

PRÓLOGO

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO*

La definición de las relaciones entre el derecho y la economía siempre ha generado interesantes discusiones. Se discute también lo que se entiende por derecho económico y por análisis económico del derecho, materias que trataré de abordar de manera general en este breve prólogo, desde el punto de vista del derecho de la competencia y sobre las cuales recaen los importantes estudios preparados por algunos de los destacados miembros del Centro de Estudios de Derecho Económico – CEDE que conforman este volumen.

Tal como lo he mencionado en escritos anteriores, es claro que existe una relación directa entre el derecho y la economía. Al respecto he manifestado que para que exista un eficiente funcionamiento de la economía de mercado, es necesario que el Estado garantice los derechos económicos fundamentales dentro de los límites razonables propuestos por el liberalismo clásico. Así, es función del Estado, en el marco del Estado social de derecho, defender la propiedad privada (art. 58 CPC), la libertad de empresa y la iniciativa privada (art. 333

* El doctor ALFONSO MIRANDA LONDOÑO es abogado y socioeconomista javeriano. Especialista en derecho financiero de la Universidad de los Andes. *Magíster* en derecho de la Universidad de Cornell. Director del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana. Profesor de derecho de la competencia a nivel de pregrado y posgrado en la Pontificia Universidad Javeriana y otras. Conferencista en derecho de la competencia a nivel nacional e internacional. Director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia - CEDEC. Socio de la firma Miranda & Jaramillo Ltda.

CPC), la libertad para escoger profesión u oficio (art 26 CPC), la libertad de asociación, (art. 38 CPC) y, especialmente, la libertad de competencia económica (art. 333 CPC).

La libertad de competencia económica, parece ser el más claro objetivo económico del Estado contemporáneo. Desde el surgimiento del liberalismo clásico es sabido que la protección del derecho a la propiedad privada, a la libertad de empresa y a la libertad de escoger profesión u oficio, son deberes del Estado. Años después, con el desarrollo de los derechos sociales y culturales, la libertad de asociación se definió como pilar fundamental de los fines de Estado. La libre competencia vino a constituirse como una finalidad importante del Estado, solamente en el siglo pasado, pero se ha convertido, junto con el derecho del consumo, en pilar fundamental del Estado contemporáneo.

Se considera que la finalidad última del derecho de la competencia es el bienestar del consumidor, el cual se puede obtener más fácilmente en los mercados de competencia perfecta. La libre competencia económica consiste en la posibilidad que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él sin barreras, en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios y de formar y mantener una clientela. De conformidad con los postulados del modelo de mercado general competitivo desarrollado por LEON WALRRAS¹. Cuando los mercados son perfectamente competitivos se caracterizan por varios supuestos, los cuales se pueden resumir en nueve así:

“(1) Muchos compradores motivados por el interés propio y actuando para maximizar su utilidad;

(2) Muchos vendedores también motivados por el interés propio y actuando para maximizar sus beneficios;

(3) Tanto compradores como vendedores no tienen la capacidad de generar ningún tipo de control sobre los precios del mercado y por ello son tomadores de precios;

1 Cfr. WALRRAS, LEON, *op. cit.*

- (4) El precio que surge de las presiones de demandantes y oferentes sirve como una guía para los agentes comunicando la escasez del bien, servicio o factor tranzado;
- (5) Los productos están estandarizados, es decir, son homogéneos, en cada mercado;
- (6) No hay barreras de entrada o salida del mercado, entonces consumidores y productores son libres de entrar o dejar el mercado de productos y factores;
- (7) Tanto compradores como vendedores están completamente informados en lo que respecta a las transacciones de mercado y, por ello, poseen previsión perfecta de las transacciones de mercado;
- (8) Todos los bienes y servicios del mercado son mantenidos en propiedad privada estando todos ellos bien definidos y asignados; y
- (9) Las leyes de contratación, los derechos de propiedad y las normas de responsabilidad civil son completamente garantizadas por parte del Estado”².

Estos nueve supuestos se reagrupan en tres características generales de los mercados de competencia perfecta las cuales permiten determinar los fines del Estado en materia de competencia:

- a) Los agentes del mercado son tomadores de precios y no hay barreras de entrada o salida del mercado. Esto quiere decir que ninguno de ellos tiene la capacidad, por sí sólo, de influenciar los precios del mercado sea por intermedio de las cantidades producidas o de la variación del número de agentes;
- b) Los bienes y servicios transados en el mercado son homogéneos, están en cabeza de propiedad privada y los derechos de propiedad son garantizados por el Estado. Los derechos de propiedad y su

2 Estos puntos son enumerados de una manera más extensa por: MERCURO & MEDENA, *op. cit.*, pág. 13 y sigs. También en: VARIAN, HAL, *Microeconomía intermedia*, Anthony Bosch, Barcelona, 1998 y MÁRQUEZ, PABLO, “Introducción a la relación entre derecho y economía”, En: CEDE. Colección Centros de Estudio, n° 1, 2004.

garantía permiten que la asignación de bienes y servicios el mercado se maneje de forma eficiente; y

- c) La información de los participantes en el mercado es simétrica y completa³.

Esto quiere decir que en el mercado ninguno de los agentes tiene más información que otro.

Teniendo en cuenta estos supuestos, podemos decir que el derecho de la competencia se centra en solucionar las fallas del punto a) y el derecho del consumo en solucionar las fallas al literal c). El problema inicial del derecho de la competencia es determinar que aquello que se produce, pueda ser ofrecido por el mayor número de agentes posible, de tal manera que ninguno pueda, por comportamiento estratégico, afectar los beneficios o la utilidad de los demás agentes. El problema del derecho del consumo, en primer lugar, es lograr que las asimetrías de información que existen entre el productor y el consumidor se reduzcan al mínimo margen posible, evitando con ello problemas de poder de mercado y discriminación de precios o clientela.

Ahora bien, es por todos conocido que la libertad de competencia se puede ver restringida, eliminada o alterada de diversas maneras:

- a) por el establecimiento de monopolios de derecho (en la forma prevista por el artículo 336 de la CPC);
- b) por el reconocimiento de marcas, patentes y demás derechos de la propiedad industrial;
- c) por la explotación abusiva de la posición dominante en un mercado;
- d) por la realización de prácticas restrictivas de la competencia; y
- e) por la realización de actos de competencia desleal.

3 MÁRQUEZ, PABLO, “Introducción a la relación entre derecho y economía”, en: *CEDE*. Colección Centro de Estudio, n° 1, 2004.

En términos generales, como puede observarse, las dos primeras formas de restricción o alteración de la competencia son legítimas, o ajustadas a derecho, en cuanto están contempladas y reglamentadas por claras normas de carácter constitucional y legal, que plasman principios y protegen bienes jurídicos tales como el arbitrio rentístico del Estado o la protección de los derechos de la propiedad industrial, que dentro de la escala de valores de nuestro ordenamiento jurídico se prefieren en ciertas instancias al derecho a la libre competencia económica.

Sin embargo, las tres últimas formas de restricción o alteración de la competencia arriba señaladas, es decir, el abuso del poder monopolístico, la realización de prácticas restrictivas de la competencia y la ejecución de actos desleales de comercio, constituyen «conductas patológicas», que surgen de manera espontánea sin que las leyes naturales del mercado puedan corregirlas o suprimirlas, y que por el contrario le introducen importantes elementos de distorsión y desequilibrio que el Estado, por intermedio de la regulación, debe corregir. Como bien se sabe, la existencia de este tipo de conductas fue lo que impulsó a MARX a vaticinar la autodestrucción del capitalismo como sistema económico, conclusión que parecía inevitable desde su punto de vista, toda vez que MARX no le asignaba al derecho la capacidad de modificar las conductas económicas, ni de cambiar el curso de la historia a través de la aplicación pacífica de las normas jurídicas y de la transformación institucional⁴.

Estas conductas que hemos llamado patológicas, deben ser reprimidas por el Estado, con el objeto de garantizar la libertad de competencia y la subsistencia misma de la economía de mercado. Para tal efecto nuestro sistema jurídico, con fundamento en los principios del antiguo artículo 32 de la Constitución de 1886 y del artículo 333 de la Constitución de 1991, contempla normas tales como las siguientes:

4 En relación con la capacidad del derecho para modificar los hechos (poder fáctico de lo normativo), y la función equilibradora que puede ejercer el derecho de la competencia en una sociedad capitalista, puede consultarse mi artículo, «El derecho de la competencia en Colombia», *Revista de Derecho Económico*, n° 9, Ediciones Librería El Profesional, 1989, pág. 53.

- a) Normas sobre prohibición a las prácticas restrictivas de la competencia y al abuso de la posición dominante en el mercado (contenidas principalmente en la Ley 155 de 1959 y en el Decreto 2153 de 1992);
- b) Normas sobre protección al consumidor (contenidas principalmente en el Decreto 3466 de 1982);
- c) Normas sobre derechos anti *dumping* y compensatorios y,
- d) Normas sobre prohibición de las conductas de competencia desleal (contenidas en la Ley 256 de 1996)

Aunque todas las normas jurídicas antes mencionadas pretenden en últimas garantizar la efectividad del derecho constitucional a la libre competencia económica, cada una de ellas tiene un orden diferente de prioridades. En efecto, las normas sobre prácticas restrictivas y abuso de la posición dominante en el mercado tratan de proteger en primer lugar el bienestar de los consumidores frente a las conductas unilaterales o concertadas de los productores o distribuidores, tendientes a evitar la competencia debido al poder económico de mercado; las normas sobre protección al consumidor dirigen su esfuerzo principal a exigir garantías mínimas de calidad y servicio para los consumidores para evitar asimetrías de información; las normas anti *dumping* pretenden proteger en primer lugar a los productores nacionales frente a las prácticas desleales de comercio internacional, evitando con ello los efectos negativos de las economías de escala; y las normas sobre competencia desleal tratan de proteger a los competidores frente a conductas de sus colegas que vulneran el principio de la buena fe, van en contra de las costumbres mercantiles y que intentan privarlos de parte de su mercado, para con ello propender por un mercado que permita la entrada progresiva de oferentes.

Hasta el momento podemos ver que el derecho de la competencia concentra una gran cantidad de elementos que, a la luz de la economía, permiten el análisis y muestran porqué y cómo es posible una relación entre el derecho y la economía. Incluso, siguiendo la perspectiva que

abordan GARCÍA y GUARDIOLA, esa relación unidireccional que tratan de presentar los economistas tradicionales, en la que la economía afecta al derecho, puede verse vista desde la perspectiva contraria, en la que el derecho afecta a la economía, pues en el desarrollo de las relaciones de poder es posible ver, por intermedio de la historia, que los discursos con pretensión de verdad afectan, perfilan y moldean el derecho y, específicamente la ley, la cual afecta las relaciones de intercambio. De este modo, hay una relación bidireccional, en la que la economía afecta al derecho y el derecho a la economía, determinando relaciones ambivalentes que perfilan el comportamiento de los agentes en un entorno parcialmente controlado por el derecho, el poder y la verdad.