

LA COMPETENCIA Y LA INTERVENCIÓN ESTATAL *

María Elena Grueso Rodríguez**
Corporación Universitaria Republicana

RESUMEN

Con la presente investigación se pretende abordar el tema de las prácticas legítimas de competencia y la intervención estatal de los mercados; al respecto se busca determinar si es apropiada y pertinente la intervención del Estado en el desarrollo de los mercados y cómo dicha intervención puede o no restringir la libertad de competencia.

Con el fin de resolver el debate planteado, se recurrió al método analítico y lógico y en este sentido se desarrollan en una primera parte los conceptos básicos del mercado y competencia, al igual que se abordan los distintos aspectos de la intervención del Estado en el mercado.

En este sentido se evidencia que a lo largo de la historia han existido grandes discusiones desde la concepción del Estado-nación a finales del siglo XVIII y hasta la fecha, relativas a los elementos de intervención en la economía, y repartición de la propiedad.

Es así como en el presente trabajo se han recopilado las principales percepciones sobre los elementos socioeconómicos que rodean

las problemáticas de intervencionismo estatal en el mercado y sus afectaciones en las prácticas de la competencia.

Por tanto, se evidencia que desde un enfoque puramente mercantilista y a la luz de los principios de libertad de competencia insertos en la Constitución de 1991, se logra determinar la forma en que el bien común puede protegerse y en especial los derechos de los consumidores, cuando en mayor o menor medida, el Estado interviene en los mercados.

Palabras clave: mercado, competencia e intervención del Estado.

ABSTRACT

With this research sought to see the issue of legitimate competitive practices and state intervention in the markets, the matter is to determine if appropriate and relevant state intervention in developing markets and as such action may or may not restrict free competition.

In order to resolve the ongoing debate, we resorted to analytical and logical approach

Fecha de recepción: 18 de septiembre de 2010. Fecha de aceptación: 13 de octubre de 2010.

* Este artículo es producto del proyecto de investigación terminado "La Competencia y la Intervención del Estado" que se desarrolló dentro de la línea de Derecho Comercial y Financiero del Grupo de Investigación Derecho Económico y Estado de la Corporación Universitaria Republicana.

** Docente Investigadora, Corporación Universitaria Republicana, Grupo de Derecho Económico y Estado. Abogada de la Universidad Sergio Arboleda, con especialización en Derecho Comercial y Derecho Financiero de la Universidad el Rosario y candidata a maestra en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Correo electrónico megrueso@hotmail.com.co

and in this sense is developed in the first part the basic concepts of market and competition, as well as addresses the various aspects of state intervention in the market.

In this sense it is evident that throughout history there have been much discussion since the inception of the Nation-State in the late eighteenth century and to date, on the elements of intervention in the economy, and property distribution.

Thus, in this study were collected perceptions of major socio-economic elements that surround the issues of state intervention in the market and its impact on competition practices.

Therefore, it is evident that from a purely mercantilist and in light of the principles of freedom of competition embedded in the constitution of 1991 was unable to determine how they can protect the common good and especially the rights of consumers when to a greater or lesser extent, the state intervenes in the markets.

Key words: market, competition and Government intervention.

METODOLOGÍA

Para la realización de la investigación que da pie a los resultados que se presentan en este artículo, se utilizó una estrategia que hizo necesario recurrir a los métodos analítico y lógico. El estudio se llevó a cabo a través de la consulta directa de los pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana, así como de las referencias puntuales que se encuentran en publicaciones sobre la materia, y finalmente se tuvieron en cuenta las demás fuentes bibliográficas que sobre el tema se han escrito por diferentes autores nacionales y extranjeros.

Una vez recopilada la información existente sobre el problema central del que se ocupó la investigación, y luego de su respectiva cla-

sificación según criterios de especialidad, pertinencia y relevancia científica, se realizó el análisis de la misma en la perspectiva de encontrar solución al problema planteado.

INTRODUCCIÓN

El presente texto es el resultado final del estudio del Grupo de Derecho Económico y Estado de la Corporación Universitaria Republicana, en desarrollo del proyecto respecto de las prácticas legítimas de competencia y la intervención estatal en los mercados.

La problemática que se plantea resolver es la referente a la conveniencia y pertinencia de la intervención estatal frente al desarrollo de los mercados y la libre competencia.

Para resolver la cuestión principal, el artículo desarrolla primeramente los conceptos básicos de mercado y competencia, a la vez que analiza los distintos aspectos que envuelve la relación Estado-mercado, entendiendo que dicha relación hace parte no solamente de una visión económica, sino, fundamentalmente, de una visión política de las funciones del Estado.

Este texto pretende analizar la problemática desde una percepción objetiva y jurídica sin desconocer la naturaleza sociopolítica del problema que se aborda. La relación entre la economía y el poder jurídico del Estado, no son un simple aspecto más de las políticas públicas sino que tocan al concepto mismo de modelo de Estado, al punto que las grandes discusiones desde la concepción del Estado-Nación a finales del siglo XVIII y hasta la fecha, se refieren justamente a los elementos de intervención en la economía, repartición de la propiedad, y quizá más actualmente, modelos de desarrollo sustentable y equidad en la distribución de los beneficios de la competencia.

En ese sentido, ha sido una labor fundamental en el trabajo, integrar al mismo tiempo, las principales percepciones sobre los elemen-

tos socioeconómicos que rodean las problemáticas de intervencionismo estatal en el mercado y sus afectaciones en las prácticas de la competencia.

En esta forma, como se evidencia que desde un enfoque puramente mercantilista y a la luz de los principios de libertad de competencia insertos en la Constitución de 1991, se logra determinar la forma en que el bien común puede protegerse y en especial los derechos de los consumidores, cuando en mayor o menor medida, el Estado interviene en los mercados.

Por otra parte se desarrollan los elementos fundamentales del derecho de la competencia, y a partir de dichos aspectos examina finalmente cómo la intervención estatal solamente puede ser válida mientras se limite a servir de garante a la libertad de empresa y las prácticas competitivas, a la vez que puede establecer correctivos que limiten dichas libertades únicamente en la búsqueda del bien común y como forma de retroalimentar a las mismas.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Es apropiada y pertinente la intervención del Estado en el desarrollo de los mercados y la libertad de competencia?

RESULTADOS

1. El mercado, su estructura y evolución histórica

El mercado puede ser entendido como un espacio, físico o virtual, donde confluyen agentes dispuestos a ofrecer determinado producto o servicio a otros agentes que están interesados en satisfacer sus necesidades y donde se determinará el precio sobre el cual se concretará la relación negocial. Es decir, que para la existencia de un mercado se requiere: i) objeto del negocio jurídico; ii) un ofertante de este (productor o distri-

buidor); iii) un demandante (adquirente o consumidor); iv) un territorio, y finalmente; v) el acuerdo de voluntades que se concreta con el precio (Londoño, 1998).

Londoño omite en esta descripción la competencia como factor característico del mercado, por considerar que la importancia de la misma como un elemento esencial del mercado depende de la concepción político-económica imperante en el ordenamiento que se estudie. Así, por ejemplo, mientras en un modelo de control central en el que el sistema de producción esté en manos del Estado, o en el que sea él quien determine todos los elementos de producción, no habría competencia y, sin embargo, existiría mercado en alguna medida.

Por su parte, Velandia (2008) manifestó: “Mercado es el lugar geográfico donde se cruzan las empresas interesadas en ofrecer un producto con los sujetos económicos interesados en satisfacer sus necesidades, es decir, donde se adquiere un bien o servicio a cambio de un precio”.

Ahora bien, ese mercado tiene una estructura determinada por el Estado o por las realidades propias de un segmento específico. En palabras de Velandia (2008): “número de empresas, uniformidad del producto, factibilidad del ingreso y tipos de competencia”, donde es posible determinar si estamos en presencia de un mercado con competencia perfecta, imperfecta o monopolio de acuerdo con la injerencia con que compiten los agentes económicos (Jaekel, 1998).

Es decir, que la competencia que se origine dentro del mercado es el elemento para determinar su estructura sin que ello afecte directamente su propia existencia, como mal podría pensarse.

– *La competencia perfecta*: se presenta cuando en un determinado mercado confluyen en una suma suficientes agentes (ofertantes y demandantes), adecuadamente informados,

respecto de un producto homogéneo y sin ningún tipo de obstáculos para que los agentes ingresen o se retiren a largo plazo (Velandia, 2008).

Es, pues, un escenario ideal que solo existe en el mundo de las ideas y del cual el derecho sería totalmente ajeno o superfluo.

– *La competencia imperfecta*: puede ser entendida como un punto intermedio entre el monopolio y la competencia perfecta (Velandia, 2008), o donde se presentan fallas del mercado porque “uno o más de los agentes de un determinado mercado, y debido a su gran capacidad adquisitiva, logra obtener un poder de mercado que lo ubica por encima de sus competidores en la toma de decisiones generales, especialmente en la influencia del precio de venta” (Márquez, 2007).

– *El monopolio*: es aquella situación en la que un solo empresario satisface las necesidades del mercado y, en consecuencia, determina las condiciones propias del mercado como: bienes ofertados, precio, cadena de distribución, calidad, entre otros. Puede originarse de manera natural (restricciones propias del mercado o barreras de entrada) o legal (por regulación interna). (Velandia, 2008).

A pesar de todo lo manifestado se debe decir que el mercado no siempre ha tenido el mismo peso o relevancia en el ámbito económico y mucho menos del derecho.

Es sumamente ilustrativo en ese sentido el análisis histórico efectuado por la Corte Constitucional (Sentencia C-535, 1997), en que el tribunal indica que el mercado como institución se puede observar como un acto histórico y cultural. Así, en una época el mercado no tenía tanta relevancia, toda vez que las comunidades eran autosuficientes, situación que no ha sido totalmente erradicada y se continúa presentando en algunas comunidades y grupos poblacionales especialmente rurales y alejados de los centros de comercio.

Posteriormente los mercados fueron controlados por los gremios y las corporaciones, quienes en sus respectivos campos controlaron las profesiones y oficios, sujetando de manera estricta la disciplina de producción. Finalmente, todo ello ha ido cediendo ante el avance sistemático e irrefrenable del comercio internacionalizado.

Así lo indica la Corte Constitucional al relatar que:

“Los estados nacionales, a su turno, al prohiar la filosofía mercantilista, asumieron bajo su protección el sistema corporativo, pero lo privaron de su autonomía en su afán por hacer de la prosperidad nacional una verdadera política de Estado, lo cual dio vida a infinidad de medidas de protección y a la directa participación del Estado en actividades económicas”.

La revolución industrial es un hito que modifica el concepto y el papel del mercado en la vida social y política. El mercado llegó a adquirir una importancia central como medio regulador de la actividad económica y lugar de intercambio y confrontación constante de los bienes económicos, hasta el punto de que la competencia como principio de la nueva cultura económica, fincada en los valores de la ideología liberal, se impuso definitivamente sobre el ideal de solidaridad que caracterizaba el sistema anterior, organizado para satisfacer necesidades previamente establecidas y servir de fundamento a la coexistencia ordenada de los productores como miembros de grupos y organizaciones. En lugar de la Corporación emergió el sujeto económico libre. Sin ataduras corporativas, la lealtad se predica ahora frente a la ley impersonal, general y abstracta y, de otro lado, por supuesto, frente al estímulo individual de perseguir racionalmente sus propios intereses materiales. Le corresponde a

la ley simplemente garantizar la libertad general.

Y es que este modelo de Estado liberal se impuso a la largo y ancho de la historia de occidente, como fruto de la implantación de las ideas liberales e ilustradas, que, traducidas a la luz de la revolución norteamericana, convirtió en un postulado inquebrantable la idea de un mercado libre.

Sin embargo, el excesivo liberalismo, las reiteradas crisis de los mercados y la necesidad de corregir sus desfiguraciones y excesos, tales como la presencia de monopolios y oligopolios, ayudó a que se superara la idea liberal de separación total de la economía y la política. En esta forma, el Estado Social de Derecho asume una posición de creación de derechos y obligaciones mínimas para quienes participan dentro de la economía, con el fin de dar libertad económica a todos los participantes. En este sentido es claro que dadas todas las herramientas que se le otorgan al Estado, éste es capaz de intervenir en la evolución y las variables macroeconómicas del mismo, lo que se refleja en los distintos mercados de bienes y servicios.

En el sentir de la Corte, “A lo largo de la evolución histórica se van conformando las instituciones de la economía de mercado. La libre iniciativa privada (libertad de empresa), se reivindica como zona de libertad frente a la precedente ordenación corporativa. La libertad de organización de los factores de la producción, que incluye la libertad contractual, como facultad del sujeto económico libre, responde a la necesi-

dad de que en el mercado, lugar de encuentro de los operadores, cada uno pueda sacar adelante su interés y asumir la responsabilidad consiguiente. A través del ejercicio de estas dos facultades, la Constitución reconoce un ámbito legítimo para el desarrollo de la razón instrumental que apunta a la satisfacción del interés material propio. Por su parte la crisis de las instituciones del mercado y la erosión de los poderes de los consumidores, aunada a la importancia que se le reconoce al mercado en las economías contemporáneas, han originado en cabeza del Estado poderosos instrumentos de intervención que le permiten sancionar concentraciones, abusos y disfunciones que a menudo se presentan en ellas, de suerte que a mayor imperfección de éstas el balance induce a una mayor intervención del Estado ya sea para corregirlas, compensarlas o, en casos extremos, sustituir enteramente los mecanismos de mercado.”

Es decir que: i) inicialmente el mercado era algo secundario, al ser los pueblos autosuficientes, luego ii) los gremios profesionales determinaban la concurrencia al mercado, posteriormente iii) la internacionalización del comercio (mercantilismo) apoyado por los estados nacionales detentaron el derecho de asociación y de esta manera el comercio mismo (mercado), iv) la revolución industrial trajo a colación la libre iniciativa privada y el individualismo promulgado por Adam Smith, finalmente ante el abuso y las distorsiones que se presentaban en el mercado se evidenció la importancia de la intervención del Estado como agente corrector de los desequilibrios y propulsor del Estado de Derecho¹.

1 MÁRQUEZ, (2007) se cuestionó así: “Podría pensarse que el enfoque que estamos presentando corresponde a un modelo económico clásico, al estilo de Adam Smith, donde el Estado no debe intervenir en los mercados, permitiendo que la “mano invisible” los estabilice. Pensaríamos, que el carnicero, el panadero y el cervecero que menciona Smith al actuar de manera egoísta, buscando alcanzar sus propios objetivos personales lograrían alcanzar el objetivo final de equidad e igualdad para la sociedad. Sí. ¿Pero qué pasaría si el carnicero de Smith dejase de ser un simple carnicero de tienda, para convertirse en el único proveedor de carnes frías de un país? ¿O si el cervecero se convierte en un emporio cervecero que domine completamente un mercado determinado? ¿Tendrá

Respecto a este último estadio del mercado puede traerse a colación lo dicho por Molina (2003):

(...) “El ejercicio de la libertad económica sigue basándose en la satisfacción de intereses individuales, pero con los nuevos tiempos esa libertad está enmarcada bajo un esquema comunitario. Esto no contradice las leyes del mercado, por el contrario, las refuerza puesto que si el Estado vela por que todo individuo pueda ejercer su libertad de comercio dentro de ciertas normas y límites, no lo hace con la intención de manipular el mercado sino de garantizar que el funcionamiento de éste no afecte de manera grave los mismos individuos que lo ejercen, de esta forma se asegura que siempre exista el juego de la oferta y la demanda y que entre pequeños y grandes comerciantes existirán reglas de juego claras y medios de control eficientes que estarán siempre del lado del más débil y de los intereses del mayor número de personas”.

Nuestro ordenamiento colombiano se encuentra enmarcado dentro de un Estado social de derecho, lo que necesariamente implica un deber y un rol particularmente activo del Estado en la economía nacional para cumplir los fines señalados por nuestra Constitución Nacional, sin que ello, en modo alguno, implique el desconocimiento de la libertad económica, la libertad de empresa y de asociación, la libertad de asociación, el acceso a la propiedad privada, entre otros;

que también son de raigambre constitucional (Palacio, 2003).

En este sentido la sentencia fue enfática en establecer el rol del Estado frente a los mercados, a saber (C-228, 2010):

(...) “5. El modelo de Estado adoptado por la Constitución de 1991 no tiene un contenido neutro en lo que respecta al ámbito económico. En contrario, prevé normas superiores expresas fundadas en dos pilares que explican la relación entre el poder estatal y el mercado: i) la protección de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, garantías que carecen de carácter absoluto, puesto que su ejercicio debe acompañarse con la función social de la empresa, el interés social, la necesidad de contar con un mercado competitivo, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (Art. 333); y ii) la adscripción de competencias a las autoridades del Estado, basadas en su condición de director general de la economía (Art. 334 C.P.), y establecidas para garantizar el goce efectivo de las mencionadas libertades, el cumplimiento de los límites que le son propios, junto con las demás finalidades de la intervención que ha previsto el Constituyente, como son el uso adecuado de los recursos naturales y del suelo; la producción, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados; la racionalización de la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de

que permitir la sociedad que estas personas sigan buscando su propio interés personal, para así agregarlo al mío y obtener el interés colectivo? ¡No!

Con mercados más desarrollados como los de nuestra época, el ingreso per cápita no puede ser un método de análisis exclusivo del crecimiento del bienestar en una sociedad como lo habría sugerido Adam Smith. Debido a la posibilidad de un agente económico de alterar las condiciones del mercado, el derecho vuelve a jugar un papel fundamental para restablecer el orden; corregir las fallas del mercado y propender por la optimalidad y la eficiencia de éste. Así, se alcanzará la equidad y la justicia en una sociedad a través de la correcta distribución de los bienes escasos de una sociedad.”

los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano; el logro del pleno empleo de los recursos humanos; el aseguramiento a todas las personas y, en especial a las de menores ingresos, para que tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos; y, por último, la promoción de la productividad, la competitividad y el desarrollo económico”.

Y a continuación acotó:

(...) “6. Como se observa, el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general.”

Es pues, dentro de este escenario en donde la competencia habrá de establecerse de acuerdo a un modelo que protege las garantías individuales pero con un marcado carácter social (Vg. la función social de la propiedad).

2. La competencia

De manera muy sencilla podemos entender la competencia como un conflicto entre varios oferentes que, haciendo uso de sus mejores armas, buscan apropiarse del mercado

y de esta manera aumentar sus utilidades (Jaeckel, 1998). Esta misma noción ha sido profundamente ampliada a raíz de los abusos de la concepción liberal y la aparición del monopolio y ya se observan figuras que implican una responsabilidad frente al mercado como la posición dominante, las prácticas comerciales restrictivas y los actos abusivos (Molina, 2003).

En palabras de Zuluaga (1998):

(...) “Ahora bien, la competencia hace referencia a una situación del mercado en la cual las empresas oferentes de bienes y servicios luchan independientemente por mantener las preferencias del consumidor, buscando un objetivo específico, cual es el de obtener el incremento en sus ventas, un mejor nivel de utilidades y, como consecuencia, una mejor participación en el mercado en que actúan. La competencia, pues, resulta de la participación libre en el mercado por parte de quienes ofrecen bienes o servicios similares y, en la otra punta, los consumidores finales, que toman libremente su decisión de compra, basados en información suficiente sobre las características del producto, tales como precio, calidad y garantías, sin que en estas decisiones intervengan fuerzas diferentes a las del mercado mismo.”

Entendido el concepto de competencia se debe diferenciar, por un lado, la competencia pura y perfecta del siglo XIX de los economistas de la revolución industrial y del mercantilismo que propugnaban la no intervención del Estado, “la mano invisible”; y por el otro, la competencia actual que es eficiente y eficaz de acuerdo con los objetivos de la política económica y social del Estado (Betancourt, 1998). Por ello es que el Estado puede y debe proteger a la economía a través de la protección de la competencia y sus libertades; tal y como oportunamente la Corte Constitucional señaló:

(...) “la competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana concurrencia”².

“En ese orden de ideas, todas las personas tienen derecho a concurrir libremente al mercado ya sea para adquirir bienes u ofrecer los que comercialice o produce. No obstante, el ejercicio de esa actividad, tal como surge del mismo texto de la Constitución, tiene limitaciones con el fin de que no se irrumpa en el terreno de lo indebido y no se abuse del derecho a competir” (T-583, 2003).

Entonces se puede concurrir y participar activamente en el mercado siempre y cuando esa actividad sea desarrollada de una manera adecuada y acorde a las responsabilidades que como agente se tiene, es decir, que se debe abusar de los derechos o ejecutar actuaciones que restrinjan la competencia.

Por eso la libre competencia ha sido entendida por la Corte Constitucional de manera reiterada como³:

“En relación con la libre competencia, la Corte en Sentencia C-616 de 2001, al conocer sobre la constitucionalidad de algunas disposiciones relativas a la competencia entre las empresas prestadoras de servicios de salud, consideró que ésta se presenta **‘cuando un conjunto de empresarios (personas na-**

turales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios. La libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita’, y también señaló que el **‘elemento característico de la libre competencia es la tensión que se presenta entre los intereses opuestos de los agentes participantes en el mercado, cuyo mantenimiento exige la garantía de ciertas libertades básicas, que algunos doctrinantes han condensado en: a) la necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades, b) la libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y c) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren’**” (negritas fuera del texto original) (C-389, 2002).

No sobra decir al respecto que 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 mante-

² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-616 del 13 de junio de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

³ Al respecto pueden consultarse las siguientes sentencias: (C-616, 2001), (T-375, 1997), (C-535, 1997), (C-815, 2001), (C-150, 2003) (T-583, 2003) (C-228, 2010).

ner y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados.

“La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redundará en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. Por su parte, los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores.

“El objeto tutelado por la Constitución es el proceso mismo de competencia, con independencia de los competidores, sean éstos grandes o pequeños. De ahí la importancia de que el análisis de las medidas legales tome en consideración las condiciones y el contexto reales que en un momento dado se dan en cada uno de los mercados, si en verdad ellas se proponen, como debe serlo, obrar sobre sus fallas estructurales o dinámicas a fin de restablecer

o instaurar un margen adecuado de elasticidad y desconcentración.

“La Constitución no puede, sin recurrir a la ley, concretar en la realidad el principio de la libre competencia económica. Corresponde a la ley no solamente delimitar el alcance de la libertad económica, sino, además, disponer que el poder público impida que se obstruya o se restrinja y se evite o controle cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.”(C-535, 1997).

3. Derecho del mercado y derecho de la competencia

El derecho surge como una herramienta para corregir las fallas del mercado⁴ como la competencia imperfecta, las externalidades y los problemas con la información, ya sea mediante el poder regulatorio, sancionatorio o incluso fijando precios o estableciendo monopolios (Márquez, 2007).

El derecho del mercado es entendido por la doctrina nacional como: “*Rama especializada en la cual se aglutinan los derechos y obligaciones que poseen las empresas para ejercer la libertad de entrada a una actividad comercial y los consumidores en desarrollo de su libertad de escogencia.*” (Velandia, 2008).

Ahora, dentro de ese derecho de los mercados se encuentran diferentes ramas, una de ellas el derecho de la competencia que a pesar de las dificultades para determinar su contenido (Betancourt, 1998), de su juventud (Berdugo, 2003) o incluso el hecho de ser denominada como parte de los parámetros modernos de constitucionalización del derecho privado (Molina, 2003), nos podemos aventurar a definir el derecho de la competencia como:⁵

4 (C-150, 2003).

5 VELANDIA, (2008) la definió como: “Rama que salvaguarda la intervención del Estado en la economía en busca de proteger el interés público, así como la propiedad privada.

Una rama del derecho que busca la presencia continua, armónica y leal de conflictos entre los diferentes agentes económicos que intervienen directamente en el mercado para, de esta manera, optimizar los recursos escasos y de esta manera permitir al Estado realizar sus fines y a los agentes satisfacer de manera más eficiente sus necesidades.

Es decir que, en palabras de Berdugo (2003), la función del derecho consiste en mantener la paz social resolviendo los conflictos que puedan surgir. Sin embargo, el orden natural del mercado es el del conflicto que conlleva la libre competencia; por lo tanto, en este ámbito, la función del derecho no es la de preservar la paz entre los consumidores, sino la de regular la lucha, en la cual se busca perjudicar a los rivales.

O sea que cada participante en el mercado lucha por atraer el mayor número posible de consumidores y si en esa lucha se utilizan medios legales y leales, quienes resulten vencidos en virtud del libre juego de la oferta y la demanda tienen la obligación de soportar dicho efecto, de lo contrario, su conducta se hace reprimible desvirtuando los presupuestos de la libre competencia. Ante tal situación, el Estado debe interpretar el alcance de las libertades y cumplir su obligación constitucional de servir de garante a la libertad de empresa y las prácticas competitivas y establecer correctivos

limitando esa libertad. Esta delimitación nos permite comprender la evolución que el concepto ha tenido a lo largo de la historia, y su adecuación a la realidad de los negocios y del mercado⁶.

CONCLUSIONES

De lo anterior es claro que el derecho de la competencia⁷ busca:

- Que efectivamente se produzca competencia en el mercado y no sea sustituida por la paz entre los competidores (antitrust o prácticas comerciales restrictivas) o, en otras palabras, por aquellas prácticas que restringen el juego de oferta y demanda.
- Que tal competencia sea leal y honesta, es decir, que el enfrentamiento mercantil se haga con herramientas lícitas y acordes a la naturaleza de la contienda, de forma que se proteja a los agentes de daños injustificados.
- A lo largo de la historia, se evidencia que los Estados se vieron en la necesidad de acudir a la defensa de los participantes en los mercados a través de medidas de protección; esto los hace partícipes activos en la actividad económica de sus naciones, sin que ello repercuta en contra de la libre competencia.

6 Sobre la nueva concepción de este concepto, señala Alberto Bercovitz: “Como puede pues apreciarse, la prohibición de competencia desleal ha pasado a ser la prohibición de actuar incorrectamente en el mercado. A la exigencia de competencia leal ha sucedido la vigencia del principio de corrección en el tráfico económico”.

7 Al respecto Palacio, (2003): “El derecho de la competencia comprende dos grandes áreas de estudio; en primer lugar, comprende el denominado derecho de la competencia desleal, que es aquel que regula las relaciones de los agentes dentro del mercado y la rivalidad existente entre los mismos para la constitución, conservación y desarrollo de la clientela, sancionando todos aquellos comportamientos que resultan contrarios a los usos y las buenas costumbres mercantiles y en segundo lugar, comprende las prácticas restrictivas de la libre competencia o derecho de la promoción de la competencia, el cual proscribire y sanciona todas aquellas conductas que de alguna manera restringen, limitan o eliminan el desarrollo de la libre competencia al interior del mercado: ley 155 de 1959 y decreto 2153 de 1992.”

- El derecho de la competencia pretende que los agentes luchen entre sí (prácticas comerciales restrictivas), pero que tal disputa se enmarque dentro de los principios constitucionales y del derecho comercial (competencia desleal).
- Globalmente, la época de ejercer la competencia sin límites ha pasado y la vertiente que prevalece es la conciencia de que el mundo real de la economía presenta desequilibrios que no pueden ser subsanados con la sola actuación de las fuerzas del mercado a través de la competencia; por lo tanto, actualmente se busca que en aplicación de políticas moderadas de regulaciones de los Estados se puedan fortalecer las economías.
- La intervención del Estado en la economía de sus naciones, lejos de ser perjudicial para los mercados, es beneficiosa y redundante en el respeto de los derechos de los productores que asumen su posición en cumplimiento de la normatividad existente y respetando a su competidor.

BIBLIOGRAFÍA

BERDUGO, J. (2003). "Aspectos generales del derecho de la competencia". En C. D. Medellín, *Derecho de la competencia* (págs. 69-96). Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.

BETANCOURT, B. (1998). "Aproximaciones al derecho de la competencia". En M. Velilla, *Derecho de la Competencia* (págs. 22-35). Bogotá: El Navegante Editores.

JAECKEL, J. (1998). "Apuntes sobre competencia desleal". En C. D. Competencia, *Jurídicas Seminarios 8* (págs. 15-88). Bogotá: Fundación Cultural Javeriana.

LONDOÑO, F. (1998). "Significado o no del derecho de la competencia". En M. Velilla, *Derecho de la competencia* (págs. 377-389). Bogotá: El Navegante Editores.

Márquez, F. (2007). *Apuntes sobre derecho económico*. Bogotá: Fundación Cultural Javeriana.

MOLINA, C. (2003). "Constitución y competencia". En C. D. Medellín, *Derecho de la competencia* (págs. 98-118). Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.

PALACIO, R. (2003). "Aspectos generales del derecho de la competencia desleal". En C. d. Medellín, *Derecho de la Competencia* (págs. 51-69). Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.

VELANDIA, M. (2008). *Derecho de la competencia y del consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

ZULUAGA, M. (1998). "La perspectiva colombiana de la promoción de la competencia". En M. Velilla, *Derecho de la competencia* (págs. 31-39). Bogotá: El navegante Editores.

Jurisprudencia

C-228, D-7865 (Corte Constitucional, 24 de marzo de 2010).

C-150, D-4194 (Corte Constitucional, 25 de febrero de 2003).

C-389, D-3765 (Corte Constitucional, 22 de mayo de 2002).

C-815, D-3367 (Corte Constitucional, 2 de agosto de 2001).

C-616, D-3279 (Corte Constitucional, 13 de junio de 2001).

C-535 (Corte Constitucional, 23 de octubre de 1997).

T-375, T-130126 (Corte Constitucional, 1997).
T-583, T-701705 (Corte Constitucional, 17 de julio de 2003).

Sentencia C-535, D-1598 (Corte Constitucional, 23 de octubre de 1997).