

LA MORAL Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

DIEGO FELIPE ARAGÓN POSADA
NAOMI JULISSA BOTERO OLAYA

DR. CARLOS DELVASTO.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA CALI
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
CARRERA DE DERECHO.
SANTIAGO DE CALI
21 DE JULIO DE 2021

LA MORAL Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Por: Diego Aragón y Naomi Botero

RESUMEN:

El documento busca determinar a partir del análisis del desarrollo constitucional, legislativo, jurisprudencial y de instrumentos internacionales pertinentes que versan sobre la regulación de la libre competencia en Colombia, cual ha sido el factor que más ha influenciado la narrativa del derecho de la competencia, haciendo un paralelo entre la prevalencia de presupuestos morales y económicos.

ABSTRACT:

This article has the purpose of establishing from the analysis of constitutional, legal and jurisprudential development as well as relevant international instruments that revolve around the free market regulation in Colombia; considering which factor has been the most influential in the narrative of the antitrust law, comparing the prevalence of moral and economical premises.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El origen del derecho de la competencia nace de un sentimiento popular en contra de las grandes corporaciones empresariales unidas bajo la figura de “trusts” en Estados Unidos. Piénsese a manera de ejemplo, grandes grupos empresariales en el sector de petróleo, medios de comunicación, acero, azúcar dirigido por John Davison Rockefeller, William Randolph Hearst, entre otros considerados como barones de grandes corporaciones que a través de “trusts” - figuras fiduciarias - que lograron amasar suficiente poder para estrangular la competencia e imponer las condiciones del mercado. Estos comportamientos empresariales conllevaron a un sentimiento de frustración social en torno al mercado y los políticos al vislumbrar esta cuestión entendieron en la necesidad de solucionar el problema a través de la Sherman Act (1890). Esta primera Ley de competencia en el mundo buscaba poner un freno al abuso de los trusts y el comportamiento de grandes corporaciones y de paso contener el sentimiento en contra del mercado como mecanismo para asignar recursos en la sociedad.

Ahora bien, en Colombia el desarrollo de las normas de libre competencia se presenta paralelo al desarrollo industrial del país y fue solamente hasta la Ley 155 de 1959 que se creó una normativa para abordar estas prácticas contrarias a la libre competencia. Esta norma se redactó con una marcada influencia por la Ley antitrust de Estados Unidos y Leyes de Competencia de países de Europa, y si bien conforme al artículo 1º se evidencia una marcada preocupación por el mercado, y las restricciones que le pueden causar a éste a partir del poder económico que adquieren las empresas de decidir sobre los precios, teniendo entonces la posibilidad de crear barreras al comercio y de hacer acuerdos que puedan restringir la productividad y que puedan llevar al mercado a fracasar, porque el modelo económico de Industrialización Sustitutiva de Importaciones no permitió una aplicación y desarrollo adecuado conforme a las necesidades del mercado. De manera que fue hasta la Constitución Nacional de 1991 y el Decreto 2153 de 1992 que las normas de libre competencia empezaron a tener una aplicabilidad real en el contexto de Colombia.

Es evidente, desde luego, que al volverse a retomar el derecho de la competencia a comienzos de la década de 1990 este llevaba consigo la ideología y narrativa reinante de la época y especialmente la de la revolución en derecho de la competencia de la escuela de Chicago que se caracteriza por la búsqueda de la maximización del bienestar de los consumidores. Entendido como eficiencia económica, menores costes para consumidores. Obviamente esta narrativa es unidimensional, ya que el proceso de fijación de precios da la impresión estar encaminado únicamente hacia los aspectos económicos y cómo estos pueden afectar el mercado, por lo que nos lleva a preguntarnos si se están dejando de lado otros aspectos socialmente relevantes como lo es la moral. El presente trabajo de investigación se encamina a considerar otros aspectos que son importantes para el derecho de la competencia y han sido dejados a un lado a partir de la revolución de la escuela de Chicago. Sin duda, estas preguntas son importantes porque permitirán entender mejor el propósito y objetivos de las normas de libre competencia más allá de la narrativa económica, que, si bien es clave e importante, no es perfecta ni refleja totalmente el modelo de comportamiento de las personas. En ese sentido, resulta relevante investigar los principales presupuestos morales y económicos considerados en las normas de competencia y demás contextos jurídicos que

desarrollan el tema para en el presente trabajo responder ¿qué narrativa tiene el derecho de la competencia en el contexto jurídico colombiano?

INDICE

MARCO TEÓRICO	6
1.1 MERCADO.....	6
1.1.1. Definición	6
1.2 LIBRE COMPETENCIA.....	7
1.2.1. Definición.....	7
1.2.2. Libre competencia en la legislación colombiana.....	7
1.3 LA MORAL.....	8
1.3.1. Definición.....	8
1.3.2. La moral y la legislación.....	9
ESTADO DEL ARTE.....	10
OBJETIVOS	12
Objetivo general:.....	12
Objetivos específicos:.....	12
METODOLOGÍA.....	13
INTRODUCCIÓN	14
DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA.....	15
CRITERIOS APLICADOS A LA JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.....	17
EL PAPEL DE LA OCDE EN LA NARRATIVA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA.....	21
ALCANCE DE LA INFLUENCIA MORAL Y ECONÓMICA EN LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA	24
CONCLUSIONES.....	29
BIBLIOGRAFÍA.....	31

MARCO TEÓRICO

La libre competencia es un tema muy importante en la economía colombiana y para poder entenderla y comprender la narrativa que tiene en la legislación colombiana se deben analizar la doctrina, la legislación y la jurisprudencia colombiana al respecto, pero para a iniciar a desarrollar el tema planteado se debe empezar definiendo algunos conceptos importantes con los cuales podremos sustentar nuestra materia.

1.1 MERCADO

1.1.1. Definición

Un concepto que debemos tener claro para el desarrollo de este escrito es el de mercado, “el mercado, es un medio por el cual el intercambio de bienes y servicios toma lugar como resultado de compradores y vendedores estando en contacto con el otro, ya sea directamente o a través de agentes o instituciones mediadoras.” (Robinson, 2017)¹.

Sin duda, lo anterior es una abstracción teórica que en muchas circunstancias se fundamenta en otros supuestos. Por ejemplo, el concepto de mercado perfecto, que de acuerdo con Knigh (2002) “implica la comunicación perfecta, instantánea y gratuita entre los participantes” (Pág. 141) es decir, que varios vendedores ofrecen diversos bienes y servicios a un mismo precio con el fin de que exista un mercado competitivo y el consumidor escoja el bien que más le satisfaga sus necesidades, sin embargo, autores como José Luis Sampedro, han dicho que este tipo de mercado es solo teórico pues es muy complicado que sean solo el consumidor y el vendedor los que intervengan en el mercado, pues siempre va a existir la intervención estatal a la hora de regular el mercado y es por medio de la libre competencia que el Estado busca regular el mercado, pues con esta se regula la relación entre los ofertantes y también la relación entre ofertante y consumidor.

¹ Traducción propia del artículo “Market” de Joan Violet Robinson , cita original “Market, a means by which the exchange of goods and services takes place as a result of buyers and sellers being in contact with one another, either directly or through mediating agents or institutions.”

1.2 LIBRE COMPETENCIA

1.2.1. Definición

La Superintendencia de Industria y Comercio define la libre competencia como *“el conjunto de esfuerzos que desarrollan los agentes económicos que, actuando independientemente, rivalizan buscando la participación efectiva de sus bienes y servicios en un mercado determinado.”* (S.I.C., n.d.) De lo anterior, se entiende que la libre competencia tiene como fin garantizar a los ciudadanos una participación en el mercado donde estos puedan ofrecer los bienes y servicios que producen. Por su parte, afirma Quintana (2013) que *“La libre competencia es el mejor mecanismo para promover la asignación eficiente de recursos en el mercado. Esto se debe a que, para ganarse la preferencia de los consumidores, los proveedores bajan sus precios y mejoran la calidad de sus productos.”* (Pág. 9) Es decir, con la libre competencia se busca que las personas participen en el mercado ofreciendo los bienes y servicios que producen, y al mismo tiempo se busca que los consumidores tengan diversos productos para escoger y así satisfacer las necesidades de estos, es aquí donde juega un papel importante el precio y la calidad de los bienes y servicios ofrecidos.

1.2.2. Libre competencia en la legislación colombiana.

En Colombia el derecho de la libre competencia se empezó a desarrollar con la Ley 155 de 1959, por medio de esta Ley se busca la libre competencia en el país, el artículo 1 de esta Ley estipula que

Puedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar, la libre competencia, con el propósito de determinar o mantener precios inequitativos en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas. *(Ley 155 de 1959)* En este artículo queda expuesto que en Colombia quedan prohibidos cualquier clase de acuerdos o convenios cuyo objeto sea limitar la libre competencia, pues el objetivo de esta Ley es que los agentes económicos participen efectivamente en el mercado colombiano y los consumidores puedan escoger servicios provenientes de diferentes agentes. De acuerdo con Bardey et al. (2013) Colombia es uno de los pocos

países en Latinoamérica que tenía una normativa respecto a la libre competencia, pues desde la constitución de 1886 se consagraba la competencia como un derecho, a partir de ahí el derecho de competencia en Colombia se fue desarrollando, sin embargo, no fue sino hasta la constitución de 1991 que se empezaron a aplicar continuamente estas normas. Las cuales buscaban evitar que la libre competencia fuera limitada por los participantes en el mercado.

Mediante el artículo 333 de la Constitución Nacional de 1991 se introdujo el principio a la libre competencia en el cual se establece que *“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.”* Es decir que el Estado es el único que puede exigir permisos y limitar esta libertad económica, con el fin de preservar el bien de los ciudadanos y de la nación. Adicional a esto, en el año 1992 mediante el Decreto 2153 se creó la Superintendencia de Industria y Comercio, dentro de sus funciones tenemos la protección de la competencia en el país e imponer sanciones en casos donde se viole la libre competencia.

Con este pequeño abrebocas de las normas colombianas sobre la libre competencia, se puede pensar que estas están dirigidas especialmente a regular la economía y el mercado colombiano, que si bien busca que las personas se vean beneficiadas con estas, sin embargo, domina más una narrativa económica, un punto importante a considerar es lo concerniente a la fijación de precios, ya que si bien acceder al mercado para ofertar productos o servicios es una actividad que generalmente se lleva a cabo buscando ganancias, es claro el efecto que esto tiene en la comunidad y por consecuencia, en los preceptos del derecho de la competencia.

1.3 LA MORAL.

1.3.1. Definición.

Según la Real Academia de la Lengua Española, la moral se puede definir como: *“Pertenciente o relativo a las acciones de las personas, desde el punto de vista de su obrar en relación con el bien o el mal y en función de su vida individual y, sobre todo, colectiva.”*; Es decir, que la moral es la perspectiva que se tiene respecto a ciertas conductas realizadas por el ser humano donde estas pueden ser consideradas

buenas o malas, Zambrano estipula que *“Las normas que regulan las relaciones del individuo con la sociedad, impuestas, como es lógico, por esta, es lo que se llama moral. En todos los pueblos han sido buenas las acciones favorables a la comunidad, y malas, las contrarias.”* (Zambrano, 1921) Con esto evidenciamos que la moral es subjetiva, lo que significa que para algunos lo que es moral, para otros puede ser considerado inmoral, asimismo, la moral evoluciona junto con el ser humano y lo que anteriormente era considerado inmoral, hoy en día puede ser considerado moral.

1.3.2. La moral y la legislación.

De acuerdo a lo anterior, se podría suponer que, si la moral es lo que se considera como lo bueno, todas las normas expedidas por el estado no dejarían de lado la moral, Kant (Como se citó en Fajardo, 2020) dice que:

La estricta auto fundamentación de una moral racional se basa en la vinculación conceptual establecida a priori entre la conciencia pura del deber como un factum (un hecho dado) de la razón moral y la madurez ética del género humano, como resultado de un proceso de auto-objetivación capaz de desarrollarlo en toda su racionalidad. (Kant, 1985, p.23)

Con lo anterior podemos concluir que toda norma expedida es considerada moral, pues estas normas son escritas de acuerdo a la realidad que se vive, sin embargo, se puede contrariar la moralidad de dichas normas cuando evidenciamos que la normatividad de la libre competencia tiende a tener una narrativa, esta entendida como el desarrollo jurídico que ha tenido el tema, que considera más aspectos económicos que morales pues es uno de los elementos que permite que la economía colombiana sea eficiente, y si no se regulara este tema se podría generar situaciones de abuso por parte de quienes ofrecen los bienes o servicios hacia los consumidores o hacia otros oferentes, lo que resultaría en la economía del país no actuando de la manera que se espera, a lo largo de este trabajo se va a profundizar en este análisis.

ESTADO DEL ARTE.

A continuación, se desarrollará el estado del arte sobre la narrativa que tiene las normas colombianas sobre la libre competencia, este es un tema sobre el cual han escrito varios autores, dentro de estos encontramos a Andrea Alarcón la cual en su texto hace un análisis acerca de la libre competencia en el derecho colombiano, en este ella expone que *“Las empresas tienen incentivos para adquirir poder sobre el mercado, o sea, para obtener un control discrecional sobre los precios y otros factores asociados que determinan las transacciones comerciales.”* (Alarcón, 2016, 119) Respecto a esto se puede hacer una comparación con lo que se ha estipulado en la legislación colombiana, pues esta busca garantizar que los consumidores cuenten con gran variedad de productos y servicios provenientes de diferentes agentes que ofrezcan mejores precios, sin embargo, la libertad que tienen las empresas sobre el control de los precios y otros factores se ve limitada por las restricciones frecuentemente impuestas por el gobierno.

El gobierno al ser el único que se encuentra legitimado para implementar limitaciones a la libre competencia como se ve desarrollado en la legislación colombiana sobre la libre competencia, especialmente en la Ley 155 de 1959, sin embargo, este énfasis que se hace en la libre competencia nos da a entender que el mercado juega un papel importante en relación a estas disposiciones, pues como regla general, la idea es que este se auto regule, sin embargo, de necesitarlo, el estado está autorizado a intervenir, demostrando la importancia de los aspectos económicos considerados en esta normatividad.

Por su parte, Luis Fernando Álvarez Londoño, hace un análisis respecto de la historia del derecho de la competencia en América Latina, y al referirse a las normatividades de la década de los noventa de esta materia dice que estas finalmente tenían tendencia a ser aplicadas, no como las que existían anteriormente en algunos países latinoamericanos como Colombia; esto lo explica diciendo:

La razón fundamental que permitió la aparición de normas de competencia con tendencia a ser aplicadas en Latinoamérica obedece a la voluntad política de los gobiernos de generar una institucionalidad democrática y de mercado, pues la región venía de regímenes dictatoriales y/o de instituciones muy cerradas al comercio internacional que no evidenciaban las necesidades de la incorporación de políticas de competencia. (Álvarez, 2008, 257).

En este análisis se encuentra de nuevo una marcada tendencia hacia la importancia del bienestar del mercado y de las instituciones en el proceso de creación y aplicación del derecho de la competencia, que si bien se puede complementar con la importancia que se le da a los consumidores como agentes económicos y objetivo del mercado, se evidencia que por ejemplo en relación a la fijación de precios, no hay disposiciones que pretendan dar un estándar moral sino que se encuentra un mayor énfasis en la importancia de evitar restricciones en el mercado.

De igual manera, la jurisprudencia colombiana se ha pronunciado respecto a la libre competencia en varias ocasiones, en este título se hablará de la sentencia C-032 de 2017 de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos, en la cual se estipula:

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. (Corte Constitucional, Sentencia C- 032, M.P. Alberto Rojas, 2017).

En esta sentencia la Corte dice el tipo de economía que se adoptó en Colombia con la Constitución de 1991 y con esta se reconoce la iniciativa privada, es con esta y otras sentencias que analizaremos más adelante en el texto que podemos evidenciar que cuando se hace un análisis de derecho de la competencia en Colombia se aborda desde un aspecto económico, como se expresó anteriormente, y se demuestra que este es uno de los factores más importantes a considerar cuando se está tratando dicha narrativa.

En el ámbito internacional, organizaciones como la OCDE, que se ha encargado de realizar un desarrollo sobre la libre competencia, donde se evidencia como en los diferentes estados que integran esta organización, se le da importancia al desarrollo del derecho de la competencia, contando con regulaciones al respecto, y siendo estas caracterizadas por las sanciones económicas. Sin embargo, estudios que ha hecho la organización, aseguran que esto no es suficiente, al respecto expresa Stucke que: *“La OCDE reportó que hay amplia evidencia empírica de sanciones corporativas en forma de multas casi nunca son lo suficientemente elevadas para constatar un detrimento óptimo, y en la mayoría de los casos*

están sustancialmente por debajo del nivel necesario” (Stucke, 2006, 481). En los informes de los que habla el autor, la OCDE da a entender que a pesar de que las sanciones causan un detrimento en el patrimonio de las empresas, el cual no es lo suficientemente significativo, por lo que realmente solo se establecen como meramente económicos, ya que a pesar de las imposiciones de sanciones económicas las empresas no van a cambiar sus acciones contrarias a la libre competencia

Sin embargo, el autor posteriormente expresa que *“paradójicamente, incluso si la multa es menor al nivel óptimo de detrimento, si es muy grande, una multa corporativa posiblemente podría afectar a los consumidores con menos innovación, y posiblemente menos competidores significativos y precios más altos”* (Stucke, 2006, 481) Con esta idea, Stucke expresa que si una multa llegará a ser muy alta, podría afectar al mercado, dándole de nuevo énfasis a los aspectos económicos del derecho de la competencia, pues pone aspectos como la innovación y los precios como prioridades ante el análisis de las sanciones en materia de derecho de la competencia en los países miembros de la OCDE, pues finalmente expresa que *“parece ser un acuerdo general entre los países miembros de la OCDE encuestados que la sola amenaza de sanciones financieras tiene poca fuerza disuasiva en los individuos”* (Stucke, 2006, 483).

OBJETIVOS

Objetivo general:

El objetivo general del presente trabajo de investigación es encontrar una solución al problema de investigación planteado, para determinar que narrativa tiene el derecho de la libre competencia en Colombia, es decir si este se inclina más hacia lo moral o lo económico, esto mediante el análisis de las normas, jurisprudencia y doctrina sobre el tema.

Objetivos específicos:

Los objetivos específicos el presente trabajo de investigación son los que se van a desarrollar a continuación:

- Analizar el desarrollo del derecho de la competencia en Colombia.

- Encontrar cómo ha evolucionado la Ley/normatividad en materia de derecho de la competencia en Colombia.
- Interpretar sentencias de las altas cortes y recomendaciones de la OCDE para determinar la manera en la que han influenciado el derecho de la competencia en Colombia
- Analizar textos de diferentes autores para ayudar a determinar los aspectos más influyentes en el derecho de la competencia en Colombia
- Realizar un paralelo entre presupuestos morales y económicos para determinar cuál ha sido más influyente en las normas sobre libre competencia en Colombia.

METODOLOGÍA

En el presente trabajo de grado se utilizarán las metodologías de la investigación crítica y el método deductivo para abordar el objetivo general y el específico, con el propósito de responder a la pregunta planteada inicialmente a partir del problema de investigación.

La primera metodología que se va a utilizar es la investigación crítica, está considerando la legislación colombiana tanto vigente como derogada en materia del derecho de la competencia para empezar a analizar la forma en la que se desarrolla, para posteriormente, pasar a cuestionar y criticar con el propósito de abrir el debate hacia un cambio, siendo este el principal objetivo de esta metodología. Además, con la aplicación de ésta se busca cotejar las posturas de diferentes autores, así como de las altas cortes nacionales y recomendaciones de la OCDE para llevar a cabo un paralelo con las normas proferidas en materia de la competencia, encontrando una respuesta a la pregunta planteada.

Adicionalmente, se utilizará el método deductivo de investigación, comúnmente aplicado en las ciencias sociales y en el derecho, cuyo principal propósito es hacer énfasis en la teoría, al indagar en principios generales para aplicarlos en temas particulares, es decir que una vez verificado que el principio es válido se analiza en un contextos específicos, esta metodología se utilizará para complementar la investigación crítica, partiendo de la investigación llevada a cabo para llegar a determinar la validez de algunas premisas que puedan llegar a darle respuesta a la pregunta que motiva este trabajo.

INTRODUCCIÓN

El derecho colombiano, en general tiene un desarrollo que se somete a consideración a partir de diferentes ámbitos, esto se evidencia con los diferentes estudios y debates a los que se someten los proyectos de Ley mientras pasan por nuestro principal órgano legislativo, el congreso. El derecho de la competencia no es ajeno a esto, con disposiciones que nacen a partir la Constitución Política del 1991 y una evolución desde las primeras normas nacionales de esta rama en 1959 ya que la actual economía social de mercado trae elementos liberales sin limitar totalmente la intervención del Estado, que afectan la forma en la que se narra el derecho de la competencia en Colombia.

Es entonces a partir de estas disposiciones y principalmente de esta intervención que nace la pregunta de qué papel juega la moral en el conjunto de normas que incluyen sanciones para los comportamientos que van en contra de la libre competencia, ya sea como investigaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, hasta por la fiscalía, pues este tema ha llegado a permear el derecho penal, como se evidencia en el título X del código penal, donde se encuentran los delitos contra el orden económico y social, así como en otros tipos penales como el tipificado en el artículo 410, que trata sobre acuerdos restrictivos de la competencia.

Es claro, que estas son cuestiones que también han llegado al debate de las altas corporaciones judiciales nacionales, pues en sus diferentes providencias proferidas en relación a las conductas que restringen la libre competencia, se denota la influencia que causa la consideración de las dinámicas del mercado sin dejar de lado la moral como actos que pueden ser categorizados como “correctos” o “incorrectos”.

Adicionalmente es claro que esta narrativa está en constante desarrollo y sometida a ajustes, cambios y revisiones periódicas, como se hizo durante los últimos años con el objetivo de entrar a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). También cabe recalcar que el ingreso a esta organización representa una nueva influencia para el futuro desarrollo del derecho de la competencia en el país, pues este es un tema ampliamente tenido en cuenta por la OCDE y que continuamente es objeto de sus recomendaciones, que, a pesar de no ser vinculantes, ahora pasan a ser de mayor importancia para Colombia debido a su pertenencia a la organización.

Todo esto entonces son aspectos a considerar cuando se aborda el tema del derecho de la competencia en el contexto jurídico colombiano, por lo que serán puntos a desarrollar dentro de este trabajo para poder llegar a responder la pregunta planteada.

DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA.

El derecho de la libre competencia se empezó a desarrollar en Colombia con la Ley 155 de 1959, con un claro enfoque en aspectos económicos y una clara preocupación por el respeto al libre mercado, estipulando prácticas restrictivas de la competencia como la contenida en el artículo 1:

Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos. (Ley 155 de 1959);

Sin embargo, estas regulaciones no fueron arduamente aplicadas por falta de voluntad política ya que el contexto del país para esa época no estaba pensado hacia la libertad económica. A pesar de esto, el artículo 1º de esta Ley se mantiene vigente hasta la actualidad, ya que es el que contiene la prohibición general, por lo que es el más importante instrumento contra las prácticas restrictivas de la competencia. Posteriormente el decreto 1302 de 1964 modificó la Ley anterior, estableciendo algunas excepciones a la prohibición general contenidas en el artículo mencionado anteriormente.

No fue sino hasta 1990 que mediante el consenso de Washington se le recomendó a los países latinoamericanos que adoptaran la libertad económica en sus ordenamientos jurídicos, después de esto en la Constitución de 1991 se incluyó el derecho de la libre competencia; mediante el artículo 333 se introdujo el principio de la libre competencia en Colombia, sentando las bases de la narrativa que llevaría el país en materia de derecho de la competencia posteriormente, dejando claro que “*La actividad económica y la iniciativa privada son libres*” (Constitución Política de Colombia), lo cual, refleja un claro interés en el libre mercado y la forma que este afecta la economía, sin enunciar otras influencias para el desarrollo de estas *disposiciones*; igualmente se constituyó un avance en el establecimiento de las

instituciones que serían las encargadas de intervenir dentro del Estado la protección de la libre competencia.

El artículo 333 establece que Colombia tiene un régimen de economía de mercado el cual tiene como propósito que el mercado se autorregula, sin embargo, también aclara que el estado no controla la economía pero tiene el deber de impedir “...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.” dándole carácter constitucional a las restricciones del derecho de la competencia pero manteniendo la protección a la empresa y a libre profesión con el propósito de generar un dinamismo en el mercado y mejores precios para el consumidor.

El Decreto 2153 de 1992 estableció una nueva política económica de competencia en el país. Este decreto establece tres tipos de conductas que nacen de acuerdos y se pueden ejercer causando una distorsión en la libre competencia sin tener una posición dominante, concepto también definido en el decreto y que, a pesar de no ser prohibido, señala cuando es abusiva o hay restricción. Este Decreto también reformó la Superintendencia de Industria y Comercio, convirtiéndola en la autoridad encargada de vigilar la competencia en el país, dándole las herramientas y procedimientos necesarios para aplicar la Ley. A partir de esto, la Superintendencia de Industria y comercio, en adelante SIC, tiene la competencia de investigar conductas anticompetitivas de oficio o por denuncias, así como de generar multas, lo cual reafirma la importancia de la economía en materia del derecho de la competencia, ya que con estas no se busca sancionar una conducta, ya que prácticamente, su propósito es preservar el mercado y proteger la economía nacional, ya que como lo explica Maurice Stucke en su obra “Morality and antitrust”, cuando estas sanciones son demasiado grandes, terminarían afectando al consumidor, mientras que si no representan un valor significativo, no evitarán que se cometan los actos sancionados.

Este decreto también reestructuró y modernizó el sistema de la libre competencia, presentando un nuevo listado detallado de conductas prohibidas, como las conductas que tengan por objeto o efecto la fijación directa o indirecta de precios, la repartición del mercado, restricción de productores, entre otras.

Entre las normas que entraron a regir con este decreto, hubo algunas reformas en materia de servicios públicos, creando comisiones reguladoras y dándole facultades en algunos casos a otras autoridades de reprochar las prácticas restrictivas de la competencia como la Superintendencia de Servicios Públicos, la Superintendencia de Telecomunicaciones y la Superintendencia Financiera.

Posteriormente, debido a debilidades que se empezaron a notar en el sistema que estaba vigente causadas por las dinámicas del mercado, se plantearon unas modificaciones enfocadas al contexto de la apertura económica, por lo que se expidió la Ley 1340 de 2009, creando un nuevo procedimiento sancionatorio y dándole fuerza coercitiva a la autoridad al elevar los montos de las multas. Esta Ley se tomó básicamente como una actualización a la libre competencia ya que hizo cambios en la materia basándose en las dinámicas actuales del mercado. Manteniendo la labor de investigación y sanción de la Superintendencia de Industria y Comercio, siguiendo la narrativa económica en la que se ven enfocadas estas dinámicas.

Con la entrada de Colombia a la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo) en el 2020, se contraen unas obligaciones adicionales en materia de la libre competencia ya que esta organización, promueve la aplicación de forma activa y efectiva de la política de competencia entre países, promoviendo la identificación y difusión de las mejores prácticas en esta materia.

CRITERIOS APLICADOS A LA JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La jurisprudencia colombiana tiene un largo repertorio de providencias acerca de la libre competencia, en este apartado del texto analizaremos los criterios utilizados por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Superintendencia de Industria y Comercio en sus resoluciones a la hora de pronunciarse sobre este tema.

Para empezar, es importante tener presente que la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la libre competencia, una de esas en la sentencia C-535 de 1997, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes, en esta sentencia la Corte estudió la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley 256 de 1996 el cual estipula:

Artículo 19.- Pactos desleales de exclusividad. Se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras estas sean de propiedad de los entes territoriales. (Ley 256, 1996).

Esta norma fue demandada pues se consideraba que iba en contra de los artículos 78, 158 y 333 de la Constitución Nacional, porque de acuerdo con el demandante, las cláusulas de exclusividad no restringen la libre competencia pues estas tienen como fin favorecer una mayor oferta de bienes y servicios, por lo tanto, es un error por parte del legislador clasificar estas cláusulas como restrictivas cuando no lo son.

Al respecto, la Corte Constitucional dijo que en la norma no se prohíben las cláusulas de exclusividad, pues estas son una parte fundamental de las relaciones comerciales entre los particulares, en esta norma lo que se está prohibiendo es que las cláusulas de exclusividad que sean desleales y por consiguiente se genere una alteración en los presupuestos sobre la libre competencia establecidos, es decir, esta es una limitación necesaria y razonable, debido a que gracias a esta se definen las relaciones contractuales para que satisfagan las necesidades de las partes, y al mismo tiempo prevé que estas partes vayan a incurrir en actos desleales frente a sus competidores, complementa la Corte diciendo respecto a la limitación sobre las cláusulas de exclusividad que

No se consideran per se prohibidos -propio de las prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el legislador-, sino que ello dependerá de las condiciones de lealtad en que se realicen - los actos de comercio prohíben cuando violan las prácticas correctas de la actividad mercantil, caso en el cual devienen desleales. (Corte Constitucional, Sentencia C- 535, M.P. Eduardo Cifuentes, 1997).

Esta sentencia es un claro ejemplo de cómo podemos evidenciar que en los criterios que se utilizan en la jurisprudencia hay una tendencia a ser económicos, ya que en este punto es importante recalcar el hecho de que, según la legislación nacional, los acuerdos de exclusividad solo estarán prohibidos cuando restrinjan el mercado, es decir, que al explicar que se prohíben los actos de comercio cuando violan las

prácticas correctas de la actividad mercantil, se está de nuevo poniendo en primer plano el mercado, siendo de nuevo clara la influencia económica que se manejó al momento de regular este tema.

De igual manera, se busca proteger a los consumidores, pues como se ha dicho anteriormente estos son una parte importante de mercado y cuando se sancionan este tipo de actos desleales se está preservando un ambiente competitivo en el mercado donde los consumidores tendrán la oportunidad de escoger entre diversos bienes y servicios dependiendo de su necesidad.

Esta tendencia hacia lo económico que tiene la Corte Constitucional a la hora de pronunciarse sobre la libre competencia se evidencia también en la sentencia C-032 de 2017, donde la Corte concluyó que las normas demandadas no violan los principios constitucionales de tipicidad y del debido proceso, pues las normas demandadas no son prohibiciones aisladas, sino que por el contrario forman parte del régimen general de la libre competencia, en estas normas lo que se busca es proteger la libre competencia de actos desleales, los cuales son sancionados de acuerdo a lo expuesto en el ordenamiento jurídico colombiano, es decir, se busca prohibir y sancionar cualquier comportamiento en el que puedan incurrir los particulares que llegue a afectar el correcto funcionamiento del mercado del país, siempre respetando los principios de debido proceso y legalidad consagrados en el ordenamiento jurídico colombiano; aquí una vez más notamos que tanto las normas como los criterios aplicados por la Corte Constitucional inclinan la balanza hacia aspectos económicos, al buscar que se respeten y se cumplan las normas de la libre competencia en el país, protegiendo los principios del libre mercado.

Del mismo modo, encontramos que las resoluciones expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, tienen como fin hacer cumplir las normas de la libre competencia, así como sancionar a aquellos que las incumplan y vulneren, como ejemplo vamos a tomar la Resolución 2726 de 1999, en esa ocasión la SIC ordenó a una compañía dejar de realizar actos que fueran en contra de la libre competencia, en este caso lo estipulado en el numeral dos del artículo 48 del decreto 2153 de 1992 el cual estipula *“Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios.”* Igualmente, impuso una sanción pecuniaria a la sociedad infractora, aquí queda una vez más demostrado que en Colombia se busca sancionar actos

violatorios a la libre competencia, es decir, estos son casos donde el Estado interviene en la libre competencia con el fin de evitar y prohibir cualquier tipo de actos que puedan llegar a afectar las dinámicas propias del mercado, atentando contra las bases de la economía nacional.

Para terminar con el análisis jurisprudencial en Colombia respecto a la libre competencia, tenemos una sentencia del Consejo de Estado del 09 de octubre de 2003, Radicado No. 25000-23-24-000-2000-00657-01(8101), en esta sentencia el Consejo de Estado confirmó una sentencia del Tribunal de Cundinamarca en el cual se pedía que se declarara nula la Resolución No. 2726 de 1999, con la confirmación de esta resolución podemos una vez más evidenciar que los Tribunales colombianos mantienen como prioridad el orden económico a la hora de decidir sobre estos temas, pues como se ha dicho a lo largo de este escrito las normas de la libre competencia buscan proteger y garantizar que todos los agentes del mercado puedan acceder en igualdad de condiciones al mercado y cuando no se cumplen con estas disposiciones es deber de estas autoridades velar porque se cumplan y se dejen de vulnerar, ya que estas son dinámicas que se cumplen cuando el mercado no es intervenido, en este caso, cuando no se cometen actos que vayan en contra de la libre competencia. Al respecto expresó el Consejo de Estado que “

La Libre Competencia significa la libertad para participar en el mercado, en el cual tanto vendedores como compradores, utilizan como opción la de vender y comprar, sin estar aquellos ligados a convenios o pactos que perturben la competencia, eliminándola, y tornando su presencia en simulada competencia, o restringiéndola, dejando espacios reducidos para su ejercicio” (Consejo de Estado, M.P. Gabriel Mendoza, Radicado No.25000-23-24-000-2000-00657-01(8101), 2003)

Lo expuesto por el Consejo de Estado, se confirma de nuevo la relevancia de preservar el orden económico tanto en el ordenamiento jurídico colombiano como en la jurisprudencia colombiana, pues se busca impedir que quienes participen en el mercado incurran en actos que vayan en contra del funcionamiento normal de este, planteando sanciones para evitar que se lleven a cabo actos que puedan ser nocivos para el mismo.

EL PAPEL DE LA OCDE EN LA NARRATIVA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA

En mayo del 2013, Colombia inicia diálogos con la OCDE, para entrar a hacer parte de la organización, lo cual implicaría suscribirse a la convención de la OCDE, tratado por el cual se creó dicha organización. Desde el principio de la convención, se evidenció que la economía es uno de los principales focos de esta organización, ya que expresa que: *“Considerando que la fortaleza y la prosperidad de la economía son esenciales para alcanzar los objetivos de las Naciones Unidas, salvaguardar las libertades individuales y aumentar el bienestar general”* (CONVENCIÓN DE LA OCDE, 1960). Así mismo, como se puede ver en la ruta para el acceso de Colombia a la convención de la OCDE, adoptada por el consejo de la OCDE en septiembre del 2013, donde establecen en sus valores fundamentales que: *“Estos incluyen un compromiso a la democracia pluralista basada en la Ley y el respeto a los derechos humanos, la adhesión de la apertura y transparencia como principios de la economía de mercado y el objetivo compartido del desarrollo sostenible.”* (ROADMAP FOR THE ACCESSION OF COLOMBIA TO THE OECD CONVENTION, OCDE, 2013)², recalcan la importancia de los principios de la economía de mercado, los cuales se caracterizan por la no intervención, dejando que este se autorregule a partir de sus dinámicas y procesos propios, como lo son la oferta y la demanda.

Esto adquiere especial relevancia en el tema, ya que en el documento previamente mencionado donde se enlistan los principios centrales para la revisión técnica de los comités de la OCDE, siendo uno de ellos, el comité de competencia, estos principios son:

1. Asegurar un refuerzo efectivo de las leyes de competencia a través del establecimiento y operación de disposiciones legales apropiadas, sanciones, procedimiento, políticas e instituciones;

² Traducción propia del texto “ROADMAP FOR THE ACCESSION OF COLOMBIA TO THE OECD CONVENTION” de la OCDE, cita original “These fundamental values include a commitment to pluralist democracy based on the rule of law and the respect of human rights, adherence to open and transparent market economy principles and a shared goal of sustainable development.”

2. Facilitando cooperación internacional en investigaciones y procedimientos que impliquen la aplicación de normas de competencia;

Identificando activamente, evaluando y revisando políticas públicas existentes y propuestas, cuyos objetivos puedan ser logrados con efectos menos anticompetitivos, y asegurando que personas y organismos con experticia en derecho de la competencia estén involucrados en el proceso de tal evaluación de competencia. (Convención de la OCDE, 1960, Pág. 12).

A partir de estos, se puede concluir que, para poder ser parte de la OCDE, Colombia necesitaba revisar sus políticas relacionadas al derecho de la competencia para que fueran acorde a estos principios, por lo que cabe analizar recomendaciones de la organización para identificar cómo aportan a la narrativa del derecho de la competencia en el país.

Al revisar los documentos y recomendaciones expedidos por la OCDE, es notorio que uno de los temas en los que más se centra la atención de la organización en materia de derecho de la competencia es en la regulación frente a los cárteles y cómo estos afectan el mercado. En el documento publicado en 2019, titulado, “revisión de la recomendación de la OCDE de 1998 en lo relativo a acciones efectivas frente a hard core cartels”, la organización define un hard core cartel como: *“Un cartel es una conspiración entre competidores para elevar precios o controlar los resultados o ambos, en consecuencia, haciendo que los bienes y servicios no estén disponibles para algunos consumidores y que sean innecesariamente costosos para otros”* (Review of the 1998 OECD Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels, 2019)³, a lo que posteriormente pasan a explicar que en su recomendación de 1998, la organización llama a sus miembros y a los adherentes a que se aseguren que sus leyes prohíban, sancionen y creen procedimientos para investigar dicha conducta.

Ahora, en la recomendación del consejo en lo relativo a las acciones contra hard core cartels, la organización traza un precedente para la forma de analizar la forma en la que tocan el tema, pues aclaran que las prácticas anticompetitivas pueden constituir un obstáculo para lograr crecimiento económico,

³ Traducción propia del texto “Review of the 1998 OECD Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels” de la OCDE. Cita original: “A cartel is a conspiracy among competitors to raise prices or control output or both, thus making goods and services unavailable to some customers and unnecessarily expensive for others”

expansión comercial y otras metas económicas de los países miembros, reafirmando la importancia de combatir los carteles como amenazas contra el mercado y la economía. Es en este documento que también establecen que *“los hard core cartels son la violación más atroz del derecho de la competencia, y que perjudican a los consumidores al elevar los precios y al restringir la oferta”* (Review of the 1998 OECD Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels, 2019)⁴ por lo que reiteran en lo nocivos que son estas conductas para el mercado.

Sin embargo, en los últimos años la discusión sobre el derecho de la competencia se ha tornado un poco más multidimensional, como se puede percibir en el documento “competencia bajo fuego”, emitido en el 2019 como resumen de la discusión del foro global de competencia; ya que en este se parten de las críticas a las políticas y autoridades del derecho de la competencia en distintos países. En el documento mencionado, se explican las diferentes críticas que se le hacen al derecho de la competencia como que: *“no garantiza que los beneficios prometidos se reflejan en economías que luchan con el desempleo crónico donde los factores de producción como la mano de obra no son tan flexibles como fue hipotetizado”*. (Competition under fire, OCDE, 2019)⁵. Posteriormente dicho documento pasa a criticar *“la noción de eficiencia estática en la que se centran las políticas de competencia, en vez de las políticas industriales dinámicas que podrían fomentar el crecimiento económico”* (Competition under fire, OCDE, 2019)⁶; y finalmente critica la indiferencia de los efectos de distribución y la desigualdad de oportunidades en la competencia internacional debido a que algunos agentes se pueden ver respaldados por gobiernos, mientras que otros no.

Es importante también destacar otras discusiones planteadas por el foro global de competencia de la OCDE, como el planteado en diciembre de 2020 que trata sobre “políticas de competencia: ¿tiempo para un reajuste?”. En este, se plantea la necesidad de replantearse las políticas de libre competencia,

⁴ Traducción propia del texto “Review of the 1998 OECD Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels” de la OCDE , cita original “hard core cartels are the most egregious violations of competition law and that they injure consumers in many countries by raising prices and restricting supply”

⁵ Traducción propia del texto “Competition under fire” de la OCDE , cita original “ There is no guarantee that competition delivers the expected benefits in economies that are beset by chronic unemployment and where the factors of production (capital and labour) are not as mobile as hypothesized by competition economists”

⁶ Traducción propia del texto “Competition under fire” de la OCDE , cita original “ the static promotion of competition has been a disregard for dynamic industrial policies which can, when correctly implemented, contribute to long term growth and competition”

considerando la situación que se está atravesando debido a la pandemia de COVID- 19, pero planteándose la necesidad de considerar aspectos como lo son las desigualdades, siguiendo la línea de críticas planteadas con anterioridad a la efectividad de las políticas y entidades protectoras de la libre competencia que funcionan actualmente.

Es entonces claro que el principal foco de la organización en lo que respecta al derecho de la competencia es propenso a cambiar, pues a pesar de que tradicionalmente, le ha dado mayor relevancia a factores económicos enfocados hacia el consumidor más que las posibles razones morales para regular algunos de estos temas como las restricciones de los carteles, actualmente encontramos que la discusión se ha tornado diferente, buscando si realmente es justa la distribución que aportan los sistemas de protección de la libre competencia que se utilizan actualmente, haciendo énfasis en las dificultades que presenta países en desarrollo y que realmente pueden resultar en pérdidas de oportunidades de crecimiento económico, fracasando en el intento de reducir la pobreza y creando brechas más grandes de desigualdad. Todas estas consideraciones afectan directamente la narrativa del derecho de la competencia en Colombia ya que como lo explica Luis Eudoro Vallejo, el país *“implantó una serie de reformas para mostrarle a la OCDE que el país puede emprender reformas unilaterales y, de esta forma, ajustarse a sus requerimientos”* (Implicaciones del ingreso de Colombia a la OCDE, 2018) y que al ser actualmente un país miembro de esta, suscribió el tratado de creación de la organización que contiene algunos de los puntos mencionados anteriormente, así como aumenta la posibilidad de implementar las recomendaciones de la organización en diversas materias, incluyendo el derecho de la competencia.

ALCANCE DE LA INFLUENCIA MORAL Y ECONÓMICA EN LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA

Para poder analizar el alcance económico de la normatividad de la libre competencia debemos empezar por el sistema económico colombiano, la cual pasó a ser una economía social de mercado con la Constitución de 1991, la cual consiste en que se aplican unos elementos libertarios y al mismo tiempo es intervenido por el estado, es decir que se busca proteger el libre mercado, la libre competencia, entre otros principios económicos, sin dejar de lado el bienestar social de los colombianos. En el año 1992 mediante el Decreto 2153 se implementaron nuevas disposiciones sobre la libre competencia en el

ordenamiento jurídico colombiano, dentro de estas disposiciones se encuentra la reestructuración de la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual es la máxima autoridad administrativa en Derecho de la Competencia, es decir que es la encargada de investigar y sancionar a aquellos que violen la libre competencia.

De esto podemos decir que la principal influencia en las normas de libre competencia en Colombia es económica, pues desde las primeras normas podemos notar que la legislación colombiana sobre este tema tiene una tendencia más económica que moral, pues en lo estipulado en estas normas sobre libre competencia, hasta lo manifestado por los órganos competentes en esta materia en sentencias judiciales, buscan velar y garantizar un mercado que brinde a sus participantes la posibilidad de satisfacer sus necesidades sin que otros se vayan a ver afectados negativamente por esto, lo que ocurriría si no se regulara este tema pues se generarían situaciones de actos abusivos y desleales por parte de algunos de los participantes del mercado. Méndez habla sobre este tema, expresando que *“el objetivo prioritario de la defensa de la competencia es favorecer la eficiencia en los mercados, pues las empresas generan por medio de la libre competencia un flujo económico que puede repercutir positivamente en el entorno económico.”* (Méndez, 2018, 3) De igual manera, estas normas buscan que la economía del país crezca y cuente con una estabilidad que permita que la población tenga un mejor bienestar, y es gracias a estas normas que los colombianos cuentan con la posibilidad de participar de un mercado donde pueden encontrar productos y servicios que satisfagan sus necesidades y de tener una igualdad ante el mercado entre todos los que participan de este, pues ya sean empresas grandes o pequeñas, todas van a tener la oportunidad de ingresar al mercado y lo que permite que los consumidores puedan escoger de una variedad de bienes y servicios ofrecidos dependiendo de sus necesidades.

Esta normativa sobre la libre competencia que se ha venido desarrollando desde 1959, se enfocan en cumplir el mismo objetivo, si bien en un principio a pesar de encontrarse vigentes no era aplicadas, con la llegada de la Constitución de 1991, la libre competencia se convierte en un derecho constitucional que debe ser protegido y garantizado a todos los colombianos, al respecto Bardey et al. (2013) estipula que *“Esta protección constitucional se vio acompañada de la política de liberalización económica del Gobierno Gaviria, cuya base era impedir que se obstruyera o restringiera la libertad económica, evitando*

el control o abuso que personas o empresas pudieran hacer de su posición dominante en el mercado nacional” (Bardey et al., 2013 Pág. 18) . En definitiva, como hemos venido explicando a lo largo del escrito, al buscarse que todos los que deseen participar en el mercado lo puedan hacer con una igualdad de condiciones sin importar si son grandes, medianas o pequeñas empresas es por eso por lo que cuando alguno de estos agentes amenaza con violar la libre competencia se han estipulado ciertas sanciones, para frenar estos comportamientos o impedir que alguien lo pueda hacer y de igual manera, se busca proteger a los consumidores quienes son una parte importante del mercado. Dentro de las sanciones que se pueden aplicar encontramos las estipuladas en el artículo 14 de la Ley 155 de 1959 que son “a) Retiro de las acciones del mercado público de valores; b) Prohibición de funcionamiento de la empresa para el caso de reincidencia en la violación de esta Ley.” además de que también se pueden imponer sanciones monetarias.

Si bien, con estas sanciones se busca proteger la libre competencia, estas podrían llegar a considerarse un aspecto negativo de las normas de la libre competencia, pues al buscar castigar y sancionar aquellos actos que se consideran contrarios a la libre competencia, se inicia el debate de porqué ciertos actos son considerados contrarios a la libre competencia y porque otros no lo son, lo que nos lleva a analizar nuevamente la definición de moral, pues este es un factor importante considerado en el derecho, y que ha sido objeto de discusión en diversas ocasiones entre iusnaturalistas y positivistas; un ejemplo destacable de esto es el debate entre Hart y Fuller, que como explica Martin Diego Farrel: *“Hart pensaba que el derecho positivo podía describirse sin ayuda de la moral, mientras que Fuller creía que el derecho positivo, para ser tal, debía contener ciertos principios formales, independientes de su contenido.”* (Farrel, 2015, 291) debate que intentamos aterrizar un poco al buscar si las disposiciones del derecho de la competencia en Colombia son complementarias y van de la mano con la moral.

Para empezar, como lo hemos venido explicando la normatividad colombiana sobre la libre competencia tiene una tendencia en tener una narrativa económica, sin embargo, podemos evidenciar una narrativa moral en el sentido de que a la hora de intervenir el estado busca evitar conflictos entre los ofertantes y los consumidores, buscando que entre estos exista una igualdad frente al papel que juegan en el mercado, y si llegan a existir algún tipo de conflicto generado por actos que no permitan el buen funcionamiento

del mercado, estos sean interrumpidos y sancionados lo más rápido posible para que el mercado vuelva a su normal funcionamiento y todos sus participantes puedan continuar accediendo a este con todas las garantías que brinda la norma.

Pero estos actos no es que sean inmorales, sino que van en contra de la libre competencia, es decir amenazan el buen funcionamiento del mercado y la economía colombiana, pues no todo acto que sea sancionado puede ser considerado inmoral, al respecto plante Stucke que “*cientos de miles de las regulaciones ahora son punibles con sanciones penales, entonces se puede suponer que cierta conducta hoy en día está tipificada como delito, aunque conlleva poco o ningún oprobio moral.*” (Stucke, 491)⁷ en el ámbito de la normatividad colombiana podemos concluir que así se sancionen ciertas conductas consagradas en leyes como la Ley 155 de 1959, no es porque estas vayan en contra de la moral, sino porque este tipo de conductas estarían amenazando el funcionamiento del mercado colombiano.

Es este punto el que marca la diferencia a la hora de hablar si los actos sancionados por ir en contra de la libre competencia son considerados inmorales, al respecto Stucke dice que para determinar el contenido moral de estas conductas que se sancionan se deben tener en cuenta tres elementos sobre puestos y no excluyentes que son “*primero, la culpabilidad del autor o reprochabilidad, que es suministrada por la intención del autor; segundo, lo moralmente erróneo de la acción misma, como lo describió Stuart Green, está presente si el conducto hecho criminal es visto por el consenso de sociedad como inmoral o en violación a una norma moral; y tercero, la nocividad social de la acción.*” (Stucke, 491)⁸ es decir, que para que una conducta sea considerada inmoral debe cumplir con estos elementos y si no lo hace, por más que se encuentre dentro de las conductas sancionadas no las convierte en actos inmorales. Así pues, para determinar si un acto contrario a la libre competencia es considerado inmoral se debe estudiar cada caso individualmente para así determinarlo, pues la sola realización de un acto

⁷ Traducción propia del texto “Morality and antitrust” de Maurice Stucke cita original “hundreds of thousands of regulations are now punishable by criminal penalties, then one may assume that certain conduct today is criminalized even though it carries little or no moral opprobrium.”

⁸ Traducción propia del texto “Morality and antitrust” de Maurice Stucke cita original “first, the actor’s culpability or blameworthiness, which is supplied by the actor’s intent; second, the moral wrongfulness of the action itself, which, as Stuart Green described, is present if the conduct made criminal is viewed by a consensus of society as immoral or in violation of a moral norm; and third, the action’s social harmfulness”

contrario a esta no puede ser considerado inmoral si no cumple con alguno de los elementos nombrados anteriormente.

Siguiendo esta línea, es pertinente analizar el derecho penal y el económico en conjunto, ya que algunas conductas que son prohibidas en el derecho de la competencia, tienen un reflejo en el derecho penal económico, la autora Grace García Gutiérrez argumenta que el derecho penal económico adquiere relevancia cuando expresa que: *“Dentro del gran mundo del derecho penal económico, la protección de la competencia puede entenderse inmersa en varios submundos de delitos, casi todos, como lo he afirmado, bajo el bien jurídico “orden económico y social”.*” (García, 2012, 43) Teniendo en cuenta lo anterior y al cotejar los diferentes apartados legislativos que hacen referencia al derecho de la competencia, como podrían ser los artículos referentes a la usura o el acaparamiento se empieza a encontrar algunos puntos en los que evidentemente se considera la moral como parte de esta narrativa, pues en el código penal se castigan aquellos actos que no son considerados socialmente aceptados, en estos casos también podemos entrar a evaluar las acciones de quienes incurran en uno de estos delitos con los tres elementos nombrados por Stucke para determinar si esta es inmoral o no.

De todo lo explicado anteriormente, queda claro que el principal objetivo de las normas de la libre competencia es mantener la estabilidad del mercado colombiano, es decir hay una narrativa económica, pues se nota que toda la legislación colombiana y la jurisprudencia expedida sobre este tema se concentra mayormente en que la economía colombiana funcione de una forma eficiente, pero no se puede negar que esta normatividad sobre este tema también tiene atisbos de moralidad, pues busca proteger ciertos derechos de los colombianos, como las que ya se han nombrado a lo largo del escrito, pero sin dejar de lado su principal objetivo que es el funcionamiento eficiente del mercado y cuando se cometen actos que vulneran la libre competencia, se aplican sanciones que tienen como fin la interrupción de este tipo de actos, un punto importante a aclarar aquí, es que se sancionen estas conductas no significa que sean inmorales, pues estas sanciones son aplicadas para restablecer el orden del mercado, es decir, la narrativa económica de la legislación es más fuerte que la narrativa moral que se puede encontrar dentro de la misma.

CONCLUSIONES.

Tal como se ha explicado a lo largo de esta investigación, Colombia es un país que ha mostrado interés en proteger la libre competencia al ser uno de los primeros países en Latinoamérica en regular este tema, así esta normatividad no haya sido implementada regularmente es la base de lo que es el derecho de la libre competencia hoy en día, pues no fue sino hasta 1991 que el derecho de la libre competencia fue introducido en la Constitución Nacional. A partir de este año, el derecho a la libre competencia pasó a un plano de mayor importancia en el ámbito nacional, pues se empezaron a implementar las leyes existentes y a expedir nuevas normas que protegieran la libre competencia y brindaran la posibilidad a todos aquellos que quieran participar de hacerlo en igualdad de condiciones. y desde las primeras leyes expedidas para regular este tema en Colombia se evidencia que la narrativa del derecho de la competencia es económica, pues como se explicó anteriormente son normas que tienen como objetivo principal que la economía colombiana sea eficiente.

Es importante dejar claro que el sistema económico colombiano desde 1991 es una economía social de mercado, lo cual significa que está conformada por elementos libertarios, pero al mismo tiempo será intervenida por el Estado, con esto se busca que la economía del país sea estable y pueda generar un mejor bienestar para quienes hacen parte de ella. A partir de lo anterior es evidente que la economía cumple un papel importante en el derecho, pues las normas sobre la libre competencia buscan regular las relaciones entre quienes participan en el mercado y al mismo tiempo busca evitar y sancionar comportamientos que vayan en contra de la libre competencia, como ejemplo se pueden tomar desde la Ley 155 de 1959 hasta el Decreto 2153 de 1992 y hasta el Código Penal en los artículos donde tipifican actividades que van en contra de la libre competencia.

Lo anterior también ha quedado plasmado en los pronunciamientos que ha realizado tanto la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Superintendencia de Industria y Comercio, de las providencias que se han emitido sobre este tema, podemos concluir que estos también están influenciados por una narrativa económica, porque en todas la providencias judiciales analizadas en este escrito se llegaba a la misma solución que era que las normas de la libre competencia fueron expedidas con el fin de proteger el funcionamiento del mercado y el orden económico nacional.

Por otro lado, Colombia empezó a ser miembro de la OCDE desde el año 2020, lo cual significa que Colombia deberá implementar en su ordenamiento jurídico lo estipulado en la convención de la OCDE, esta es una normatividad con una narrativa tradicionalmente más económica que moral, pues están inclinadas a la no intervención, sin embargo es importante recalcar las nuevas discusiones que se han generado en el foro global de competencia de esta organización, pues en este, se han propuesto críticas a la perspectiva tradicional del derecho de la competencia, buscando que se tengan en cuenta situaciones particulares, especialmente cuando se trata del contexto de países en vía a desarrollo, pues actividades generalmente reprimidas por intervenir en el mercado, pueden llegar a aportar positivamente a la economía de estos países. Este enfoque que se plantea reconoce que la moral no es ajena al derecho de la competencia, que incluso en países como Colombia cuya narrativa normativa en materia de libre competencia tiene una clara inclinación económica, se pueden evidenciar áreas en las que la moral permea el tema, como cuando converge con el derecho penal.

Finalmente, con toda la información y análisis recopilado a lo largo del texto podemos concluir que la normatividad sobre la libre competencia en el país tiene una narrativa económica, pues el contenido de esta deja claro que su objetivo principal es garantizar un mercado estable y proteger de conductas que atenten contra este, por otro lado, vemos una narrativa moral cuando el estado interviene con el fin de evitar conflictos entre los participantes del mercado y sancionando todo tipo acto que vaya en contra de las normas de la libre competencia así como una posible evolución hacia la consideración de aspectos morales en las regulaciones de esta materia, debido al protagonismo que están obteniendo en contextos internacionales, especialmente en foros de la OCDE.

BIBLIOGRAFÍA.

- Alarcón, A. (2016, enero-julio). LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA EN EL DERECHO COLOMBIANO: UNA REVISIÓN DESDE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO Y SUS IMPLICACIONES NORMATIVAS. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, XIX(39), 109-124. <http://dx.doi.org/10.18359/prole.1683>
- Bardey, Becerra y Cabrera (2013) ANALISIS ECONOMICO DE LA NORMATIVA DE LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA
- Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 333.
- Consejo de Estado, Radicado No.25000-23-24-000-2000-00657-01(8101) M.P. Gabriel Mendoza, 09 de octubre de 2003.
- Corte Constitucional, Sentencia C- 032 de 2017, Magistrado Ponente Alberto Rojas Rios, Considerando 5.3. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-032-17.htm>
- Corte Constitucional, C-535 de 1997, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-535-97.htm>
- Decreto 2153 de 1992. *por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones*. Diciembre 30 de 1992. D.O. No. 40.704.
- Farrel, Martin (2015) ENSEÑANDO LA ETICA, Cap. 15: Volviendo a lo básico: el debate Hart - Fuller. Página 289- 302 https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/coleccion-ciencias-juridicas/EnsenandoEtica_15.pdf
- Fuller, Lon (febrero, 1958). Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart Vol. 71, No. 4, pp. 593-629 <https://www.jstor.org/stable/1338225?seq=1>
- García, G. (2012). Protección de la competencia a través del derecho penal. En revista de derecho y economía N. 37. 37-51 <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/download/3215/2864/>
- Knigh, Frank (2002) LA ÉTICA DE LA COMPETENCIA. *Revista de Economía Institucional*, vol. 4, núm. 7. 133-164.
- Ley 155 de 1959. *Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas*. Diciembre 24 de 1959. D.O. No. 30138.

- Ley 256 de 1996. *Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal*. Enero 15 de 1996. D.O. 42.692.
- Londoño, L. (2008) Últimas tendencias en derecho de la competencia en América Latina *Vniversitas*, núm. 115, enero-junio, 2008 pp. 248-262
<https://www.redalyc.org/pdf/825/82511511.pdf>
- Méndez, R. (2018). ÉTICA Y REGULACIÓN EN LA LIBRE COMPETENCIA. En *DERECHO & ECONOMÍA: LIBRE COMPETENCIA* (1st ed., Vol. 1, pp. 1-15). Centro de Publicaciones PUCE.
- Quintana, E. (2013) LIBRE COMPETENCIA.
https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5564/libre_competencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Resolución 2726 de 1999, *Por la cual se impone una sanción y ordena la terminación de una conducta*, Radicado. 98-054820, diciembre 15 de 1999.
- Sampedro, Jose Luis (2002) El mercado y la globalización. Ediciones Destino.
https://www.academia.edu/35351866/El_mercado_y_la_Globalizacion_Jose_Luis_Sampedro
- S.I.C. (n.d.). *Definiciones de competencia*. Superintendencia de Industria y Comercio. Retrieved abril 5, 2021, <https://www.sic.gov.co/que-es-la-libre-competencia>
- Stucke, M. (2006, diciembre 1). Morality and antitrust. En *Columbia business law review* Vol. 2006, 480- 485
<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=334104065093092122017097073118111123039036077022086085028000092070095025120088110026035041039045052104054123113120072008124007090001046043001120071122119028084050054000083092100069074085091083014121114012095090126084085000107005026065024027104107&EXT=pdf&INDEX=TRUE>
- OECD (2020) Colombia's path towards OECD accession.
<https://www.oecd.org/colombia/colombia-accession-to-the-oecd.htm>

- OECD (2013) ROADMAP FOR THE ACCESSION OF COLOMBIA TO THE OECD CONVENTION (Página 12)
[https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C\(2013\)110/FINAL&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C(2013)110/FINAL&docLanguage=En)
- OCDE (1960) Convención de la OCDE.
<https://www.oecd.org/acerca/documentos/convenciondelaocde.htm>
- OECD (2019) Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels.
<https://www.oecd.org/daf/competition/recommendationconcerningeffectiveactionagainsthardcorecartels.htm>
- OECD (2014) Recommendation on Competition Assessment
<https://www.oecd.org/daf/competition/oecdrecommendationoncompetitionassessment.htm>
- OECD (2019) Competition under fire.
- OECD (2020) Competition policy: Time for a reset?.
- Robinson, J. Violet (2017, February 10). Market. Encyclopedia Britannica.
<https://www.britannica.com/topic/market>
- SYSTEMS <https://www.youtube.com/watch?v=ge7UowL0d3U>
- Zambrano (1921) La tierra de Segovia <https://www.filosofia.org/aut/bza/mora266.htm>
- Vallejo, L (2018) Implicaciones del ingreso de Colombia a la OCDE. Revista Apuntes del Cenes.