolla como entre más es la tendencia a restringir la intervención estatal en la economía de los particulares mayores el uso de conceptos del modelo neoclásico y de los desarrollo de varias Escuelas como la de Chicago y mayor forma de limitar la intervención se desarrollan como es el uso de la regla de la razón que dificulta a las autoridades sancionar por la cantidad de requisitos que se exigen.

Por último así no sea clara la adopción de un sistema económico en nuestra Carta Fundamental, las autoridades han decidido tomar partida por un modelo económico, como se desarrolla en el Capítulo 4.

Capítulo 3

Ley 256 de 1996

“Uno de los más grandes errores es juzgar a las políticas y programas por sus intenciones, en vez que por sus resultados.”

Milton Friedman

"La autoridad del Estado debe tener el consentimiento de cada gobernado. No tiene más derechos sobre mi persona y propiedad que los que yo le conceda. No habrá una nación realmente libre hasta que el Estado reconozca al individuo como ente superior del que deriva toda su autoridad, y le trate en consecuencia."

Henry David Thoreau

Introducción al capítulo

En la década de los noventa Colombia y el mundo se encontraba en una profunda reformulación del sistema económico ya que con la caída de los sistemas socialistas el capitalismo se encontró sin rival y en gran parte de los países se adoptó el sistema de libre mercado y su presupuesto fundamental: el de incrementar la eficiencia económica. En Colombia el Congreso de la República promulgó la ley 256 de 1996 "por la cual se dictan normas sobre competencia desleal" que tiene por objeto garantizar la libre y leal competencia económica y 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 "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"

3.1 Modelos de competencia en la legislación colombiana

El modelo económico en que se basa esta ley, como se vio en el capítulo anterior, es el neoclásico y uno de sus presupuestos fundamentales: la "competencia perfecta", ya que este tipo de competencia solo se logra cuando se cumple con las siguientes condiciones:

I) Ninguno de los productores del bien está en la capacidad de controlar el mercado por que el porcentaje que controlan es muy pequeño; II) los productos son similares, es decir, están dentro de un mercado relevante y no tienen un sustituto cercano, son móviles lo que implica que no pueden existir restricciones en la entrada, la demanda, la oferta o el precio; III) Por último la información del mercado tiene que ser correcta y conocida por todos los agentes que participan del mercado.

Esta ley se complementa con una política económica adoptada por el país en la Constitución de 1991 en la que se busca establecer una economía de mercado. Lo que busca

es proteger el mercado al sancionar a los competidores que usan unos mecanismos que se consideran contrarios a un desarrollo correcto de la competencia. Para ello se ha adoptado una técnica legislativa en la que primero se adopta una cláusula de prohibición general, artículo séptimo, y luego se desarrollan unos tipos específicos

Se necesita dos requisitos para que una conducta ejecutada por un partícipe del mercado pueda ser considerada como contraria a la legítima competencia: en primer lugar que sea un acto de competencia en el mercado y en segundo lugar, que este pueda ser calificado como desleal⁹⁵.

Por lo tanto si el acto puede ser calificado como desleal pero no cumple el primer requisito, es decir, no es un acto de competencia en el mercado la conducta tendrá la posibilidad de ser atacada por otros medios diferentes de la acción por competencia desleal, como por ejemplo la responsabilidad civil, ya que al no cumplir con ambos requisitos no se puede acudir a las normas sobre competencia desleal ya que:

“Si bien la competencia desleal ha sido tradicionalmente concebida como una especie perteneciente al género de la responsabilidad civil, precisamente el hecho de ser una especie perteneciente a dicho género hace que la competencia desleal contenga elementos y particularidades que la diferencian de otras figuras pertenecientes a ese mismo género. En el caso de la figura que se estudia, una de las particularidades fundamentales y que caracteriza a la competencia desleal es el hecho de que la conducta que se estudie en un caso particular corresponda a un acto de competencia, pues si este elemento no se presenta, hará falta uno de los elementos fundamentales que caracterizan la especie”⁹⁶.

⁹⁵ La jurisprudencia nacional exigía, bajo la vigencia de los artículos 75 a 77 del Código de Comercio, que las partes fueran comerciantes. Con la ley 256 de 1996, al señalarse que “se les aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado” se quitó el requisito del carácter de comerciantes de quienes realicen la actuación, admitiéndose la posibilidad sea cualquier persona con la sola necesidad que sean partícipes del mercado.

⁹⁶Superintendencia de Industria y Comercio: Auto No. 3777 octubre 20 de 2004

Por el otro lado, si dentro de un mercado se ejecuta un acto de competencia pero este no tiene la calidad de desleal la estrategia será lícita, ajustada al derecho. Ahora, si esta estrategia es efectiva generara una disminución en las utilidades de los competidores que perderán clientes que se dirigirán hacia el agente del mercado que los convenció, es indudable que gracias a la estrategia algún o algunos partícipes del mercado se vieron afectados por el acto competitivo pero como este no se puede reprochar como desleal quienes sufren el menoscabo tienen que aceptarlo, pues siendo un acto lícito en el comercio, el perjuicio que tiene el agente será correspondiente a un resultado natural del proceso competencia que se vive en el mercado.

La Corte Suprema de Justicia en el 1986, al analizar la exequibilidad de los artículos 75 a 77 del Código de Comercio desarrolló el concepto de acto al señalar que:

“El desarrollo de las actividades comerciales en una economía de mercado supone necesariamente la competencia entre empresarios con el propósito de obtener la preferencia de la clientela en relación con los productos que fabrican o comercializan, o respecto de los servicios que prestan.

“La competencia, esto es, la oposición de fuerzas entre dos o más rivales entre sí que aspiran a obtener algo, tiene su significado propio en el campo de las relaciones mercantiles, pues aquello que se busca obtener no se consigue como fruto de un esfuerzo momentáneo, sino como resultado de un proceso en el que influyen factores de muy diversa índole, tales como el prestigio comercial, la calidad de los productos o servicios ofrecidos, los antecedentes personales y profesionales del empresario, las condiciones de precios y de plazos, la propaganda y el lugar de ubicación de los establecimientos de comercio.

“Considerada objetivamente, la competencia debe significar una emulación entre comerciantes tendiente a la conquista del mercado con base en un principio según el cual logrará en mayor grado esa conquista el competidor

que alcance la mejor combinación de los distintos elementos que puedan influir en la decisión de la clientela.”⁹⁷

En resumen se puede asegurar que la competencia se puede entender como enfrentamiento ente agentes de un mercado cuyo objetivo es lograr el mayor número de clientes y para ello acuden a diferentes estrategias para darle valor agregado a su producto y así lograr captar una clientela actual o potencial.

3.2 Ámbito de aplicación

3.2.1 Ámbito objetivo

En el artículo 2º de la ley 256 de 1996 se exige que para que un acto se pueda considerar como competencia desleal al señalar su ámbito objetivo de aplicación:

“Artículo 2. Ámbito objetivo de aplicación. Los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que realicen en el mercado y con fines concurrenciales.

La finalidad concurrencial del acto se presume cuando este, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero.”

Este aspecto objetivo para la aplicación de ley implica que la actuación se desarrolle en el mercado con fines concurrenciales. El fin concurrencial es un comportamiento encaminado a influir en la estructura o en la posición que tienen los operadores de un mercado, se puede considerar como objetivo, porque al examinar la actuación no se observa la finalidad o la voluntad de quien realiza el comportamiento, sino si esta tiene la capacidad para influir en el mercado.

⁹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. M.P. Dr. Hernando Gómez Otálora. Bogotá, D.E., 10 de julio de 1986.

La ley presume que la finalidad concurrencial se da cuando el acto, “*por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero.*” La Superintendencia de Industria y Comercio ha señalado que esta es una presunción legal por lo tanto puede ser desvirtuada y no puede ser considerada como una definición,⁹⁸ ya que:

“pues para que lo fuera, debería abarcar todo el definido y nada más que el definido, situación que en las presunciones no se presenta, toda vez que precisamente por ser desvirtuables, es posible que los supuestos que prevé la norma se cumplan y que a pesar de ello el acto presumido no se presente, pues el demandado tiene la posibilidad de demostrar que, si bien el hecho base existe, el hecho presumido no existe.”

Deben escapar de la presunción todas las conductas con fines no concurrenciales aunque estas puedan influir en el comportamiento del mercado. Esta solo se presume cuando tenga la capacidad objetivamente idónea para mantener o incrementar la participación en el mercado.

El legislador, en principio, al señalar el fin concurrencial de la actuación se refiere a una actuación objetivamente idónea para mantener o aumentar los clientes de quien la realiza o de un tercero, pero es claro que todas las actuaciones que tienen estos fines no implican forzosamente que el acto sea efectuado con fines concurrenciales, por lo tanto, en segundo lugar es necesario establecer una noción que contenga todas las ocasiones en las que la finalidad concurrencial esta presente y que permita excluir los casos en los que no se presenta. De suerte que, para que una conducta sea de competencia desleal, se necesita que sea un acto que se realiza en el mercado con la intención de disputar la clientela y que al mismo tiempo tenga el carácter de desleal, ya que al faltar el primero, el acto no podrá ser reprimido por las normas sobre competencia desleal por no ser un acto de competencia, y si el que falta es el segundo supuesto, será un acto lícito de competencia o de disputa por la clientela.

⁹⁸ *Ibidem*, Superintendencia de Industria y Comercio

3.2.2 Ámbito subjetivo

El ámbito subjetivo de aplicación esta claramente definido en el artículo tercero de la ley al señalar que:

“Artículo 3o. Ámbito subjetivo de aplicación. Esta Ley se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado.

La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal.”

Desde el punto de la legitimación el artículo 21 señala quienes están facultados para iniciar las acciones. Inicialmente se necesita que los intereses económicos del agente que tenga la intención de accionar, se vean afectados para lo cual se debe demostrar si participa o ha demostrado una clara intención de participar en el mercado en que ocurrieron los hecho, lo cual se relaciona con el artículo tercero al no exigirse la calidad de comerciante como requisito ni la exigencia de una competencia directa entre las partes.

De la norma se desprende que la ley de competencia desleal sólo se aplicará a los participantes del mercado aunque no se requerirá una relación de competencia entre quien promueva la acción y quien presuntamente incurrió en la conducta de competencia desleal. Por lo tanto es indispensable establecer cuándo una persona natural o jurídica, participa en el mercado.

La Superintendencia de Industria y Comercio ha señalado que: *“Una persona participa en el mercado, cuando toma parte del mismo, es decir, cuando concurre a él ofreciendo bienes o servicios, a fin de disputar una clientela”*⁹⁹. Y al referirse al mercado establece que este:

⁹⁹ Superintendencia de Industria y Comercio, Auto No. 0673 de 2006.

“no es un lugar abstracto e ilimitado, sino que frente a cada situación requiere ser precisado, teniendo en cuenta los factores que en cada caso particular toman en consideración los clientes o compradores para elegir entre las diferentes ofertas o alternativas que son puestas a su elección. Así las cosas, si un determinado productor no ofrece sus bienes o servicios a los compradores potenciales del mismo, dicho productor no participa en ese mercado, pues al no tener dichos compradores la posibilidad de acceder a la oferta, no estará el productor disputando una clientela”¹⁰⁰.

En la presente ley se amplía a los consumidores la posibilidad de defensa de sus intereses al permitirles ser sujetos activos de las acciones de competencia desleal por lo cual no solo se responde al interés de los empresarios afectados, sino que se desarrolla un interés público en la intención de proteger la lealtad de la competencia económica, dentro de una concepto más amplio del mercado en el que se incluyen a los consumidores como los destinatarios de los bienes y servicios que se ofrecen.

Es importante recordar que para que se pueda acudir a las acciones se tiene que demostrar la calidad de partícipe del mercado, lo cual le genera una carga al consumidor ya que debe probar su calidad personal de partícipe o la clara intención de ser participar del mercado. Las asociantes de consumidores que tengan por objeto lo protección de los derecho de los consumidores también están legitimadas al igual que el procurador general de la nación cuando los actos *“afecten gravemente el interés público a la conservación de un orden económico de libre competencia”*.

Las acciones en virtud del artículo 22 de la ley 256 de 1996 se puede dirigir contra cualquier persona que se haya hecho partícipe o facilitara la acción desleal. A excepción de cuando una persona natural tiene un vínculo laboral o contractual y en ejercicio de sus funciones participa, la acción se debe dirigir en contra del patrono. La interpretación de esta norma debe desarrollarse en el contexto de la ley y el alcance de esta debe fijarse en

¹⁰⁰ Superintendencia de Industria y Comercio, Auto No. 01425 de 2004.

función del sistema al cual pertenece,¹⁰¹ por lo tanto, no se debe tomar este inciso independientemente del resto de la ley ya que conduciría a una conclusión errónea, ya que en armonía con los artículos 1 y 3 de ley y el 333 de la Constitución Política de Colombia, la superintendencia de Industria y comercio ha concluido que *“para ser sujeto pasivo de la acción de competencia desleal se requiere, en primer lugar, ser participante en el mercado”*¹⁰², porque para que se pueda calificar un comportamiento como de competencia desleal, se requiere, como se señaló anteriormente, que la actuación sea de competencia en el mercado y ésta solo puede predicarse de aquella conducta realizada con el objetivo de captar una clientela actual o potencial. De suerte que, se puede establecer que es el desarrollo una actividad económica lo que convierte a un ente, cualquiera que sea su naturaleza, en potencial sujeto pasivo por que esta implica la producción e intercambio de bienes y servicios en un mercado con el fin de obtener de un beneficio o ganancia.

3.2.3 Territorial

Respecto del aspecto territorial para la aplicación de esta ley es clara la norma al señalar que:”esta Ley se le aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano”, sin importar si la acción que dio lugar al desarrollo del acto se origino en una jurisdicción diferente de la colombiana.

3.2.4 Mercado relevante

El mercado es el sitio donde confluyen los compradores y vendedores para el intercambio de bienes y servicios, este no se debe referenciar únicamente con un sector

¹⁰¹ Corte Constitucional, Cf. Sentencia C-032 de 1999.

¹⁰² Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 25429 del 14 de octubre de 2004. *“Analizando la norma arriba citada dentro del contexto de la Ley 256 de 1996, se tiene que el artículo 22 debe ser interpretado en armonía con el artículo 3º, el cual dispone que la Ley 256 de 1996, se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado, sin que se requiera la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal. Así las cosas, si bien el artículo 22 determina que “las acciones previstas en el artículo 20, procederán contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal”, tales personas deberán participar en el mercado, pues de lo contrario, la Ley 256 de 1996 no les será aplicable y en caso de que proceda una acción, ella no será de competencia desleal, sino que quien reclame por los perjuicios que le han sido causados por el acto, deberá acudir a acciones distintas, como son por ejemplo las de responsabilidad civil extracontractual”.*

físico sino que hace referencia al intercambio y pueden existir mercados no físicos como por ejemplo, el que encontramos en Internet. En la teoría económica neoclásica el mercado es una forma de solucionar el problema de producción y distribución al no existir nadie con la capacidad para dirigirlos por lo que son las leyes de la oferta y la demanda quienes organizan la producción en las cantidades adecuadas y en el precio de equilibrio.

Desde el punto de vista de la oferta, el mercado compuesto por las empresas que ofertan un producto determinado, desde el punto de vista de la demanda, el mercado está compuesto por el número de familias y las personas que demandan dicho producto

Un mercado tiene tres características:

- Es un sitio donde se realizan transacciones comerciales;
- Esta compuesto por vendedores y compradores; y,
- Debe tener una demanda o estar activo y para ello debe existir una necesidad, que quien la tenga este en la posibilidad y tenga el deseo de adquirirla.

En materia de competencia desleal el concepto de mercado es absolutamente relevante ya que es indispensable para que la autoridad examine si existe o no una actuación indebida. Las personas participan en un mercado cuando disputan con otras por la clientela.

Por lo tanto, si en el modelo que adoptan presupone un sistema en el que la principal y casi única función del Estado es la corrección de las fallas del mercado es muy importante determinar el mercado antes de iniciar una investigación.

El mercado relevante es el examen que se hace para verificar si un agente participa de un mercado específico. En cada situación requiere ser precisado teniendo en cuenta los potenciales compradores de los bienes o servicios que se ofrecen y los factores que determinan la posible adquisición por parte de ellos.

La jurisprudencia lo ha definido: *“el alcance del concepto “mercado”, debe ser considerado como el espacio jurídico en el cual cada empresario que pretende atraer para sus productos o servicios las adhesiones de los consumidores, realiza, a través de los diferentes instrumentos para lograrlo, las ofertas que conduzcan a la celebración de negocios jurídicos.”*¹⁰³

Hay diferentes criterios para determinar cual es el mercado en el que un agente participa del mercado entre los que están el demográfico o el psicodemográfico, el porcentaje que tiene sobre el mercado, y las limitantes que tiene otras personas para acceder a este, etc.

Lo más importante es determinar el tipo de producto o servicio y el ámbito geográfico de influencia de la oferta que se presenta¹⁰⁴.

*“La determinación del mercado relevante en el que participa una empresa, depende del producto o productos (bienes o servicios) que sirven para satisfacer una determinada necesidad de los consumidores, y del área geográfica en la cual se comercializan. La definición del producto o productos que hacen parte del mercado relevante, está relacionada con la capacidad que dichos productos tienen para sustituirse unos a otros en la satisfacción de las necesidades de los consumidores.”*¹⁰⁵

Encontramos en la definición del mercado una influencia de una ciencia diferente del derecho. Una influencia que esta a su vez afectada por un modelo económico a partir del cual se puede desarrollar.

¹⁰³ Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil. Magistrado Ponente: Doctor Germán Valenzuela Valbuena. Bogotá, diciembre 16 de 2004.

¹⁰⁴ Frente a este punto, la H. Corte Constitucional en sentencia T-375-95, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, ha señalado que la determinación del mercado “no sólo se precisa a partir de las coordenadas geográficas, sino también con base en el producto o bien materia de transacción. A este respecto, será decisivo esclarecer en la realidad si el bien puede resultar, en términos de precios, calidades y demás características, intercambiable por otros o no intercambiable por ellos. En este último caso, se tratará de un mercado separado; en el primero, de un mismo mercado.”

¹⁰⁵ Superintendencia de Industria y comercio: Resolución 30835 diciembre 14 de 2004

3.3 Artículo 7 Cláusula de prohibición general

La competencia económica al no ser una figura original del derecho sino de la economía genera muchas dificultades para su regulación jurídica. También se dificulta su regulación ya que la competencia desleal comprende dos conceptos jurídicos indeterminados, en primer lugar ya hemos intentado definir el concepto de competencia en los capítulos anteriores, en segundo lugar, a continuación se intentara distinguir el adjetivo desleal.

La dificultad se origina en este punto ya que se hace una calificación moral y que las conductas desleales varían permanentemente. Es por esta razón que el legislador utiliza la técnica legislativa de señalar una cláusula de prohibición general que sea lo suficientemente amplia para que contenga la mayor cantidad de posibles actuaciones desleales.

"ARTICULO 7.- PROHIBICION GENERAL: 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.

En concordancia con lo establecido por el numeral 2º del Artículo 10 bis del Convenio de París aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos 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."

En el artículo anterior se regulan todos los casos que no fueron previstos específicamente por el legislador en los artículos siguientes de la ley 256 de 1996. Se adoptó un modelo social de competencia sin que se dejara de lado por completo el modelo profesional (que se encontraba regulado en los artículos 50 al 52 del Código de comercio

derogados) cuando la ley adopto criterios para la de valoración de lealtad basados: “en los criterios corporativos, específicamente comerciales e industriales, por otra involucra el interés de los consumidores y el funcionamiento concurrencial del mercado en el que el Estado guarda un interés en benéfico del orden económico y de la comunidad”¹⁰⁶.

3.3.1 Buena fe comercial

La "deslealtad", al ser un concepto jurídico indeterminado, dificulta establecer cuales son las actuaciones que podrían incluirse dentro de esta, por lo tanto, hay que acudir al desarrollo jurisprudencial y a la doctrina. Se puede mencionar, inicialmente, que esta es la forma en que los comerciantes deben actuar de "conformidad con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente en el comercio, vale decir, con un determinado standard de usos sociales y buenas prácticas mercantiles"¹⁰⁷, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia que se pronunciado en este sentido en el año de 1958¹⁰⁸, y posteriormente en el 2001 (en la sentencia antes reseñada), al señalar que:

“... La expresión “buena fe” (bona fides) indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho se desdobra en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del decoro social; en segundo término cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad.

De suerte que, se debe entender que la buena fe equivale a actuar con honestidad y lealtad, quien actúa al contrario de estos presupuestos buscando obtener beneficios procede de mala fe.

¹⁰⁶ Jaeckel, Jorge: Apuntes sobre competencia desleal. Seminario 8 Centro CEDEC II, Pontificia Universidad Javeriana 1º Edición 1998.

¹⁰⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Bogotá D.C., 2 de agosto de 2001. Ref: Expediente No. 6146.

¹⁰⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Doctor Arturo Valencia Zea. Bogotá, 23 de junio de 1958.

La norma esta en contra es del uso indebido de los mecanismos para competir ya que estos distorsionan el mercado y no permiten la igualdad y al acceso a una información correcta y oportuna de quienes compiten en él. Protegiendo así, el bien jurídico de la lealtad entre los agentes del mercado y los medios que utilizan los competidores en la búsqueda de la clientela, al buscar que desarrollen sus actuaciones basados en buena fe comercial.

3.3.2 Sana costumbre mercantil

Al igual que la buena fe comercial y la lealtad, la sana costumbre mercantil y usos honestos industriales y comerciales no están definidos en la ley 256 de 1996. Por lo tanto al igual que en las anteriores ocasiones hay que acudir a la jurisprudencia y la doctrina para definir los anteriores conceptos, en virtud de una interpretación sistemática cuando la ley 256 de 1996 hace referencia a los conceptos anteriores deben entenderse como los fundamentos éticos con los que deben cumplir los agentes participantes del mercado.

Quienes participan en el mercado deben abstenerse de ejecutar actos de competencia desleal y comportamientos contrarios a la ética o que sean deshonestos que afecten a los competidores o a los consumidores.¹⁰⁹

Establece el Código de Comercio en su artículo 3 que la costumbre mercantil tendrá fuerza de ley cuando sea uniforme, pública, reiterada, tenida como obligatoria y no sea contraria a la ley y al orden público. Se debe probar conforme a lo dispuesto en los artículos 189 y 190 del Código de procedimiento civil, con documentos auténticos, testimonios de mínimo 5 comerciantes idóneos inscritos en el registro mercantil que den cuenta de los hechos y de los requisitos exigidos, copia auténtica de 2 decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia proferidas en los 5 años anteriores, o una certificación de la cámara de comercio correspondiente del lugar donde se quiera probar.

¹⁰⁹ Código de comercio, artículos 11 y 19

Si se alegan actos de competencia desleal fundados en una actuación contraria a la costumbre mercantil, en primer lugar se debe probar su existencia y posteriormente que se han cometido actuaciones contrarias a esta.

Las diferencia entre las sanas costumbres mercantiles y costumbre mercantil, desde un punto de vista probatorio son las siguientes: las primeras no requieren prueba de su existencia, es solo necesario que el acto sea contrario a los principios, anteriormente enunciados, que deben guardar los partícipes del mercado para determinar su infracción, por el contrario para que la costumbre mercantil tenga fuerza de ley es necesario probar la existencia de la costumbre”. Desde el punto de vista del momento en que surgen a la vida jurídica la costumbre mercantil nace por la repetición de determinados actos que hagan los comerciantes y la creencia de los agentes que esta es obligatoria.

3.3.3 Usos honestos

La costumbre para que tenga fuerza de ley necesita de dos elementos, la repetición general y constante de determinadas actuaciones por parte de los comerciantes y una valoración por parte de estos al creer que aquellas son obligatorias. Los usos son como la costumbre sin el elemento subjetivo, es decir, son los elementos materiales, las actuaciones uniformes, públicas y reiteradas realizadas por los comerciantes. El legislador decidió adoptar esta figura copiándola del artículo 10 del Convenio de París.

3.3.4 Que el acto esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor.

En principio se podría entender que la norma llegaría a prohibir un importante número de las actuaciones de los comerciantes ya que muchas de estas lo que buscan es afectar la decisión del comprador potencial, a través de mecanismos como la publicidad o las ofertas públicas. Literalmente la prohibición consagrada en este artículo desconoce la

realidad del mercado, del mercadeo y de la publicidad, cuyo objetivo principal es el de conseguir más clientes, y para ello afecta la decisión del comprador o consumidor.

Por lo tanto es importante interpretar esta parte sistemáticamente con el resto del artículo por lo que se puede concluir que se considera desleal afectar la decisión del consumidor cuando esta se hace a través de mecanismos que sean contrarios a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, o los usos honestos en materia industrial o comercial que son los parámetros que la ley señala para valorar la deslealtad de una actuación.

3.3.5 Que afecte el funcionamiento concurrencial del mercado

Se deben seguir los mismos criterios para interpretar esta prohibición señalados anteriormente, ya que no cualquier acto es constitutivo de competencia desleal por haber afectado el funcionamiento concurrencial del mercado, sino que se debe solo sancionar los actos desleales, es decir los que son contrarios a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, o los usos honestos en materia industrial o comercial.

Recapitulación

Se puede concluir de este capítulo que en el desarrollo del modelo de competencia desleal el derecho se ha visto fuertemente influenciado por doctrinas provenientes de la ciencia económica y de la ideología económica que moldea el sistema que en la actual predomina: el neoclásico. Es por ello que encontramos conceptos que solo se pueden explicar a partir del acercamiento al sistema capitalista, como son por ejemplo el mercado relevante, la buena fe mercantil o los usos honestos, entre otros, es decir, solo a partir de un sistema de libre mercado capitalista se pueden apropiar estos conceptos.

Capítulo 4

Hermenéutica del derecho de la competencia, estudio de la prohibición general del artículo 7 de la Ley 256 de 1996.

“Creo fuertemente que se necesita más participación democrática, más dialogo democrático en la toma de decisiones económicas. Si algo le ha hecho daño al país es la politización del debate económico que empezó en 1990 a raíz del posicionamiento de los llamados neoliberales. Las ideologías orientan pero no son dogmas y lo que ha sucedido en Colombia es que quienes creen en el mercado lo han convertido en dogma de fe, descalificando a quienes no comparten estas ideas. La situación se ha tornado tan crítica que los profesionales ubicados en la ortodoxia neoliberal ignoran los nombres de destacados economistas que están en la otra orilla”

Joseph E. Stiglitz en entrevista al diario Portafolio, Bogotá

“cuando el orador se mantiene en el ámbito no adulterado del discurso de los derechos, el problema es que la afirmación es una petición de principio. El orador parece no advertir que existe un contraderecho que puede ser reivindicado en el mismo tono de voz y que neutraliza al primer derecho”

Duncan Kennedy

Introducción al capítulo

Dentro del sistema en el que se desarrolla el derecho de la competencia económica es clara la influencia de un modelo económico, por una sencilla razón: se parte de este para el desarrollo del sistema legal. Es por ello que, sólo a partir de la aplicación de los conceptos que se traen de la ciencia económica¹¹⁰ se puede entender el ordenamiento legal. Pero si se parte de el modelo capitalista como fundamento de la ley 256 de 1996 no se debe desconocer que incluso dentro de este hay varias tendencias, para el objeto de la tesis se exponen dos respecto de la intervención del Estado en la libre iniciativa privada. En el primero, se busca una mayor libertad en actividad de los particulares y restringir la intervención estatal, por otro lado, encontramos, en segundo lugar, aquellos que opinan que el mercado no tiene la capacidad para autorregularse y por lo tanto la intervención estatal debe ser mucho mayor. En el segundo capítulo señalé como en la Constitución Política de Colombia no se encuentra claramente definido un modelo económico específico, pero también en el primero desarrolle la importancia que tienen las autoridades al momento de adjudicar las normas jurídica y como estas se ven obligatoriamente sumidos en sus propias ideas preconcebidas acerca de los casos que tienen que fallar, así no sean consientes de ello. Por lo tanto, en el presente capítulo, analizaré la jurisprudencia de las Altas Cortes y los fallos de la SIC respecto de la aplicación del artículo 7 de la ley 256 de 1996. Con ello buscare demostrar como, así no se puede encontrar un claro sistema económico en la Constitución Política, las autoridades han adoptado la tesis contraria, es decir, ellos optaron por un modelo capitalista de libre mercado en el que la principal función del Estado debe ser la regulación, y minimizar la intervención directa.

No se debe caer en el error, y ese no es el objetivo del trabajo, que la adopción de un modelo económico es totalmente arbitraria y explicada únicamente por los prejuicios de los adjudicadores judiciales. Por el contrario, es claro dentro de todo el sistema judicial en especial, y principalmente, en el derecho privado¹¹¹, una marcada tendencia hacia ese

¹¹⁰ Tomemos por ejemplo: mercado relevante, competencia, etc.

¹¹¹ Monateri, P.G.; Samuel, Geoffrey: **La invención del derecho privado**; Colección Universitaria. Ciencias sociales y Humanidades. Nuevo pensamiento Jurídico Bogotá.

modelo. Es por eso que en el capítulo segundo explique como hay conceptos que sólo se pueden entender dentro del modelo económico antes reseñado.

4.1 Casos

En el primer capítulo planteé una teoría general de la interpretación en la que señale como a lo largo del tiempo la forma en que las personas se acercan a esta disciplina se ha visto bifurcada entre las opiniones en las que se destaca la importancia del intérprete y las que la rechazan. La forma en que lo hice fue aproximándome de una forma muy general desde un punto de vista ajeno al sólo aspecto jurídico, por lo cual los argumentos son aplicables a cualquier texto canónico. Concluí aceptando la importancia que tienen sujeto cognoscente sobre el objeto que conoce, modificándolo, es decir, considero que al momento de acercarse al texto jurídico la persona que lo interpretará está inevitablemente influyéndolo, por lo tanto, es presupuesto que una autoridad que debe aplicar una norma esté inevitablemente adoptando una posición ideológico-política de cual debe ser el objeto de esta. La influencia no es solo conciente, sino, principalmente, inconciente depende de factores sociales, psicológicos, evolutivos, religiosos... de los cuales ninguna persona puede ser ajena.

Posteriormente me acerqué, también de forma general, a la interpretación jurídica en especial a la que es usada en el derecho de la competencia y sus dos métodos principales la regla de la razón y la regla *per se*. Planteé, al estudiar el desarrollo histórico de ambos métodos (2.2.1) que dependieron de la postura que en el momento estuviera en auge respecto de la mayor o menor intervención estatal se usa uno u otro preferiblemente. Concluyendo que cuando la intervención estatal se relaja se acude con mayor regularidad a la regla de la razón en la que se puede entrar a examinar circunstancias diferentes a la simple ocurrencia de un hecho, como la eficiencia de la actuación o que no se afecte el mercado (ejemplo que use en 2.2.1 respecto del cartel vacuno), al contrario si se busca aumentar el intervencionismo estatal se usa con mayor dependencia la regla *per se*.

4.1.1 Autoridad judicial (Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional)

Cuando un acto se realiza en el mercado con fines concurrenciales y resulta contrario a las sanas costumbre mercantiles, a la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o que esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o del consumidor o el funcionamiento del mercado, se considera constitutivo de competencia desleal, en principio debería ser analizado por medio de la regla de la razón ya que se debería entra a analizar cada uno de los casos para determinar la culpabilidad de los investigados. en los siguientes presupuestos de la norma el uso de la regla *per se* es claro ya que esta presume que si se cumplen con los anteriores requisitos las actuaciones deben ser ilegales, como vimos en los anteriores capítulos esta forma de interpretación se desarrollo en un momento en los Estados Unidos en los que los jueces aumentaron su intransigencia respecto del abuso de las empresas razón por la cual adoptaron este modelo e implica una menor oportunidad de defensa por parte de los investigados ya que cualquier acto que cumpla con los supuestos generales contemplados en el artículo 7 será desleal, y solo se podrá pobrar que la conducta no existió de lo contrario habrá sanción.

Pero la decisión acerca de aumentar o no la rigidez en la forma en que se investiga para decidir si hay espacio para una sanción depende de la preponderancia que en el momento asuman los jueces respecto de la visión que tengan del manejo de la economía por parte del Estado, como veremos a continuación, en Colombia se ha dado a partir de la Constitución de 1991 una mayor importancia a la no intervención del Estado a través de la liberalización y privatización de la economía.

En primer lugar, posterior a desarrollar los diferentes pronunciamientos de las Cortes y la SIC, aplicaré el método adoptado por Derrida de Inversión de Jerarquías para explicar porque hay diferencia entre el individualismo que en el derecho privado especialmente en el de la competencia privilegia la libertad-individual sobre la relación intervención-equidad, pero ambos, según la tesis deconstructivista, son igual de importantes

ya que las propiedades que se atribuyen al primero incluyen las del segundo. Con la jurisprudencia que se transcribirá a continuación, se demuestra la importancia que le dan los jueces y la SIC a la libre competencia y los beneficios que esta tiene para la economía. A continuación transcribiré algunas de las más importantes resoluciones de la SIC y jurisprudencias de los jueces en los que se hace referencia a esta prohibición general para luego analizar el desarrollo de los mismos.

“El otro factor a tener en consideración para dilucidar los señalados cuestionamientos, es el concerniente con los mandatos asentados en la materia por la Constitución Política de 1991 que, sin lugar a dudas, le imprimió una nueva percepción a las mencionadas reglas del Código mercantil. Por supuesto que el artículo 333 de la Carta Política, consagra que “la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”, y que “la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común”; de ahí que el Estado, “por mandato de la ley”, deba impedir “que se obstruya o restrinja la libertad económica” y evitar o controlar “cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”, directrices a las que hay que añadir las asentadas, entre otros, por el artículo 336 ejusdem, orientadas a restringir la existencia de monopolios y, desde luego, por el artículo 88 el cual, para efectivizar la libertad de competencia, prevé una acción popular.

Por supuesto que esa particular protección de la libre competencia tiene como estribo las bondades que de ella emanan y que se evidencian en el eficiente funcionamiento de los diferentes mercados y en la posibilidad que le brindan al consumidor de escoger entre diversas cantidades y calidades de productos y servicios, y gozar de las últimas innovaciones a mejores precios, amén que estimula a los empresarios para aumentar su eficiencia, sin olvidar que propende por la protección del interés público materializado en el

beneficio que obtiene la comunidad de una mayor calidad y mejores precios; y, en fin, porque fomenta el respeto al principio constitucional a la igualdad.

Puestas así las cosas, aflora diáfananamente que la interpretación de las reglas relativas a la competencia económica en general y de la competencia desleal en particular, ya sean las contenidas en el Código de Comercio, o en estatutos posteriores, debe nutrirse de las reseñadas directrices constitucionales, lo que ha de llevar al intérprete a privilegiar, entre otros principios, el de la libertad económica y empresarial, el de la libertad de concurrencia en el mercado de todos los interesados, y a destacar el enunciado conforme al cual la protección constitucional gira prioritariamente en torno a la protección de la transparencia, eficiencia y competitividad del mercado, junto con la protección de la persona del competidor.

Desde esa perspectiva constitucional reluce palmario, entonces, que la regulación de la competencia desleal está enmarcada en la de la competencia económica, y que esta última está enderezada a consolidar mercados competitivos y a reprimir toda práctica anticompetitiva, todo ello con miras a hacer efectivo el derecho a la libre concurrencia, a asegurar la posibilidad de cualquier persona para acceder al mercado de bienes o servicios, a velar por la eficiencia del mercado y, en general, a impulsar el desarrollo económico del país.”¹¹²

En otras sentencias podemos encontrar posiciones similares, veamos:

“Como es de público conocimiento, con el triunfo de la Revolución Francesa, advino el régimen capitalista en la producción y distribución de bienes y servicios, al cual le son consustanciales los principios de la iniciativa privada y la libre competencia mercantil, conocidas entonces como las

¹¹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL Magistrado Ponente: PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA, del diecinueve (19) de diciembre de dos mil cinco. Expediente 4018

libertades de industria y de comercio, las que fueron consagradas como garantías individuales en las Constituciones Políticas promulgadas en el siglo XIX y desarrolladas luego legislativamente en los Códigos Civiles y Comerciales que siguieron como modelo la legislación francesa.”¹¹³

Es claro la importancia que se le asigna al libre intercambio de bienes en el sistema económico del país, le otorga cualidades como las de beneficiar la igualdad al fomentar la competencia, la transparencia y la eficacia. En otra sentencia encontramos posiciones similares:

“La figura jurídica de la “competencia desleal” está consagrada en los artículos 75, 76 y 77 del C. de Co., normas que enuncian algunos de los casos en que pueden incurrir en ella los comerciantes, definida como la “abusiva práctica del comercio por quien trata de desviar, en provecho propio, la clientela de otra persona, establecimiento comercial o industrial, empleando para conseguirlo, equívocos, fortuitas coincidencias de nombres, falsas alarmas o cualquier medio de propaganda deshonesto (...)

En sentencia de 10 de julio de 1986 que guarda vigencia frente a la Carta Política actual, esta Corporación hizo las siguientes precisiones respecto de la institución:

“La competencia, esto es, la oposición de fuerzas entre dos o más rivales entre sí que aspiran a obtener algo, tiene su significado propio en el campo de las relaciones mercantiles, pues aquello que se busca obtener no se consigue como fruto de un esfuerzo momentáneo, sino como resultado de un proceso en el que influyen factores de muy diversa índole, tales como el prestigio comercial, la calidad de los productos o servicios ofrecidos, los

¹¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA Magistrado Ponente: Dr. PEDRO LAFONT PIANETTA Santafé de Bogotá D.C., nueve de junio de mil novecientos noventa y ocho ; Expediente No. 5036

antecedentes personales y profesionales del empresario, las condiciones de precios y de plazos, la propaganda y el lugar de ubicación de los establecimientos de comercio.

“La competencia permitida según esas disposiciones, es aquella que se adelanta libre de procedimientos tortuosos o ilegítimos. Por tanto, la conciben ajena a mecanismos consistentes en descrédito para el competidor, en cualquiera de sus formas, o en desorganización del mercado en su conjunto. Tales normas parten del principio, universalmente aceptado, según el cual la clientela se alcanza mediante la afirmación de las propias calidades y el continuo esfuerzo de superación y no a través de la artificial caída del rival”. (por el cual se declaró exequibles los artículos 75, 76 y 77 del Código de Comercio, con excepción del inciso final de este último precepto (G.J. T. CLXXXVII, Segundo Semestre de 1986, págs. 24 y 25). (...)

De manera que en un modelo de economía abierta como el nuestro (art. 333 C.N.), donde reina el libre juego de la oferta y la demanda en el que se promueve como forma para alcanzar la eficiencia y la adaptabilidad de la economía con miras a la expansión e incursión en los mercados mundiales, en el que existe libertad de competencia dentro de un plano de igualdad jurídica y de necesario respeto por el derecho de cada competidor (artículo 19-6 C. de Co.), es innegable que la naturaleza del acto calificable de acuerdo con la ley como desleal, es suficiente para que adquirieran viabilidad las sanciones en estudio, con cuanta más razón si ese entendimiento se adecúa mayormente a la utilidad práctica de la institución que impone, por su propio cometido al legislador y al amparo de claro mandato constitucional, velar por el orden del mercado y por la erradicación, con miras a preservarlo, de prácticas reprochables que por su objeto o por sus efectos lo desquician.¹¹⁴

¹¹⁴ Corte Suprema de Justicia; NICOLAS BECHARA SIMANCAS Santafé de Bogotá, D.C., doce de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995). Expediente No. 3939

La Corte Constitucional también se ha pronunciado respecto del tema en la Sentencia C-535/97, al hacer referencia de la competencia desleal, promulga que el sistema económico consagrado en el modelo económico de la Constitución¹¹⁵ beneficia la libre competencia económica.

“La ley pretende garantizar la libre y leal competencia económica y 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 "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. (...)

En su mayor número los actos constitutivos de competencia desleal descritos en la Ley 256 de 1996, no quedan comprendidos dentro del derecho a libertad de empresa garantizado por la Constitución Política. La conducta denominada "acto de engaño", consistente en inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos - por ejemplo -, no puede considerarse bajo ningún respecto que hace parte del derecho a la libertad de empresa, al cual se refiere la Constitución con las expresiones "libertad económica", "actividad económica libre" o "libre iniciativa privada". De la misma manera pueden analizarse los restantes comportamientos desleales, tales como los llamados actos de confusión, descrédito, violación de secretos, inducción a la ruptura contractual, violación de normas, entre otros. En todos estos casos, la prohibición legal no restringe propiamente un derecho o libertad constitucionales, puesto que no entra a regular ni el ámbito de éstos ni afecta en modo alguno su tratamiento

¹¹⁵ Respecto de si existe o no un modelo económico constitucional mirar el capítulo de competencia

jurídico. Por consiguiente, la limitación legal por no entrañar "limitación legal a un derecho constitucional", no necesita sujetarse al riguroso examen que se realizaría de ocurrir esto último; bastaría, para este efecto, determinar si la restricción corresponde a los poderes ordinarios del Congreso, lo que ciertamente no se remite a duda en relación con los actos y hechos que se suceden en el mercado y que resultan contrarios a la buena fe comercial, a las sanas costumbres mercantiles y al adecuado y correcto funcionamiento de los espacios colectivos de negociación. La prohibición que establece la ley, por lo tanto, representa una limitación a un derecho constitucional, que justamente por serlo no puede examinarse únicamente desde el punto de vista de la competencia del legislador, sino también habrá de contemplarse desde la perspectiva del núcleo esencial del derecho mencionado."

4.1.2 Autoridad administrativa

Por supuesto, la Superintendencia de Industria y Comercio en sus resoluciones también privilegia la libertad de competencia como presupuesto básico para el desarrollo de la economía en nuestro país. Esta entidad parte de los presupuestos básicos de la economía de mercado, para el desarrollo de sus tesis al aplicar las normas de competencia, y su principal función es la de corregir las externalidades naturales al sistema económico capitalista y buscar que se cumpla con la libre competencia económica. En la Resolución 4987 de Marzo 09 de 2004, uno de los principales pronunciamientos que hasta el momento ha dado la entidad, discute respecto la importancia del cumplimiento de los presupuestos de lealtad en las actuaciones de los agentes del mercado. Si no se incurre en situaciones que desvirtúan los presupuestos básicos del sistema:

“En este orden de ideas, el bien jurídico y el valor supremo que tutela la Ley 256 de 1996, es la lealtad empleada en los medios para competir, lealtad cuya noción y fundamento se encuentra contenida en el inciso primero del artículo 7° de la propia regulación y en los desarrollos que de dicho

inciso se hace en las normas subsiguientes del capítulo segundo de la Ley 256 de 1.996. (...)

Así las cosas, para este Despacho el actuar de la accionada en el comercio, no se ajustó a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones, pues de haber seguido esos mandatos, no habría incluido sin autorización la imagen de un personaje público y reconocido en la promoción objeto del presente debate, sino que sólo lo habría hecho, una vez hubiera llegado a un acuerdo con el señor Juan Pablo Montoya o sus representantes.”

116

Pero también es preponderante la influencia del libre mercado para el cumplimiento del sistema capitalista:

“Finalmente, los antecedentes históricos de la Ley 256 de 1.996 llevan a la conclusión de que las sanas costumbres mercantiles, reflejan un valor moral que desborda su asimilación formal y ritual con las costumbres mercantiles. Así lo expresó el Legislador al exponer que “la tipificación del comportamiento desleal se apoya en una cláusula general que tiene en cuenta el obrar de buena fe comercial y dentro del normal y honrado desenvolvimiento de los negocios”, y al determinar que el artículo 7º de la ley, estuviera en concordancia con el numeral 2 del artículo 10 bis del Convenio de París aprobado mediante Ley 178 de 1994 y que dicha norma contuviera “una definición general de competencia desleal, de forma similar a la que contenía el artículo 10º de la Ley 155 de 1.959”. Así las cosas, el Legislador basó la represión de la deslealtad en la noción de “usos honestos en materia industrial y comercial” contenidos en el Convenio de París y en la represión de los actos que sean contrarios al honrado y normal

¹¹⁶ Resolución 4987 de Marzo 09 de 2004 de la Superintendencia de Industria y Comercio

*desenvolvimiento de las actividades industriales y mercantiles, con lo cual se enfatizó el carácter ético de la competencia desleal. (...)*¹¹⁷

También resalta el libre mercado:

“

1. El sistema de libre competencia permite la libertad de entrada y salida a los mercados, la libertad de que cada vendedor ofrezca el precio que de forma independiente defina, con base en su estructura de costos y las condiciones del mercado, que ofrezca las calidades y cantidades de productos que desee, y que los consumidores elijan libremente qué comprar. Bajo estas condiciones, los precios de mercado reflejan el punto de equilibrio entre oferta y demanda y asignan con eficiencia los diversos recursos disponibles.

*2. Estas condiciones del sistema de libre competencia son benéficas, porque contribuyen a un mejor desarrollo de la economía y tutelan de manera efectiva los intereses de los productores, de los consumidores y del Estado mismo. Estos beneficios hacen que la libre competencia sea protegida, para lo cual se han promulgado las normas de promoción de la libre competencia.”*¹¹⁸

En otros conceptos de la misma entidad encontramos la importancia del libre mercado:

“La Constitución Política de Colombia en su artículo 333 establece como principios orientadores del Estado Social de Derecho colombiano la libertad de empresa y la libertad de competencia.

¹¹⁷ Resolución 31714 del 19 de noviembre de 2003 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

¹¹⁸ CONCEPTO NÚMERO 98029580 del 09 de junio de 1998 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

La libertad económica, como concepto ligado a la libre competencia, a la libertad de empresa y a la libre iniciativa privada, como todos los derechos y libertades dentro de un marco de un Estado Social de Derecho no es absoluta sino que, se encuentra limitada por los derechos de los demás y por la prevalencia del interés general. De esta manera, los agentes económicos no se encuentran legitimados para actuar de forma arbitraria en el mercado sino que deben respetar las reglas que el legislador haya previsto en aras de proteger la libre competencia.”¹¹⁹

“La libre competencia como principio constitucional. Dentro del marco de un Estado Social de Derecho, la Carta Política de Colombia consagra el derecho a la libre competencia económica y reconoce que la misma comporta responsabilidades. En este sentido, las personas que concurren al mercado para hacerse a una posición y cautivar una clientela, deben obrar respetando el principio de la buena fe comercial y las sanas costumbres mercantiles, utilizando medios leales que permitan que sea el juego de la oferta y la demanda y la libre escogencia del consumidor los que definan la lucha; de lo contrario, la conducta se hace reprimible.”¹²⁰

Por lo tanto, como es reiterado por las autoridades judiciales y administrativas, se parte del presupuesto básico de la importancia del libre mercado y como este beneficia el intercambio de bienes entre las personas y beneficia entre otros la igualdad al favorecerse la competencia y así permitirle a los consumidores adquirir mejores productos a precios más baratos. Pero las razones que sirven para privilegiar la libertad de empresa sirven también para privilegiar la equidad,¹²¹ ya que la regulación ayuda para que se cumpla la competencia perfecta por las externalidades, por lo tanto, para que halla verdadera competencia no se debe desregular todo (Stiglitz), sino que se debe buscar el justo medio

¹¹⁹ Concepto 03018195 del 26 de Marzo de 2003 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

¹²⁰ Concepto 02016906 del 18 de Marzo de 2002 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

¹²¹ García Villegas, Mauricio; Jaramillo Isabel Cristina; Saldarriaga, Esteban: **Crítica Jurídica Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos**; Ediciones Uniandes, Bogotá Colombia 2006. Pág. 301.

entre intervención y desregularización ya que como lo demuestra la historia el exceso de intervención estatal afecta tanto la economía que termina siendo contrario a lo que busca.

4.2 Influencia del modelo en la aplicación judicial

El privilegio que se le da a la libre competencia es un sesgo de la importancia que se le da al individualismo en el modelo jurídico actual, porque cuando se busca privilegiar la equidad se empieza a utilizar el método de interpretación mas agresivo en contra de los empresarios que incumplan con las normas de competencia, al contrario, cuando se privilegia la libre iniciativa privada se suaviza la forma de interpretación dando unas mayores posibilidades de defensa a los investigados.

Miremos un caso en el que por el uso que se les da a las reglas de interpretación la severidad aumenta al entrar a fallar la autoridad fundado en la regla de la razón, suponiendo una mayor capacidad estatal par interferir en la actividad particular.

En la resolución 28350 de Noviembre 22 de 2004 en el informe presentado ante el superintendente se recomienda la sanción a las empresas Cooperativa de Transportadores Zipaquirá, Transportes Rápido Nietos Ltda y Cooperativa Colombiana de Trasportadores Ltda., por de pactar los fletes de transporte. Como en el informe se utiliza el método de interpretación *per se*, bastaba que se probara la existencia del pacto sin importar, como lo resaltan los representantes de las compañías, que no existiera una afectación del mercado. Por lo tanto, al ver la argumentación de la SIC para imponer la sanción es claro que se permite una mayor intervención estatal a través del Superintendente veamos:

“Lo que si está en firme, es un pronunciamiento del Consejo de Estado en el cual refiriéndose a una sanción impuesta por esta Superintendencia, señaló que (...)” no [es] conducente realizar valoraciones de tipo subjetivo respecto de la conducta sancionada, como la de si la conducta se realizó de buena fe o no, para efectos de determinar la responsabilidad administrativa ”, por lo cual resulta desacertado establecer como exigencia para determinar la incursión de una falta de este tipo, que se pruebe la mala fe del investigado en

los procesos por prácticas restrictivas de la competencia (de competencia desleal), pues como reconociera la máxima autoridad de la jurisdicción contenciosa, las infracciones al régimen de prácticas restrictivas constituyen faltas administrativas, en las que " la responsabilidad surge con la sola ocurrencia de la violación de la norma pertinente, exceptuando las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito ", por lo cual " no [es] conducente entrar a valoraciones de tipo subjetivo respecto de la conducta sancionada. para efectos de determinar la responsabilidad administrativa "."(Negrillas fuera del texto original)

No se debe olvidar que las cualidades que se le otorgan al *individualismo* también dependen de su contrario, es decir, del *altruismo* ya que ninguno de estos dos términos puede ser originario y fundacional, como pretenden las autoridades judiciales otorgarle al *individualismo-libre mercado*, porque ambos están interrelacionados entre ellos en un sistema de mutua dependencia.

En resumen, con los extractos jurisprudenciales encontramos que al individualismo representado por el libre mercado, adoptado por la Escuela de Chicago, los jueces y las autoridades administrativas les han dado un carácter superior al del altruismo-equidad, ya que en el momento en que se adoptó la constitución de 1991 y durante los desarrollos posteriores de las décadas siguientes, y como consecuencia del fracaso de regulación estatal de los sistemas comunistas y socialistas europeos y por el impactante desarrollo económico que se vivió en el mundo con la adopción de las reformas propuestas por Ronald Reagan y Margaret Thatcher, se tomó como un dogma en materia económica que no permitía la adopción de teorías que se encontraran por fuera de lo que en ese momento fue el paradigma dominante. Pero no se debe olvidar la importancia de la interrelación de los anteriores conceptos ya que cada uno depende del otro y la importancia que se le da a uno depende del otro. Hay que recordar la *différance*¹²² entre el altruismo y el individualismo. A

¹²² ibídem García Villegas, Mauricio; Jaramillo Isabel Cristina; Saldarriaga, Esteban: **Crítica Jurídica Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos Pág. 297.**

continuación utilizare la inversión reconstructiva para demostrar como algunas de las razones que se otorgan para privilegiar la libre competencia también podrían servir para favorecer a la intervención estatal.

Beneficios del libre mercado:

- No limita la libertad individual, y la propiedad privada es una forma de protección en contra de una inadecuada intervención estatal en los asuntos privados.
- Ayuda a una mejor distribución de los bienes ya que los adquieren quienes más los necesitan.
- Premia la eficiencia ya que no se desperdicia los bienes que por su naturaleza son escasos.
- El libre intercambio de bienes y servicios le facilita a los países aprovechar las economías de escala adoptar la producción en los productos en los que tengan una ventaja comparativa.

Usando la deconstrucción se puede encontrar que estas características también se pueden encontrar en un mercado regulado.

- La intervención estatal al fomentar la equidad beneficia la libertad individual ya que solo en condiciones de igualdad, no de igualitarismo, se puede alcanzar esta, la libertad, ya que en sociedades en las que hay condiciones muy inequitativas no se puede ejercer una verdadera libertad. Cuando hay hambre no hay libertad.
- No siempre quien más necesita los bienes los puede adquirir ya que no tiene los recursos para ello. Por lo tanto en un estado regulador se pueden asignar a quien los necesita.
- En la regulación también puede haber eficiencia.

Por supuesto el ejercicio anterior también se puede volver a hacer, al demostrar como la propiedad privada ayuda que se destinen mejor los recursos como el ejemplo de la pesca de los capítulos anteriores y así encontramos que en la interdependencia de los conceptos podemos encontrar las propiedades que se le atribuyen al libre mercado en un sistema regulado. Esto es conocido como la lógica del suplemento. Es claro a demás, que el carácter de verdad verdadera que se la atribuye en las aplicaciones judiciales al texto legal o a la interpretación que se hace de este, en este caso la Constitución o el artículo 7 y 8 de la ley 256 de 1996, no son ciertas ya que estas no son más que un representación imperfecta, veamos:

La adjudicación judicial parte del supuesto que el juez, por su condición, es incapaz de ser objetivo respecto de la norma escrita y de los hechos, porque conciente o inconcientemente es un ser-en-el-tiempo que parte de sus prejuicios e ideas preconcebidas para el desarrollo posterior de la aplicación judicial, es decir, el hecho de aplicar una norma a una caso concreto no es más que una representación imperfecta del texto y de los hechos, no por mala intención o por abusar de su posición de autoridad, sino porque la cosa real no puede ser suplementada o representado por un signo, en este caso las palabras con las que escribe el fallo.

Pero el fallo no es la única representación imperfecta, lo es la misma norma en si, ya que esta también es una representación imperfecta de la voluntad del legislador y esta a su vez tampoco puede ser fundamental, es como vemos en Derrida, la visión que tenemos es solo un signo o representación de otros signos y representaciones infinitas, y es por ello que la verdad verdadera o “Verdad Real” esta por fuera de nuestro alcance.

Lo anterior no significa que los jueces puedan ser completamente arbitrarios y que independientemente del modelo económico que se adopte, las consecuencias van a ser las mismas, lo que busco explicar con esta tesis es que los fundamentos teóricos no son absolutos y con la claridad que pretenden otorgarles y por el contrario son confusos y contrarios llegando en ocasiones a compartir presupuestos con aquellas teorías que se refutan contrarias.

Conclusión

No se puede comprender el modelo de competencia económica en materia jurídica sin establecer cual fue su apoyo económico-ideológico que lo fundamenta. Para ello, se acude a sus objetivos fundamentales en busca de descubrirlo, estos son: los de garantizar la libertad de mercado y buscar la libre competencia económica de sus participantes, a través de un conjunto de normas que regulan el poder de las empresas sobre un mercado y la forma en que deben competir entre ellas. Lo que implica que se adopta una marcada tendencia hacia el sistema económico neoclásico y su forma de aproximarse a la ciencia económica. Como se puede comprobar en el desarrollo histórico del capítulo segundo en el que se desarrolla como entre más es la tendencia a restringir la intervención estatal en la economía de los particulares mayores el uso de conceptos del modelo neoclásico y de los desarrollo de varias Escuelas como la de Chicago y mayor forma de limitar la intervención se desarrollan como es el uso de la regla de la razón que dificulta a las autoridades sancionar por la cantidad de requisitos que se exigen.

Por último así no sea clara la adopción de un sistema económico en nuestra Carta Fundamental, las autoridades han decidido tomar partida por un modelo económico, como se desarrolla en el Capítulo 4. Se puede concluir que en el desarrollo del modelo de competencia desleal el derecho se ha visto fuertemente influenciado por doctrinas provenientes de la ciencia económica y de la ideología económica que moldea el sistema que en la actual predomina: el neoclásico. Es por ello que encontramos conceptos que solo se pueden explicar a partir del acercamiento al sistema capitalista, como son por ejemplo el mercado relevante, la buena fe mercantil o los usos honestos, entre otros, es decir, solo a partir de un sistema de libre mercado capitalista se pueden apropiar estos conceptos.

BIBLIOGRAFÍA

Almonacid Sierra, Juan Jorge; García Lozada, Nelson: **Derecho de la competencia: Abuso de la posición dominante, competencia desleal, uso indebido de información**; Editorial Legis, Bogotá, 1998.

Baylos Corroza, Hermenegildo: **Tratado de derecho industrial: propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal**; Editorial Civitas, Madrid, 1978.

Bellamy, Christopher: **Derecho de la competencia en el mercado común**; Edición española a cargo de Enric Picañol, Civitas, Madrid, 1992.

Botero Restrepo, Cecilia: **El derecho antitrust o de la libre competencia en los Estados Unidos**; Señal Editora, Universidad de Antioquia, Medellín, 2002.

Cortázar, Javier: **Hacia un nuevo derecho de la competencia en Colombia: análisis crítico y prospectiva**; Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá 2003.

Dueñas Ruiz, Oscar José: **Hermenéutica Jurídica**; Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, DC. 2004.

Kennedy, Duncan: **Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado en Sociología Jurídica, Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos**; M. Villegas Editores, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá 2001.

Kennedy, Duncan: **Libertad y restricción en la decisión judicial**; Ediciones Uniandes, Instituto Pensar Siglo del Hombre editores, Bogotá 1999.

Ferraris, Mauricio: **Historia de la hermenéutica**; Traducción de: Storia dell'ermeneutica. Siglo XXI Editores, 2000.

Gaviria Gutiérrez, Enrique: **Derecho de la competencia**; Cámara de Comercio, Colegio de Abogados de Medellín, Biblioteca Jurídica, Medellín, 2003.

López Medina, Diego Eduardo: **El derecho de los jueces**; Legis Editores S.A., Segunda Edición, Bogotá 2006

Noboa Pagan, Angélica: **Hermenéutica del derecho de la competencia**; Revista de Derecho de la Competencia Vol. 2, Bogotá, enero-diciembre de 2006; Págs. 33-73.

Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Facultad de Ciencias Jurídicas: **Centro de Estudios de Derecho de la Competencia: CEDEC**; Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2000.

Superintendencia de Industria y Comercio: **Compendio de normas sobre promoción de la competencia**; Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999.

Valencia Zea, Arturo; Ortiz Monsalve, Álvaro: **Derecho Civil, Parte general y personas**; Editorial Temis S.A., Bogotá, 2002.

McConnell, Campbell R. y BRUE, Stanley: **Economía**, McGraw-Hill, 1997.

Pindyck, Robert S. y Rubinfeld, Daniel: **Microeconomía**, Prentice Hall, 1995.

Sachs, Jeffrey D. y Larraín, Felipe: **Macroeconomía en la economía mundial**, Prentice Hall, 1994.

Stiglitz, Joseph: **Economía**, Editorial Ariel, Barcelona, 1994

García Villegas, Mauricio; Jaramillo Isabel Cristina; Saldarriaga, Esteban: **Crítica Jurídica Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos**; Ediciones Uniandes, Bogotá Colombia 2006.

Gobierno Vasco: **Plan de desarrollo de la sociedad de la información para el periodo 2000-2003**; Linares et alii, Julio: “Autopistas inteligentes”; Fundesco, 1995.

Berdugo Garavito, José María: **Aspectos Generales del Derecho de la competencia**; Pág. 69.

Montenegro García, Álvaro: **La privatización y su enfoque económico**; CEDE Uniandes 1993, Pág. 3.

Mankiw, Gregory: **Principios de economía**; Mc Graw Hill, traducido de la segunda edición en inglés, Madrid 2002, Pág. 429.

Montenegro, Álvaro: **Fundamentos de la política de la competencia**; Departamento de economía, Universidad Javeriana, 2007.

Investigador principal; **Cadena Afanador, Walter: La nueva lex mercatoria**; Universidad Libre, 2004, Págs. 36-37.

Giraldo Ángel, Mónica Giraldo, Alejandro Giraldo: **“Metodología y técnica de la investigación socio jurídica”**; Ediciones librería del profesional; Segunda Edición, 2002.

Vicéns Otero, José: **Econometría y constanstación empírica concepto e historia**; Documento basado en el proyecto docente y de investigación presentado por el autor al concurso oposición a la Cátedra de Economía Aplicada de la Universidad Autónoma de Madrid. Junio 1992

Hazlitt, Henry: **Economía en una lección**; Unión Editorial, sexta edición, Madrid

- Heidegger, Martín: **De camino al habla**, Serbal, Barcelona, 1990.
- Ferraris, Mauricio: Historia de la hermenéutica; Akal; Madris; 2000; Pág. 50
- Dilthey, Wilhelm: **Introducción a las ciencias del espíritu**; Editorial Fondo de Cultura Económica, Mexico
- Heidegger, Martin: **Ser y Tiempo**; prologo y traducción del alemán por José Gaos Fondo Cultura Económica, México; 1951 Pág. 407
- Sotolongo Codina, Pedro Luis; Delgado Díaz, Carlos: **La epistemología hermenéutica de segundo orden en La revolución contemporánea del saber y la complejidad social. Hacia unas ciencias sociales de nuevo tipo**; Colección Campus Virtual; buenos Aires 2006; Pág. 52; <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/campus/soto/soto.html>
- Nuevas corrientes del derecho constitucional colombiano**; Gaviria, Carlos: **La interpretación constitucional**; Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política; Medellín, 1994. Pág.121
- Frosini, Vittorio: **Teoría de la Interpretación Jurídica**; Editorial Temis 1991.
- Von Neumann: **A theory of games and economic behavior**; 1944
- L.A. Kornhauser: **The Great Image of Authority**; Standford Law Review; Vol 36; 1984.
- Harford, Tim: **La lógica oculta de la vida**; Redactores en Red; Madrid; 2008
- Dueñas, Oscar José: **Lecciones de hermenéutica jurídica**; Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.
- Apud Almonacid sierra, Juan Jorge y García, Nelson Gerardo: **“Derecho de la Competencia”** Editorial Legis, Bogotá D.C., 1998. Pág. 48.
- Cárdenas S., Mauricio: **Introducción a la economía colombiana**; Alfaomega Colombiana S.A. Bogotá Primera edición 2007.
- Samuelson y Nordhaus: **Economía**; 17ª.edición. McGraw Hill. Madrid, 2003.
- Betancur C., Belisario: **Aproximaciones al derecho de la competencia**; Biblioteca Milenio, Bogotá, 1998.
- Corte Constitucional C – 535 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- Berdugo Garavito, José María: **Aspectos Generales del Derecho de la Competencia**;

Calzada, Gabriel: **Competencia y monopolio**; Conferencia pronunciada en la Universidad de Verano del Instituto Juan de Mariana (Tenerife, 28-30 de septiembre de 2006) y publicada en La Ilustración Liberal.

Dilorenzo, Thomas J.: **The case against all antitrust legislation**; Mises University 2003.

Kovacic, William; Shapiro, Carl: **Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking** Competition Policy Center, University of California, Berkeley, 1999

Revista del Derecho Competencia. Bogotá, Vol. 2, n° 2: enero-diciembre 2006

Baker, Jonathan B.: **A Preface to Post-Chicago Antitrust**; Washington Collage of Law, America University, 2001

Kalmanovitz, Salomon: **Economía y Nación. Una breve historia de Colombia**; editorial norma, Bogota 2003

von Hayek, Friedrich: **Road to Serfdom**; University Of Chicago Press; 50 Anniversary edition, 1994

Diez Canseco, Luis José: **Política y legislación de la competencia**; Boletín latinoamericano de Competencia, No. 9, 1999. Unión Europea. Página 87. Cursivas fuera de texto.

Corte constitucional: Sentencia T-240/1993, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.)

Uprimny Y., Rodrigo y Rodríguez G., César Augusto: **Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho**, Versión basada en Uprimny, Rodrigo, "Modelo Económico y Constitución", ponencia presentada en el seminario sobre el tema organizado por el Ministerio de Hacienda (Bogotá, septiembre de 2004), complementada por la ponencia de César A. Rodríguez en el seminario "Constitución y Modelo Económico", organizado por Fedesarrollo y el Observatorio de Justicia Constitucional de la Universidad de Los Andes (Bogotá, 22 de noviembre de 2005).

Blanco Valdés, Roberto: **El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control constitucional en los orígenes del Estado liberal**; Alianza Editorial, Madrid 1994

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. M.P. Dr. Hernando Gómez Otálora. Bogotá, D.E., 10 de julio de 1986.

Superintendencia de Industria y Comercio, Auto No. 01425 de 2004.

Corte Constitucional, Cf. Sentencia C-032 de 1999.

Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil. Magistrado Ponente: Doctor Germán Valenzuela Valbuena. Bogotá, diciembre 16 de 2004.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Doctor Arturo Valencia Zea. Bogotá, 23 de junio de 1958.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Bogotá D.C., 2 de agosto de 2001. Ref: Expediente No. 6146.