

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO¹

RESUMEN

Desde la expedición de la Ley Sherman a finales del siglo XIX, el derecho de la libre competencia ha sufrido un vertiginoso desarrollo en la medida en que se ha adaptado y aplicado en diferentes jurisdicciones, tanto nacionales como internacionales.

En Colombia, la primer ley de Libre Competencia fue expedida hace casi 50 años, sin embargo su aplicación se vio influenciada por los modelos económicos que imperaban en ese momento, liderados por el modelo proteccionista y estructuralista de la CEPAL, basado en la sustitución de

1 20 años de la Constitución Política de Colombia. Congreso Internacional. La Constitución y la Javeriana. Conmemoración de los 80 años de la Facultad de Ciencias Jurídicas.

Abogado y socioeconomista javeriano. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Master en Derecho de la Universidad de Cornell. Profesor de Derecho de la Competencia a nivel de pregrado y posgrado en la Universidades Javeriana, Externado y otras. Conferencista en Derecho de la Competencia a nivel nacional e internacional. Director del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, Director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia - CEDEC. Socio de la firma Esguerra Barrera Arriaga.

importaciones como base para el desarrollo y crecimiento económico para Latinoamérica

A principios de los años noventa, durante el cambio en la política y economía mundial, como consecuencia de las ideas neoliberales y de lo decidido en el Consenso de Washington, los países latinoamericanos expidieron por primera vez o reformaron sus leyes de libre competencia para empezar a aplicarlas.

Colombia estableció la Libre Competencia como derecho constitucional por primera vez en la Constitución de 1991, lo cual seguido por la expedición del Decreto 2153 de 1992, permitió la aplicación de la Ley 155 de 1959 por primera vez.

Palabras clave: Constitución de 1991, Libre Competencia, Artículo 333, Ley 155 de 1959, Decreto 2153 de 1992, Derecho de la Competencia en Colombia, El proteccionismo y la libre competencia.

COMPETITION LAW IN THE 1991 POLITICAL CONSTITUTION OF COLOMBIA

ABSTRACT

Since the issuance of the Sherman Act in the late 19th century antitrust or competition law has suffered a dramatic development, as numerous jurisdictions, both national and international, have enacted their own laws for this matter.

In Colombia, the first competition law was issued almost 50 years ago, but its enforcement was influenced by the economic models of the time, leaded by CEPAL's protectionist and structuralist model based on import substitution as the key

ingredient to both economic growth and development for Latin-American countries.

In the 1990's during the turnover both economical and political ideas, following the neoliberal ideas and the decisions taken in the Washington Consensus, Latin American countries enacted for the first time antitrust statutes or reformed their completion laws to allow enforcement.

Colombia first established Free Economic Competition as a constitutional right in the 1991 Constitution, followed by the issuance of Decree 2153 of 1992 which allowed Law 155 of 1959 to be enforced for the first time.

Key words: *1991 Constitution, Free economic competition, Article 333, Law 155 of 1959, Decree 2153 of 1992 Competition Law in Colombia, protectionism and free competition.*

1. INTRODUCCIÓN²

Me ha correspondido preparar estas breves líneas con el fin de explicar, dentro del marco de este Congreso Internacional de Derecho Constitucional que se celebra en la Pontificia Universidad Javeriana para conmemorar los Veinte (20) años de la expedición de la Constitución, el significado y la importancia que ha tenido para nuestro país el que los constituyentes de 1991 se pusieran de acuerdo para consagrar en la carta fundamental, el principio de libre competencia económica, como un derecho de todos.

El derecho de la competencia, tal como lo conocemos hoy en día, surgió y tomó cuerpo en los Estados Unidos de Norteamérica. Algunos doctrinantes, como el inglés Sir EDWARD COKE, afirman

2 Muchas de las ideas aquí plasmadas, ya habían sido expuestas en artículos académicos de mi autoría.

que hay evidencias de que los monopolios estaban prohibidos desde el Derecho Romano, luego implícitamente en la Carta Magna y en ciertas leyes del rey EDUARDO III. Sin embargo, por el estado de evolución incipiente de la ciencia económica, no se puede decir que estas normas expedidas en forma ocasional y desarticulada conformaran un cuerpo legislativo o doctrinario con entidad propia³.

En los Estados Unidos, en la época entre la guerra civil y el año de 1890, el surgimiento de los Acuerdos Económicos (“*Corporate Trusts*”) y carteles de precios (“*Pooling Arrangements*”) que operaban en todo el país y que permitían a los empresarios hacer acuerdos para fijar artificialmente los precios y dividirse los mercados, terminaron por producir un gran descontento del público, acentuado por la impotencia de los gobiernos estatales que no tenían elementos jurídicos aptos para controlarlos⁴.

Aunque posteriormente los “*Trusts*” fueron sustituidos por compañías matrices o “ *Holding*” para efectos de establecer y controlar los mercados, la denominación genérica de “*Trusts*” se le continuó dando de manera general a cualquier grupo de empresas o aglomeración de tipo económico que lograra monopolizar una actividad económica. Esta es la razón histórica por la cual los juristas norteamericanos continuaron denominando a esta disciplina “*Antitrust Law*”, nombre que se puede traducir al español como “*Derecho antimonopolio*”⁵. En Europa y en otras jurisdicciones

3 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. Revista *CEDEC* III, Javegraf reimpresión 2002, Bogotá, pág. 147.

4 El mecanismo del “*Trust*”, concebido como un medio para agrupar y controlar las empresas a lo largo y ancho de la federación americana, fue utilizado por la Standard Oil en 1882 para controlar el mercado del petróleo. En 1884 se organizó un “*Trust*” para el manejo del aceite de algodón; y en 1887 se crearon “*Trusts*” que dominaban los mercados del azúcar, del whiskey, la carne, las confecciones, el gas, etc. A este respecto puede consultarse a LAWRENCE M. FRIEDMAN, Lawrence M. “*A History of American Law*”. Tuchstone. 1985, pág. 463 y ss.

5 En la actualidad existe una innegable tendencia mundial a denominar esta disciplina de un modo positivo: Así, en Inglaterra se habla de “*Competition Law*” o Derecho de la Competencia, y en gran parte de los países de habla hispana con legislaciones modernas sobre el tema se ha seguido este ejemplo.

esta área del conocimiento ha sido denominada de manera positiva como Derecho de la Competencia, Protección o Defensa de la Competencia, etc.⁶.

Como consecuencia de los problemas atrás descritos, el Congreso de los Estados Unidos decidió aprobar en 1890 el proyecto de ley contra los monopolios que fuera presentado en 1888 por el senador JOHN SHERMAN de Ohio⁷. La ley Sherman (“*Sherman Act*”) que es aún la ley fundamental del Derecho Antimonopolios (“*Antitrust Law*”) en los Estados Unidos, fue creada con el objeto de destruir aquellas combinaciones tendientes a restringir la competencia. Para ello la ley Sherman prohíbe los acuerdos tendientes a restringir el comercio y todos los actos tendientes a obtener un monopolio sobre cualquier parte del mercado⁸.

La ley Sherman, así como los demás estatutos antimonopolios aprobados por el Congreso de los Estados Unidos, establece reglas generales que han sido desarrolladas por las cortes federales durante algo más de un siglo, creando una compleja estructura de líneas jurisprudenciales que ofrecen respuesta a los casos específicos. La experiencia norteamericana, como es bien sabido, ha servido de base y ejemplo a la mayoría de los demás países y a la Unión Europea.

- 6 En el caso colombiano se puede ver la diferencia entre la Ley 155 de 1959 “*Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas*”; el decreto 2153 de 1992 en el cual se habla (artículo 2 numeral 1) de las “*normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas*”; y la Ley 1340 de 2009 “*Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia*”. Debe mencionarse que en el artículo 28 de la Ley 1340 de 2009 se distingue entre la Protección o Defensa de la Competencia y la Promoción de la Competencia que es un área no cubierta por las normas sobre prácticas restrictivas sino relacionada con los mecanismos de salvamento de las entidades financieras entre otras normas o regulaciones que sirven para promover la competencia pero no para controlar las prácticas anticompetitivas.
- 7 Es importante señalar que la ley Sherman, cuya importancia se justifica por cuanto se trata de una ley federal, fue precedida por leyes antimonopolios aprobadas por los Congresos de los Estados de Michigan, Kansas y Nebraska en el año de 1889, *op. cit.* LAWRENCE M. FRIEDMAN, pág. 464.
- 8 E. THOMAS SULLIVAN & HERBERT HOVENKAMP. “*Antitrust Law Policy and Procedure*”. The Michie Company. 1984. pág. 16 y ss. Citado por ALFONSO MIRANDA LONDOÑO, en “El derecho de la competencia en Colombia”, *Revista de Derecho Económico* n° 9, 1989, pág. 69.

Como es natural, las legislaciones más modernas en esta materia, le han introducido modificaciones sustanciales a la estructura básica de la ley Sherman. Así, se observa cómo en la Unión Europea, los originales artículos 85 y 86 del tratado de Roma, que fueron sustituidos por los artículos 81 y 82 del Tratado de Ámsterdam, establecen una prohibición de tipo general y a renglón seguido presentan una lista no taxativa de conductas que caen dentro de la prohibición general. Hoy en día el Derecho Europeo de la Competencia se encuentra regulado por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En el artículo 101 de este Tratado se prohíben los acuerdos y otras prácticas anticompetitivas; mientras que en el artículo 102 se prohíben las conductas de abuso de la posición dominante y se encuentra el fundamento para el control de las concentraciones empresariales; y en el artículo 107 se establecen las normas sobre control para la ayuda estatal.

Este esquema ha sido adoptado por las legislaciones de los países latinoamericanos incluyendo a Colombia y también por la Comunidad Andina de Naciones - CAN, que ha expedido normas supranacionales de competencia, aplicables a conductas que presenten dimensión comunitaria, por medio de la Decisión 608 de 2005 que sustituyó la Decisión 285 de 1991.

En la actualidad la mayoría de los países del mundo han desarrollado la cultura de la competencia en los mercados, como consecuencia de lo cual han expedido, piensan expedir o están en trance de modificar su normativa de libre competencia, con el fin de garantizar el funcionamiento agonal del mercado, de tal manera que los consumidores puedan acceder a una mayor cantidad y variedad de productos (bienes y servicios) de mejor calidad y a un mejor precio; y que los competidores puedan ejercer su derecho a participar en los mercados en condiciones de libertad e igualdad dentro del marco de la Constitución y la ley⁹.

9 En Colombia la tendencia ha sido la de elevar al rango normativo el aspecto teleológico del principio de competencia. En efecto, debe recordarse que mientras que la Ley 155 de 1959 nada decía al respecto, el decreto 2153 de 1992 establecía en el numeral 1 de su artículo 2, que la SIC ejerce sus funciones “... *con el fin de*

El derecho de la competencia puede describirse como el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público¹⁰. Esta disciplina es considerada hoy de trascendental importancia para el desarrollo económico y social de un país.

En este sentido se considera que las normas que componen un régimen de competencia, constituyen un medio eficaz para mejorar la calidad de vida de la población, incrementar la eficiencia y garantizar la posibilidad de que las personas que deseen participar en el mercado lo puedan hacer, dentro de los límites de la Constitución y la ley.

Los países latinoamericanos han sido conscientes de la importancia de implementar leyes de competencia en sus legislaciones internas. Es preciso reconocer que hasta finales del siglo XX se habían expedido normas de este tipo que no tuvieron gran efecto debido, de manera fundamental, a la aplicación del modelo de desarrollo proteccionista impulsado por la *CEPAL* y explicado conceptualmente por la escuela estructuralista en Latinoamérica. Este modelo se basaba en la sustitución de importaciones, que se lograba por medio del levantamiento de

alcanzar en particular, las siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios”.

Esta norma fue modificada por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, según el cual el propósito de las actuaciones administrativas de la SIC es el de “... *velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”.*

En el caso de la Ley 1340 la enunciación de los bienes jurídicos protegidos por la normativa de competencia tiene además otra connotación y es que deben ser tenidos en cuenta por la autoridad a la hora de definir si una conducta es significativa y amerita la apertura de una investigación administrativa.

10 MERKIN, ROBERT, *Competition Law in the United Kingdom and the E.E.C.*, pág. 1.

barreras arancelarias que mantuvieron aislados de la competencia a los mercados de los países latinoamericanos, con lo cual el desarrollo industrial y empresarial en general, fue incipiente y ajeno a la cultura de la competencia de la cual estaba resguardado.

Sin embargo, a partir de la década de los noventa, puede evidenciarse un giro económico, político y jurídico de gran importancia en los países latinoamericanos, impulsado por el llamado *Consenso de Washington*, que se tradujo en el florecimiento de leyes que promueven la libre competencia en sus mercados, como consecuencia de fenómenos jurídicos, económicos y sociales, causados principalmente por la liberalización y las políticas de apertura económica e internacionalización de la economía, que se hicieron comunes en casi toda la región.

En la actualidad la mayoría de los países del mundo, lo cual incluye por supuesto a los latinoamericanos, tienen una economía de mercado, uno de cuyos atributos principales es la libre competencia. Pero adicionalmente los Estados deben garantizar otra serie de principios o derechos que se constituyen en el marco jurídico necesario para el funcionamiento de una economía de mercado: la propiedad privada, el derecho de asociación, el derecho a ejercer una profesión u oficio, la libertad de empresa y la iniciativa privada, entre otros.

En las economías en desarrollo, las normas de libre competencia tienen una especial importancia en tanto protegen los mercados de la realización de prácticas restrictivas de la competencia a la vez que brindan garantías para la inversión extranjera.

2. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ANTES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Para efectos de este estudio, conviene identificar una primera etapa del derecho de la competencia en Colombia, antes de la presente Constitución.

A lo largo de su historia, nuestro país ha tenido que enfrentar varias crisis, como consecuencia de su propensión permanente a

la inestabilidad social, económica y política. En relación con el segundo factor, debe resaltarse que Colombia ha tenido siempre una estructura económica altamente concentrada. En principio esto se debe tamaño de su economía, que es muy pequeño. En cierta medida la falta de aplicación de normas que consagraran la libre competencia en el mercado y la prohibición de realizar prácticas restrictivas de la competencia y de abuso de la posición dominante, afectó negativamente la economía colombiana en la época anterior a la nueva Constitución.

2.1 MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1886

La centenaria Constitución de 1886 no consagraba en su articulado, un principio de libre competencia. Sin embargo, garantizaba la libertad de escoger profesión u oficio, la libertad de asociación, la propiedad privada, la libertad de empresa e iniciativa privada y la posibilidad de intervención del Estado en la economía. Todos estos derechos fueron base suficiente para promover la expedición de una ley tendiente a regular el mercado y protegerlo de prácticas comerciales perjudiciales para la estructura económica del país.

El principio de intervención del Estado en la Economía¹¹ es vital para explicar el rol de la normativa de competencia en un país. Este principio fue introducido en Colombia, como parámetro constitucional de funcionamiento del Estado, por medio del Acto Legislativo número 1 de 1936, en el cual se establecía que el Estado intervendrá “... *por medio de leyes*”, con lo cual se dio un primer paso al dotar al Estado de facultades para establecer el marco jurídico de la actividad económica. Aunque antes de dicha reforma constitucional ya se habían expedido muchas leyes que

11 Conf. MIRANDA LONDOÑO ALFONSO y MÁRQUEZ ESCOBAR, CARLOS PABLO, “Intervención pública, regulación administrativa y economía: Elementos para la definición de los objetivos de la regulación.” *Universitas* No. 108, diciembre de 2004, pág. 10.

implicaban la intervención del Estado en la economía¹², no existía un principio constitucional de intervención en la economía.

El antiguo artículo 32 de la Constitución Política de 1886 fue nuevamente reformado por el Acto Legislativo número 1 de 1945, en el cual se determinó que el Estado intervendría “...*por mandato de la ley*”, con lo cual se introdujo oficialmente la posibilidad de que el Estado interviniera en la economía en forma directa, en competencia con los particulares.

El mencionado artículo fue modificado una vez más mediante el artículo 6 del Acto Legislativo número 1 de 1968, que marcó la llamada descentralización administrativa por servicios, política de intervención directa en la economía a través de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.

En la actualidad en Colombia, la intervención del Estado en la economía se encuentra enmarcada de manera precisa en el ordenamiento jurídico, a nivel tanto constitucional como legal. La Ley 155 de 1959, el decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y las demás normas de competencia, son una clara expresión de la facultad de intervención del Estado en la economía.

2.2 ENTORNO HISTÓRICO DE LA LEY 155 DE 1959

La Ley 155 de 1959 fue expedida al inicio del gobierno de ALBERTO LLERAS CAMARGO (1958-1962), primer gobierno del frente nacional, que sucedió a la Junta Militar. El gobierno del Presidente LLERAS CAMARGO estaba centrado en lograr la unidad nacional y el fortalecimiento de las instituciones democráticas después de la dictadura militar. Otras de las principales banderas de su administración fueron el control del orden público y la internacionalización del país. Para el logro de este último objetivo

12 Para poner un ejemplo simple, considérense las Leyes 25 de 193 y 45 de 1923 por medio de las cuales se crearon el Banco de la República y la Superintendencia Bancaria y se promulgó la primera ley de bancos en Colombia. es evidente que estas normas implican una intervención del Estado en la economía.

resultaba de la mayor utilidad el alto perfil del presidente en el campo de la diplomacia.

El Presidente LLERAS nombró en su primer gabinete al doctor HERNANDO AGUDELO VILLA como Ministro de Hacienda y Crédito Público, uno de los más importantes políticos e ideólogos del liberalismo en Colombia.

Dentro de los muy importantes y variados logros del doctor AGUDELO VILLA, a lo largo de su brillante vida pública, se le debe reconocer de manera especial el haber identificado la relevancia de las normas de competencia para el desarrollo del país y el bienestar de la población, razón por la cual procedió a redactar el proyecto de la Ley 155 de 1959 y a adelantar su trámite en el Congreso de Colombia y se convirtió, sin lugar a dudas, en el padre del Derecho de la Competencia en Colombia.

En 1958 el doctor AGUDELO VILLA presentó ante el Congreso de la República el proyecto de ley *“Por el cual se dictan normas sobre Prácticas comerciales restrictivas”*, el cual se convirtió en la Ley 155 de 1959.

La exposición de motivos señala que Colombia era entonces uno de los pocos países que no contaba con este tipo de normativa, la cual se hacía necesaria debido al proceso de industrialización del país y de concentración de la riqueza.

En la exposición de motivos de la ley, el doctor AGUDELO VILLA explicó que se debe garantizar la competencia con el fin de proteger a los consumidores y evitar los abusos de poder provenientes de las grandes empresas que él percibía como *“concentraciones monopolísticas”* en esa época en Colombia. Al respecto manifestó que la competencia debía ser vista como: *“... el más eficaz instrumento para promover el desarrollo tecnológico”*.

Hoy, 50 años después de su expedición, los elementos esenciales de la Ley 155 de 1959, no han perdido vigencia y nadie duda de su importancia como norma fundadora del Derecho de la Competencia. En palabras del doctor AGUDELO VILLA:

“El proyecto no se inspira en el ánimo de desalentar, ni mucho menos, el crecimiento de las empresas o su integración, por cuanto precisamente la disminución de costos, los precios favorables y la mejor calidad de los productos, dependen de manera especial de industrias que puedan producir en grande escala. Y porque los males sociales no provienen en sí del hecho de que las empresas sean unidades económicas robustas, sino de las prácticas nocivas, que con base en su poder económico, pueden ejecutar en perjuicio de los intereses generales de la comunidad”.

“Bien entiende el Gobierno que el estatuto sobre prácticas restrictivas es imperfecto y que la discusión de él en el Congreso puede mejorarse con la incorporación de sanciones a otros hechos que se consideren lesivos de la libre competencia. El ánimo del Ejecutivo es únicamente el de iniciar en el país el proceso legislativo tendiente a impedir prácticas restrictivas, y a garantizar la real operancia de la fuerza competitiva, que considera de utilidad social, porque protege los intereses de los consumidores y evita los abusos de poder, emanados de las combinaciones impersonales y de las concentraciones monopolísticas, fuera de que la competencia es el más eficaz instrumento para promover el desarrollo tecnológico”.

Como ya se ha dicho, el esfuerzo del doctor AGUDELO VILLA resultó en una semilla que no germinó de manera inmediata en nuestro país, ya que la Ley 155 de 1959, al igual que la legislación expedida en los demás países latinoamericanos durante la primera parte del siglo XX, no fue aplicada, como ya se dijo, debido al modelo desarrollo proteccionista que no incentivaba la competencia.

Sin embargo, las palabras del doctor AGUDELO VILLA en la exposición de motivos de la ley, mantienen una vibrante vigencia en la actualidad, capturan la esencia del moderno derecho de la competencia y resultan compatibles con la Constitución de 1991, cuyo énfasis no está en la prohibición del monopolio sino del abuso de la posición dominante en el mercado y de la realización de las prácticas restrictivas de la competencia en perjuicio de los consumidores, de los competidores actuales y potenciales y de la economía en general.

En el mismo sentido, el doctor HERNANDO AGUDELO VILLA dice en su obra:

“Con la legislación antimonopolística se trata de controlar los abusos de los monopolios y de la concentración de la riqueza en pocas manos, pero sin desalentar el crecimiento de las empresas o su integración para poder aprovechar las ventajas técnicas de la producción en grande escala, indispensable para el desarrollo de determinadas ramas de industriales de técnica avanzada, que requieren grandes inversiones de capital, cuantiosos gastos de investigación científica y adquisición de patentes, por encima de los recursos de las empresas pequeñas.

Es decir, no se persigue mantener por sí muchas medianas y pequeñas empresas, que no pueden organizar la producción en condiciones económicas y que frecuentemente operan con un gran desperdicio de recursos, sino impedir las prácticas restrictivas y garantizar la real operancia de la fuerza competitiva que protege los intereses de los consumidores, promueve el desarrollo técnico y evita efectos regresivos en la distribución del ingreso”¹³.

3. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

En la década de los noventa, los países con economías en desarrollo o en transición adoptaron las políticas de defensa de la competencia con el fin de poder brindar garantías a la inversión extranjera y proteger sus mercados de la realización de prácticas restrictivas o monopolísticas, por medio de las cuales empresas extranjeras podrían destruir la producción nacional y acaparar los mercados. Como se mencionó, Colombia se había adelantado en esta consagración normativa con la Ley 155, pero su aplicación dejaba mucho que desear.

Sin embargo, con la Constitución de 1991 Colombia dio un giro importante en la materia. La Carta fue expedida en el marco del proceso de liberalización de la economía del país y varios de sus artículos fueron influenciados por este movimiento. Esto llevó a una intención generalizada de que el derecho de la competencia

13 AGUDELO VILLA, HERNANDO, *Obras Selectas*, t. II - “Ideas Económicas”. Cámara de Representantes. pág. 11 y ss.

sea acorde con las necesidades de las empresas colombianas de competir en un mercado global. Como corolario de lo anterior se elevó a rango constitucional, con lo cual se incrementan las posibilidades de intervención del Estado para protegerlo¹⁴. A pesar de lo anterior hubiera sido preferible que la Constitución se refiriera al control o la prohibición de las prácticas restrictivas de la competencia de manera general, en lugar de hacer énfasis sobre una de las subespecies de este tipo de prácticas, como es el abuso de la posición dominante en el mercado.

14 En la Constitución Política de 1991 se incluyeron además del artículo 333, otras normas relacionadas con las prácticas restrictivas de la competencia, los monopolios, y el acceso a la propiedad, sobre las cuales este estudio no recae. Sin embargo, de manera puramente enunciativa se reseñan las siguientes:

- El artículo 57 de la Constitución dice que *“La ley podrá establecer los estímulos y los medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas”*. (El subrayado es mío).
- El inciso tercero del artículo 58 establece que *“El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de la propiedad”*. (El subrayado es mío).
- El artículo 60 dice que *“El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad. Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de las acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria”*. (El subrayado es mío).
- El artículo 64 de la Constitución dice que *“Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa,...”*. (El subrayado es mío).
- El artículo 75 de la Constitución dice que *“El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley”*.
“Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético”. (El subrayado es mío).
- El artículo 365 de la Constitución establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, están sometidos al régimen que establezca la ley y pueden ser prestados por el Estado en forma directa o indirecta, por las comunidades organizadas o por los particulares. Esta norma sin lugar a dudas consagra la posibilidad de la apertura a la competencia en la prestación de los servicios, que ha sido uno de los motores más importantes del progreso de nuestro país en los últimos veinte (20) años.

Lo que sí resulta meridianamente claro después de estudiar los documentos y ponencias que se tramitaron en la Asamblea Nacional Constituyente, es el sentido que se le quiso dar a la norma, el espíritu que el legislador debe plasmar al desarrollar normativamente el principio constitucional. Así puede observarse cómo, a lo largo de los debates se plantearon diversas alternativas, grados e intensidades de control a las prácticas restrictivas de la competencia en general y de los monopolios en particular, para adoptar finalmente una posición madura, que corresponde con la evolución del derecho antimonopolístico en otras latitudes durante los últimos ciento diez años. Es así como se aceptó la tesis de que el monopolio o el poder de mercado, no es perjudicial en sí mismo, sino que lo es en cambio el abuso del poder monopolístico o de la posición dominante en el mercado.

3.1 LA FORMACIÓN DEL ARTÍCULO 333 DE LA CONSTITUCIÓN

En este sentido, vale la pena resaltar el tenor de las primeras ponencias presentadas a la Asamblea Nacional Constituyente y la forma en que se fue modificando el texto del artículo sobre “*Libertad Económica y Competencia*”, hasta llegarse a la fórmula del actual artículo 333 de la Constitución:

En el informe de ponencia sobre “*Régimen Económico, Libertad de Empresa, Competencia Económica, Monopolios e Intervención del Estado*”, presentado por los constituyentes IVÁN MARULANDA, GUILLERMO PERRY, JAIME BENÍTEZ, ANGELINO GARZÓN, JULIO CUEVAS y GUILLERMO GUERRERO, que se encuentra publicado en la *Gaceta Constitucional* número 46 del día 15 de abril de 1991 (páginas 7 y siguientes), se incluyó dentro del articulado el siguiente párrafo sobre control a las prácticas restrictivas de la competencia:

“Artículo 1.- Libertad Económica y Competencia”:

“...”

“El Estado, por mandato de la ley, impide que se obstruya o restrinja la libertad económica y la competencia, regula o pone fin a los monopolios

y controla cualquier forma de dominio de mercado que perjudique a la comunidad”.

“...”

Como se puede observar, esta es una posición inicial bastante dura, que permite acabar con los monopolios cuando se considere que “*perjudican a la comunidad*”, fórmula bastante vaga que se presta a todo tipo de interpretaciones y aplicaciones. Pero aún en este caso, los constituyentes no pretendían imponer una prohibición absoluta de los monopolios, ni tampoco montar una persecución generalizada de los mismos, ya que en la conclusión de la exposición de motivos de esta parte de la norma se lee lo siguiente:

“Ni tampoco, conscientes de los resultados obtenidos en la experiencia europea, proponemos que la concentración sea reprimida per se sino cuando asuma la forma concreta de prácticas de la posición dominante enderezadas a restringir la competencia o la libertad económica y, que por ello mismo, perjudique a la comunidad”.

Posteriormente, en el Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria, titulado “*Régimen Económico, Libertad de Empresa, Competencia Económica, Monopolios e Intervención del Estado*”, presentado por los mismos constituyentes que ya se nombraron, y publicado en la *Gaceta Constitucional* número 80, del jueves 23 de mayo de 1991 (páginas 18 y siguientes), se incluyó dentro del articulado el siguiente párrafo que presenta una notable diferencia con el anterior:

“Artículo 1.- Libertad Económica y Competencia”:

“...”

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

“...”

El espíritu final del articulado sobre Protección de la Competencia, fue resumido por el constituyente JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ-RUBIO en la Ponencia para Segundo Debate titulada “*Régimen Económico, Libre Empresa e Intervención del Estado*”, en cuyos apartes más significativos se puede leer lo siguiente:

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

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

Por último, y como es sabido, el artículo 333 de la Constitución, fue aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente en la siguiente forma:

“Artículo 333.- La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley”.

“La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”.

“...”

“El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”.

“La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

Para concluir este punto, es posible afirmar que la intención del constituyente y el contenido del artículo 333 de la Constitución, en lo que hace al control de las prácticas restrictivas de la competencia, se encuentran en consonancia con las corrientes actuales del derecho de la competencia, cuyo talante se resume de la siguiente manera:

“En la actualidad, la mayor parte de las legislaciones del mundo no considera los monopolios o la concentración económica como negativos o contraproducentes per se (es más los considera positivos en ciertos casos), pero pretende controlar su formación y funcionamiento para que no se distorsione la competencia ni se den los llamados abusos de la posición dominante en el mercado. Lo que se pretende entonces no es prohibir la constitución de mercados monopólicos u oligopólicos, ni la erradicación de todos los existentes, sino prohibir que esos monopolios u oligopolios se formen gracias a prácticas restrictivas de la competencia y que los monopolios u oligopolios existentes mantengan su poder de mercado mediante la realización de este tipo de prácticas”¹⁵.

En este orden de ideas, conforme a la variada y extensa jurisprudencia en la materia, este artículo puede entenderse así:

“La libertad económica ha sido concebida en la doctrina como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio. Las actividades que conforman dicha libertad están sujetas a las limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes, por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social. En términos más generales la libertad económica se halla limitada por toda forma de intervención del Estado en la economía y particularmente, por el establecimiento de monopolios o la clasificación de una determinada actividad como un servicio público, la regulación del crédito, de las actividades comerciales e industriales, etc.”¹⁶.

15 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “El derecho de la competencia en Colombia”, *Revista de Derecho Económico*, n° 9, 1989. Ediciones Librería El Profesional, pág. 55.

16 MARTÍNEZ CABALLERO, ALEJANDRO, Sentencia C-624 de 1998. La Constitución garantiza la libertad económica (CP art. 333), “..... el legislador tiene una amplia posibilidad de intervenir y regular la libertad económica y de contratación en asuntos patrimoniales. Esto tiene una obvia consecuencia, que ya ha sido

La consagración constitucional de este derecho y la realidad económica del país generaron la necesidad de una nueva legislación en materia de competencia, acorde con la situación del momento. Entonces, en el año de 1992 se expidió el decreto 2153 que pretendía facilitar la aplicación del régimen de competencia y desarrollar lo prescrito por la Constitución.

No cabe duda, que la consagración constitucional que hoy existe para garantizar el derecho a la libre competencia era necesaria. Como lo menciona JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ-RUBIO en la ponencia para segundo debate del artículo, este contribuiría a “... *facilitar a las empresas nacionales ser todo lo grandes que sea posible para que puedan alcanzar la capacidad competitiva que las saque avantes en el mercado internacional, no prohíbe las posiciones dominantes en el mercado nacional sino apenas su abuso*¹⁷”.

El Principio de libre competencia consagrado por la Constitución de 1991 es un derecho de carácter económico. De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no es un Derecho Fundamental, razón por la cual no puede ser protegido de manera directa a través del mecanismo de la Tutela. Sin embargo, es reconocido como un Derecho Colectivo (art. 88 de la C.P.), razón por la cual es susceptible de ser protegido a través de acciones populares y de grupo.

señalada por esta Corte en numerosas oportunidades, y es la siguiente: el control constitucional en materia económica no puede ser estricto, ya que la Constitución reconoce la exigencia de flexibilidad y de oportunidad del legislador en este campo, razón por la cual, el juez constitucional tiene el deber, en general, de respetar las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política... Por ende, para establecer la legitimidad de las restricciones del legislador, la Corte debe evaluar (i) si la limitación, –o prohibición–, persiguen una finalidad que no se encuentre prohibida por el ordenamiento constitucional; (ii) si la restricción propuesta es potencialmente adecuada para cumplir el fin propuesto, y (iii) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es, que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada. Adicionalmente, (iv) debe la Corte examinar si el núcleo esencial del derecho fue desconocido con la restricción legal o su operatividad se mantiene incólume”.

- 17 Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria, titulado “Régimen Económico, Libertad de Empresa, Competencia Económica, Monopolios e Intervención del Estado”. *Gaceta Constitucional* n° 80, del jueves 23 de mayo de 1991 (pág.18 y ss.).

3.2 LA FORMACIÓN DEL ARTÍCULO 75 DE LA CONSTITUCIÓN

Debido a su importancia estratégica para la economía y el desarrollo del país, la Constitución Política de 1991 hace importantes referencias al Sector de las Telecomunicaciones en sus artículos 75 a 77, de las cuales la más importante es la que se refiere a la naturaleza jurídica del espectro electromagnético¹⁸ y a la necesidad de garantizar la libre competencia en su utilización (art. 75 C.P.). Los artículos 76 y 77 de la C.P., se refieren a la intervención estatal sobre la utilización del espectro electromagnético para los servicios de televisión.

Los constituyentes de 1991, respecto del espectro electromagnético, introdujeron en la carta fundamental los criterios adoptados desde la Ley 72 de 1989, los cuales plasmaron de manera expresa en el artículo 75 de la Constitución Política, así:

“Artículo 75.- El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.

Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético” (Subrayas fuera de texto)¹⁹.

El artículo referido se produjo como resultado del proyecto presentado por la doctora MARÍA TERESA GARCÉS LLOREDA, el cual fue aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente el día 18 de junio de 1991 y cuyo articulado disponía:

“Artículo 2.- El Estado tiene la propiedad exclusiva e imprescriptible del espectro electromagnético, pero podrá permitir su explotación a los particulares por medio de concesión, bajo su control y respetando la finalidad de elevar el nivel cultural y la salud de la población, preservar y enaltecer

18 Se entiende que el espectro electromagnético comprende tanto el espectro radioeléctrico, como los demás medios físicos utilizados para la transmisión de datos y mensajes, tales como los cables o ductos de cualquier tipo.

19 *Constitución Política de Colombia*. Editorial Legis, Bogotá, 2002.

las tradiciones nacionales, favorecer la cohesión social y la paz nacional, la democracia y la cooperación internacional.

“Artículo 3.- El Legislador expedirá normas tendientes a garantizar la libre competencia de los medios de comunicación, en los cuales se prohíben los monopolios” (Subrayas fuera del texto)²⁰.

De esta forma se expidió por primera vez una norma constitucional sobre el espectro electromagnético, con lo cual se sentaron las bases jurídicas para la reglamentación de un sector sometido a continuas innovaciones tecnológicas, que requiere de un marco jurídico lo suficientemente flexible y comprensivo de los nuevos fenómenos de telecomunicaciones y sus repercusiones para la vida del país.

El espectro electromagnético forma parte del territorio de la República, como lo expresa claramente el artículo 101 de la Constitución Política. La Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones en relación con la definición del espectro electromagnético, diciendo que este “es el conjunto de todas las frecuencias de emisión de los cuerpos de la naturaleza. Comprende un amplio rango que va desde ondas cortas (rayos gamma, rayos X), ondas medias o intermedias (luz visible), hasta ondas largas (las radiocomunicaciones actuales). Dentro de este rango de frecuencias hay una escala privilegiada que, con la tecnología actual, corresponde al espectro de las comunicaciones”²¹.

En este sentido, la Corte consideró que “el espectro electromagnético no es una franja por donde pasan datos, ni tiene que ver con el espacio alrededor de la tierra... El Estado

20 Gaceta Constitucional. Gaceta Constitucional 109 página 5 y Gaceta Constitucional 139 página 6. Citado por: LLERAS DE LA FUENTE, CARLOS y TANGARIFE TORRES, MARCEL. Constitución Política de Colombia: origen, evolución y vigencia, t. I. Pontificia Universidad Javeriana, Dike y Ediciones Rosaristas, Medellín, 1996, pág. 308.

21 **Corte Constitucional, Sentencia T-484-94.** Citado por: BUITRAGO LÓPEZ, ELKER. “Derecho de la Comunicación”. Tercera edición. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1998, pág. 246.

no puede intervenir el espectro electromagnético en su totalidad. Solo puede intervenir o controlar el rango de frecuencias que se utilizan para las comunicaciones, control que corresponde a la tecnología actual”²². Es decir, tal como lo dijo la misma Corte en Sentencia C-089-94, el espectro electromagnético está conformado por “... las diversas ondas electromagnéticas que se extienden desde las longitudes de ondas largas a las cortas del modo siguiente: radio, radar y microondas, infrarrojas y calor, luz, ultravioleta, rayos X, rayos Gamma, rayos Roentgen”²³.

A partir de lo anterior, la Corte definió como límite de la intervención, vigilancia y control del Estado sobre el espectro electromagnético (arts. 75, 76 y 101) a “... las frecuencias que se utilizan en las comunicaciones” ya que “... pretender su control total equivaldría a decir que el Estado, en virtud del art. 75, puede intervenir la luz o la radiación térmica del sol”²⁴.

La importancia económica del espectro reside en que es un “... *bien con aptitud para transportar información e imágenes a corta y larga distancia. Las restricciones a su uso obedecen a limitaciones normativas, técnicas y físicas que deben ser respetadas para evitar abusos del derecho, interferencias o prácticas monopolísticas*”²⁵.

Ahora bien, el artículo 75 constitucional en su segunda parte hace referencia al tema de estudio del presente artículo, es decir, el problema y régimen de la libre competencia. Tal como se aprecia en la segunda parte de la norma comentada, es misión del Estado a través de la ley evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético. Este punto es complejo en tanto que resulta mucho más adecuado y acorde con la evolución del derecho

22 Ibídem.

23 **Corte Constitucional, Sentencia C-189/94, Expediente D-422**. Citado por BUITRAGO LÓPEZ, ELKER. “Derecho de la Comunicación”. Tercera edición. Ediciones Librería del Profesional, 1998, pág. 246.

24 **Corte Constitucional, Sentencia T-484-94**. Citado por: BUITRAGO LÓPEZ, ELKER. “Derecho de la Comunicación”. Tercera edición. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1998, pág. 246.

25 **Corte Constitucional, Sentencia T-059-94**. Citado por: BUITRAGO LÓPEZ, ELKER, *op. cit.*, pág. 246.

antimonopolístico en el mundo, referirse al *abuso de la posición dominante* que a *las prácticas monopolísticas*²⁶.

Como se puede observar, existe una importante diferencia en la terminología que en materia de competencia existe, entre el artículo antes citado y el artículo 333 de la Constitución Política, en el cual quedó plasmado el derecho a la libre competencia económica. En efecto, el artículo 333 de la Constitución Política establece que “*el Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará y controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional*”. De otra parte, y como ya se mencionó, el artículo 75 de la Constitución Política habla de evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético, mención que se considera poco técnica, puesto que lo prohibido no es el monopolio *per se*, sino el abuso de la posición dominante derivada del monopolio.

En relación con el servicio público de televisión, la Constitución Política de 1991 también incluyó en los artículos 76 y 77 normas de trascendental importancia que sin lugar a dudas han influido de manera notable en su evolución.

Para el correcto entendimiento y análisis del tema que se estudia, en adición a la consideración de los artículos constitucionales que se refieren de manera particular a las telecomunicaciones (artículos 75 a 77) y por supuesto del que contiene el principio de libre competencia económica (artículo 333), debe también tenerse en cuenta lo preceptuado por el artículo 365 de la C.P., el cual abre de manera clara a la competencia la prestación de los servicios públicos.

En efecto, de conformidad con el artículo mencionado, los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado, el cual debe asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes

26 Al respecto puede verse el estudio sobre los antecedentes del artículo 333 de la Constitución Política que se expone en mi artículo titulado “El abuso de la posición dominante: perspectivas de la aplicación en Colombia a la luz del Derecho Comparado”. Publicado en *Seminarios 5* Pontificia Universidad Javeriana. “CEDEC” Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, 2a. edición, 1997, pág. 21 y ss.

del territorio nacional. Adicionalmente dispone que los servicios públicos se encuentran sometidos al régimen jurídico que establezca la ley y pueden ser prestados por el Estado en forma directa o indirecta, por comunidades organizadas o por particulares. También puede el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno, reservarse ciertas actividades estratégicas o servicios públicos, previa indemnización de las personas que por virtud de la ley queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

Este principio de apertura a la competencia en la prestación de los servicios públicos fue plenamente aplicado por el Congreso al expedir, entre otras, la Ley 142 de 1994, la cual permite la participación de los particulares con requisitos mínimos de habilitación en la mayor parte de los servicios públicos domiciliarios.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

4.1 NATURALEZA DE LA POLÍTICA Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La protección o defensa de la competencia establece normas sobre prácticas restrictivas de la competencia²⁷ lo cual incluye las relacionadas con el abuso de la posición dominante, incompatibilidades de los miembros de juntas directivas (de empresas que participan en un mismo mercado), control de concentraciones y la abogacía por la competencia. Se debe precisar que la Protección o Defensa de la Competencia hace parte de una rama más amplia del derecho que denominamos Derecho de la Competencia²⁸, que incluye también el denominado derecho de la competencia desleal cuyo objetivo es mantener la transparencia

27 Por *prácticas* entendemos tanto los actos como los acuerdos colusorios realizados por los agentes económicos.

28 Véase GEORGE BOTTCHEr, Introducción a la libre competencia en Alemania, en *Revista de Derecho de la Competencia - CEDEC V*, Colección Seminarios N° 17, Bogotá, Javegraf, 2004, pág. 68.

en el mercado, donde las empresas rivalicen por medios afines a la buena fe y usos honestos comerciales.

Asimismo, el derecho de la competencia complementa las políticas de liberalización de la economía y está directamente relacionado con otras áreas del derecho como la protección al consumidor, las normas técnicas y metrología, las normas sobre los monopolios estatales, y la propiedad intelectual. Por último, algunas legislaciones penales tipifican delitos cuyo bien jurídico tutelado es la transparencia del mercado y los derechos de propiedad intelectual.

El derecho de la competencia consagra importantes conceptos y leyes económicas en el derecho positivo y por eso es de naturaleza universal, lo cual permite aprovechar las experiencias de otros países con esta normativa. La finalidad de su aplicación se encuentra marcada por el sistema económico prevaleciente en el Estado que lo adopta. Sin embargo, a diferencia de muchas instituciones jurídicas que poco han cambiado con el transcurso de los siglos, el derecho de la competencia en un lapso de más de cien años de existencia, ha evolucionado de manera importante.

4.2 IMPACTO DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN LA ECONOMÍA

El análisis económico del derecho²⁹, denominado en inglés *law and economics*, ha dado lugar a novedosas reflexiones en torno a la conducta humana, la predicción de la conducta en respuesta a cambios normativos, la evaluación de los efectos del ordenamiento jurídico y de las políticas públicas y, en general, sobre la ordenación de la sociedad a través del derecho. En efecto, en el caso del derecho de la competencia las ciencias económicas determinan la evolución de las políticas, legislaciones y las decisiones de las autoridades encargadas de aplicarlas.

29 Para una sucinta pero clara introducción al *análisis económico del derecho*, véase: HERNANDO GUTIÉRREZ PRIETO, *El análisis económico del derecho. Perspectivas para el desarrollo del derecho económico*, en revista *Universitas*, n° 100, Bogotá, Javegraf, diciembre de 2000, págs. 13-68.

La promoción de la competencia requiere que la autoridad de la competencia cuente tanto con suficientes recursos técnicos y humanos como con el respaldo político del gobierno de turno, sin que lo anterior devenga en su politización. En efecto, las autoridades de la competencia deben tener personal calificado y herramientas y recursos, pues la aplicación del derecho de la competencia no implica una operación mecánica de normas, sino que precisa de estudios económicos complejos.

Es necesario evitar la “captura” de la entidad por parte del gobierno o de grupos de presión. La legitimidad de la autoridad de la competencia depende de varios factores, entre ellos, la autonomía para investigar y tomar decisiones. Esta autonomía depende del lugar que ocupe en el Estado (la mayoría se encuentran adscritas a la rama ejecutiva a través de un ministerio), de la forma como se financia, como toma las decisiones, como se nombran sus funcionarios y la estabilidad de su personal. Así mismo se requiere, para la protección de los derechos constitucionales de los investigados, que exista una adecuada distancia e independencia entre quienes desarrollan e instruyen la investigación y quienes adoptan la decisión final.

Tras casi cuatro lustros de aplicación de la normativa de defensa de la competencia en Colombia a cargo de su autoridad principal, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), ofrece suficiente información para evaluar el desempeño de la misma en el cumplimiento de las funciones que le otorga la ley y en el impacto de sus decisiones en los diferentes mercados en los cuales ha actuado.

El impacto de las políticas *Antitrust* en la estructura, competitividad de los mercados nacionales y, en general, en el desarrollo de la economía justifican el análisis de la actuación de las autoridades encargadas de su aplicación y de la normativa que las rige.

4.3 LOS OBJETIVOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Desde hace algunos años, la legislación de libre competencia ha venido tomando un nuevo enfoque que incorpora el *criterio de la eficiencia* a sus normas y su aplicación. Bajo este entendido, los objetivos del derecho de la competencia son coherentes con las necesidades y deseos de los países, que reconocen la libre competencia como pilar fundamental de su desarrollo. Hoy, es ampliamente aceptado, que el objetivo principal de las leyes antimonopolio es buscar el bienestar del consumidor.

Igualmente, la política de competencia, se ha ido articulando con otras políticas económicas, buscando así desarrollar una economía de mercado en los diferentes países que la aplican. De esta manera, las normas de competencia son vistas como mecanismos idóneos para fomentar las políticas de comercio exterior y de inversión extranjera.

En general la normativa de competencia busca:

- La libre participación de las empresas en el mercado;
- El bienestar de los consumidores; y
- La eficiencia económica³⁰.

Como se puede ver, la importancia de la inclusión del principio de libre competencia en la Constitución Política es insoslayable; y así mismo los efectos que ya ha producido y producirá su aplicación en el desarrollo económico del país y el bienestar de la población son de la mayor trascendencia.

30 Estos objetivos están contenidos en el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009. Esta norma sustituyó, sin muchos cambios filosóficos la formulación teleológica contenida en el artículo 2 del decreto 2153 de 1992, de conformidad con el cual los objetivos de las normas de competencia eran “*Mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores puedan acceder libremente a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios*”.

No en vano se considera que el derecho de la competencia es el estatuto anticorrupción de la actividad privada, que permite atenuar las características más ácidas del capitalismo salvaje y aspirar al logro de una economía social del Estado dentro del Estado Social de Derecho, con el fin de que los consumidores, es decir la población, y aún más podría decirse, la población más pobre y vulnerable, pueda acceder a una mayor variedad y calidad de bienes y servicios de mejor calidad y a un mejor precio. Es tan potente este pensamiento que parece el núcleo temático de una campaña política, pero no es sino uno de los elementos de control del Estado Social de Derecho, eso sí, centrado en el bienestar del consumidor.