

El Derecho de la competencia: ¿Derecho privado, Derecho público, regulación o Derecho económico?

ANDRÉS PALACIOS LLERAS¹

RESUMEN

Supongamos que queremos armar una nueva facultad de Derecho. ¿Cómo clasificaríamos el Derecho de la competencia en la estructura curricular de esta facultad? Partiendo de estas preguntas, este artículo muestra las dificultades inherentes en tratar de clasificar el Derecho de la competencia como Derecho privado, público, regulación o "Derecho económico". Lo anterior se debe no solo a que estas clasificaciones son poco precisas, sino también porque parten de nociones del ordenamiento jurídico colombiano que difícilmente se ajustan a como experimentamos este campo del Derecho. Por ello, lo que comienza como una pregunta sin mayor trascendencia muestra algunas de los problemas conceptuales que tienen las formas como apreciamos nuestro Derecho. Pero además de tener incidencias teóricas, esta discusión tiene una incidencia en la práctica, y es que permite o limita el desarrollo de diferentes argumentaciones "correctas" según la clasificación que se adopte. Finalmente, este artículo concluye que la ausencia de Derecho de la competencia en los currículos de Derecho de las facultades existentes muestra una falta de conexión entre los cambios en la normatividad colombiana y las imágenes de lo que se necesita para formar abogados.

1 Abogado de la Universidad de Los Andes, maestría en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard y candidato a doctor de la Facultad de Derecho de la University College London. Ha contribuido para algunas de las mejores revistas de Derecho colombiano y ha sido docente en varias universidades. Fue colaborador en la Superintendencia de Industria y Comercio, y es asesor de la firma Estudios Palacios Lleras S.A.S. Correo-e: andrespalaciosll@gmail.com.

Palabras clave: Derecho de la competencia, Regulación, Derecho económico, Teoría jurídica, Educación jurídica.

ABSTRACT

Let's imagine that we want to establish a new law school in Colombia. How would we classify competition law within its curricular structure? By attempting to answer this apparently harmless question, this article shows the inherent difficulties in trying to classify competition law as private law, public law, regulation or "economic law". This is due not only because such categories are very imprecise, but also because they depart significantly from our daily experiences with this field of law. What began as a harmless question actually shows some of the conceptual issues involved in the ways we depict our legal system. The discussion ensuing from this question has theoretical as well as practical implications, because depending on the category we adopt we are able to build different lines of reasoning that may be right or wrong but that highlight certain aspects and foreclose others. Finally, this article concludes that the lack of competition law courses in the curricula of established law schools shows a sign of disconnection between changes in the normative landscape and our images about what constitutes an adequate legal education.

Keywords: Competition Law, Regulation, Economic Law, Legal Theory, Legal Education.

I. INTRODUCCIÓN: LOS DILEMAS DE ARMAR UNA NUEVA FACULTAD DE DERECHO

Supongamos que queremos armar una nueva facultad de Derecho. ¿Cómo clasificaríamos el Derecho de la competencia en la estructura curricular de esta facultad? ¿Es una clase que hace parte del Derecho privado, o es una clase que hace parte del Derecho público? ¿Qué argumentos serían válidos para acoger o desechar cada una de estas opciones?

Cómo clasificar el Derecho de la competencia puede parecer un problema de poca importancia por dos razones. En primer lugar, nadie duda de que las normas que componen este campo del Derecho son jurídicas, y que por lo tanto su enseñanza en una facultad de Derecho es pertinente. En segundo lugar, las facultades de Derecho que ya existen han resuelto este problema, y seguir las en ello no parece particularmente erróneo. Finalmente, el Derecho de la competencia se nutre de otros campos del Derecho, así que la discusión sobre cómo clasificarlo parece menos importante en comparación con la discusión sobre el momento de la carrera en que se enseña. Así que, ¿por qué dedicarle tiempo a este problema?

A diferencia de los que crean que las anteriores consideraciones zanján el tema, personalmente creo que la pregunta sobre cómo se clasifica el Derecho de la competencia sí es importante. Como sugeriré a lo largo de este texto, creo que hay razones teóricas que inciden en la manera como entendemos y practicamos este campo del Derecho. Al mismo tiempo, existe tan poca claridad sobre el lugar que el Derecho de la competencia ocupa en nuestro imaginario jurídico, que sería bueno comenzar a discutir al respecto. Este texto no pretende hacer algo distinto que sugerir cómo podríamos empezar a pensar este tema.

II. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA COMO DERECHO PRIVADO

Podríamos comenzar clasificando el Derecho de la competencia como una variante del Derecho privado, ya que establece límites a lo que las personas naturales y jurídicas pueden hacer con su propiedad y qué tipos de contratos pueden celebrar². Por ejemplo, limita la celebración de contratos que afectan la competencia, así como ciertos usos de la propiedad que pasan por abusivos (como impedir o condicionar el acceso a la propiedad intelectual). Si bien la parte procedimental no es como la de un proceso ordinario, y la autoridad de competencia no es un juez, las discusiones sustantivas giran en torno a las formas como es legítimo que las personas dispongan de sus derechos patrimoniales. En este sentido, el Derecho de la competencia haría parte del Derecho privado porque trata tres categorías fundamentales de éste, como lo son los contratos, la propiedad y la responsabilidad civil.

Una mirada rápida al Derecho de la competencia de los Estados Unidos parece corroborar esta tesis. Esto puede ser relevante, ya que el Derecho de la competencia como lo entendemos hoy en día nace en ese país. El artículo 1° de la ley Sherman, promulgada en 1890, contiene una categoría doctrinal propia del Derecho de contratos anglosajón, que es la de *restraint of trade*, o restricciones al comercio. La (accidentada) historia legislativa de dicha ley permite suponer que uno de sus propósitos era extender a nivel federal la lógica de esta doctrina. Así mismo, durante sus primeros años de aplicación, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de ese país se refirieron varias veces a precedentes judiciales que discutían el límite que tienen las partes contratantes para limitar el comercio de un bien o servicio frente a un tercero.

2 De manera general, por Derecho de la competencia me refiero al conjunto de normas jurídicas que tienen como propósito regular la competencia entre empresas. En el caso colombiano, estas normas son la Constitución Política de Colombia de 1991, la Ley 159 de 1955, el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y los decretos y otras normas que las desarrollan.

Decisiones como *Standard Oil*³ siguen una lógica propia del Derecho privado anglosajón al establecer que las restricciones a la competencia que surgen de acuerdos entre particulares son aceptables solo si son razonables frente a los beneficios que producen⁴.

Sin embargo, una mirada más atenta a la historia del Derecho de la competencia en Estados Unidos parece controvertir esta tesis por las siguientes razones. En primer lugar, la historia legislativa de la ley Sherman es poco reveladora. El texto final de la ley es diferente al texto original presentado por el senador SHERMAN, el cual no incorporaba categorías como la de *restraint of trade* y en cambio sí usaba de manera explícita el concepto de competencia. Las diferencias entre los textos presentados y aprobados, y la apresurada aprobación del texto final de la ley, no han permitido, hasta la fecha, defender una interpretación de esta ley que tenga un sólido respaldo en su trámite legislativo⁵. En segundo lugar, la sentencia en el caso *Standard Oil* no fue bien recibida y produjo consternación en diferentes instancias, entre ellas en el Congreso federal de los Estados Unidos. De hecho, la promulgación en 1914 de la ley de la Federal Trade Commission y la ley Clayton resultaron, en parte, como una respuesta a la decisión de la Corte Suprema ya comentada (PERITZ, 1989). Ambos aspectos sugieren que si la Sherman Act fue interpretada como una variante del Derecho privado, ello no se debió necesariamente a que tal fuera la intención del Congreso federal cuando la promulgó. Si la experiencia en Estados Unidos es cierta para estos propósitos, ¿qué podríamos decir de la experiencia colombiana?

III. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA COMO DERECHO PÚBLICO

El Derecho público no trata solo de la estructura de los Estados y de los diferentes organismos que lo componen, sino fundamentalmente de las relaciones entre estos y los particulares. Por ello, un profesor de Derecho Administrativo podría controvertir la tesis de que el Derecho de la competencia es parte del Derecho privado por tratar sobre los límites a los contratos y a la propiedad, ya que el Derecho público hace lo mismo. En efecto, nuestro profesor de Derecho Administrativo puede mostrar cómo el Derecho de los servicios públicos también reconoce y limita lo que las personas particulares pueden hacer con sus bienes o qué tipo de contratos celebrar. Y si tuviera en cuenta el desarrollo

3 Corte Suprema de Estados Unidos de América, *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

4 Ver al respect HYLTON (2003).

5 Sugiero contrastar BORK (1978) con LANDE (1982).

legislativo del Derecho de la competencia en Estados Unidos su tesis tendría además cierto respaldo internacional⁶.

El Derecho de la competencia de la Unión Europea constituye otro ejemplo que evidencia la naturaleza pública del Derecho de la competencia. Por un lado, este es un campo del Derecho que surge como desarrollo de los objetivos de la Unión –y en particular, el fortalecimiento del mercado interno– y que encuentra su justificación en la necesidad de limitar el comportamiento tanto de entidades privadas como públicas⁷. Por otro lado, el texto de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) no se basa directamente en categorías doctrinales propias del Derecho privado continental (a diferencia de Estados Unidos). De hecho, la experiencia europea con la competencia desde el Derecho privado no fue muy favorable al nacimiento del Derecho de la competencia como lo apreciamos hoy en día. Los recuentos históricos muestran que antes de la Segunda Guerra Mundial las cortes alemanas entendían la constitución de carteles como una extensión del Derecho de asociación y la autonomía de la voluntad contractual⁸. En este sentido, el Derecho de la competencia europeo contemporáneo apareció no para continuar la tradición jurídica en materia de carteles, sino precisamente para subvertirla⁹.

A pesar de lo anterior, hay una particularidad del Derecho de la competencia en la Unión Europea que no puede pasar desapercibido en este análisis, y es precisamente la causal de nulidad contenida en el numeral 2º del artículo 101 TFUE. Dicha nulidad resulta extrañamente familiar para el profesor de Derecho privado, ya que una figura muy similar existe en nuestro Derecho privado. Me refiero a la causal de nulidad establecida en los artículos 19 de la Ley 155 de 1959 y 46 del Decreto 2153 de 1992, y que remite al Código Civil colombiano. Este último establece en los artículos 1523 y 1524 la nulidad como sanción para los actos y contratos que tengan un objeto y una causa ilícita. Nuestro profesor de Derecho privado podría entonces argumentar que, en Colombia al igual que Europa, la nulidad que se predica de ciertos actos y contratos extiende el ámbito de aplicación de las normas de Derecho privado a otros ámbitos, evidenciando así su flexibilidad teórica.

6 De hecho, en el Derecho de la competencia estadounidense las relaciones entre las personas investigadas y el Estado están orientándose más hacia un esquema de regulación. Ver WEBER (1998).

7 Al respecto, ver CHALMERS (2010: 12-13), Cap. 1 Sobre la relación entre el fortalecimiento del Mercado interno y el Derecho de la competencia en el desarrollo de la Unión Europea.

8 Ver, por ejemplo, KESSLER (1936). También SCHWARTZ (1957).

9 Ver GERBER (1998).

IV. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA COMO "REGULACIÓN" O "DERECHO ECONÓMICO"

Supongamos entonces que aparece un tercer profesor, el cual sugiere que el Derecho de la competencia es, al igual que el Derecho financiero, bancario y demás, otro ejemplo de lo que se denomina "regulación" o que es parte del "Derecho económico". Por un lado, podríamos decir que la discusión sobre la naturaleza privada o pública del Derecho de la competencia no es concluyente por las razones arriba expuestas. Por otro, este campo del Derecho tiene una racionalidad económica que lo distingue, a nivel doctrinal, tanto del Derecho privado como del Derecho público y que lo ubica cerca de otros campos, como el Derecho financiero y demás. Finalmente, los profesores que se han distinguido por enseñar Derecho de la competencia pertenecen a departamentos de "Derecho económico" al interior de las facultades de Derecho. Así pues, el Derecho de la competencia sería algo que, en nuestra facultad imaginaria, debería estar a cargo de un departamento que se dedique a tales temas.

Un profesor (también imaginario) de teoría jurídica se mueve incómodo en su asiento. Cuando le damos la oportunidad de hablar, pregunta "¿Qué es el 'Derecho económico'? ¿Qué es la regulación? ¿Qué tipo de categorías jurídicas son esas?". Estas preguntas son importantes porque se ha vuelto muy frecuente hablar de regulación y de Derecho económico sin tener claro qué estamos diciendo con ello.

Por un lado, el uso de la palabra regulación en el contexto jurídico colombiano parece ser un trasplante teórico del concepto *regulation*, usado comúnmente por economistas y algunos abogados para referirse (de manera poco precisa) a las normas de Derecho público que "regulan" –controlan, manejan, encauzan– el comportamiento de las personas en los mercados. En el contexto anglosajón, la palabra *regulation* parte de la idea de que las personas tenemos una serie de derechos individuales que anteceden las organizaciones políticas, y por ello tiene diferentes connotaciones¹⁰. Si se defiende el libre mercado, la *regulation* es estatista y apabullante, ya que suprime la autonomía de la voluntad y el libre uso de la propiedad en aras de un fantasma llamado "el bien común". Si, por el contrario, se cree que el bien común es algo tangible, *regulation* es precisamente lo que nos permite vivir sin el temor a estar sujetos por los grandes grupos empresariales que (con voz cavernosa) dictan los términos y las condiciones de todos los aspectos de nuestras vidas¹¹.

Si bien estas imágenes pueden resultar muy interesantes para el abogado colombiano, no es claro que sirvan para describir nuestro ordenamiento jurídico o sus filosofías. En primer lugar, es importante advertir que el término vuelve a

10 ORBACH (2012). Nótese además la influencia de autores como JOHN LOCKE y THOMAS HOBBS en esta idea.

11 Una visión amplia de los fines que cumple la regulación se encuentra en SUNSTEIN (2002).

introducir la distinción entre Derecho público y Derecho privado en nuestro imaginario, pero por la puerta de atrás. En segundo lugar, a diferencia de lo que sugiere este concepto propio del Derecho anglosajón, en Colombia vemos el Derecho como un instrumento social orientado a transformar relaciones sociales más que a proteger derechos supuestamente pre-existentes¹². Aun desde la época de la independencia nuestro viraje hacia al Derecho francés fue visto no como una forma de cimentar visiones pre-existentes de la sociedad, sino para saltar hacia la "verdadera modernidad" expresada en el Derecho privado francés (y, de paso, darles espacio político a nuestros abogados criollos)¹³. Por otro lado, las noticias políticas que vemos hoy en nuestros periódicos sugieren una situación inversa a la imagen que sugiere la noción de regulación. Por ejemplo, las personas se refieren a la Constitución buscando el reconocimiento de derechos que desde perspectivas religiosas diversas les son negados, lo cual realza el carácter emancipatorio de la regulación frente al carácter opresor de otras formas de actividad jurídica. Finalmente, en el ordenamiento jurídico colombiano las normas de Derecho privado, al igual que las de Derecho público, ponen límites importantes con respecto a los contratos que podemos celebrar y las maneras como podemos usar y disponer de nuestros derechos patrimoniales. El Derecho privado no consagra la voluntad de la autonomía sin límites ni al derecho a la propiedad privada como un derecho absoluto. Por ello, sería una descripción poco acertada del Derecho colombiano aseverar que mientras "la regulación" impone límites a la actividad económica, el Derecho privado consagra una serie de derechos que les dan total libertad a las personas de hacer lo que quieran.

Por otro lado, bien puede ser que nos refiramos a categorías extranjeras, como por ejemplo la de "Derecho público económico", comunes en el contexto español. Por ejemplo, el profesor RICARDO RIVERO ORTEGA se refiere al Derecho económico en su obra *El Derecho Administrativo Económico*, de la siguiente manera:

El Derecho económico es una materia interdisciplinaria, dedicada al análisis de cuestiones como la regulación de mercados, el régimen de la competencia o los derechos de los consumidores. Abarca sectores del ordenamiento jurídico no integrados exclusivamente ni en el Derecho público ni en el Derecho privado (el Derecho del mercado de valores, por ejemplo), y que por tanto han de ser estudiados desde ambos puntos de vista, necesariamente complementarios. Pero esta amplitud del Derecho económico no obsta la segregación de un Derecho público de la Economía, compuesto sobre todo por Derecho constitucional y

12 GARCÍA VILLEGAS (2004). Lo anterior no quiere decir que las teorías contractualistas no han sido influyentes en nuestro medio, sino que las que han dejado una huella más profunda son las que tienen un corte más republicano que individualista, ROUSSEAU nos parece más cercano que LOCKE.

13 Al respecto, ver LÓPEZ MEDINA (2012: 349). La adopción del Derecho francés no fue puramente desinteresada. Al respecto, ver también URIBE (1995).

administrativo, diferenciable del Derecho privado (mercantil o civil) porque centra menos su atención en la voluntad de los particulares (contratos, sociedades mercantiles, etc.) y más en las intervenciones y regulaciones del poder público (RIVERO ORTEGA, 2009: 217).

Posteriormente, señala lo siguiente:

(...) Pero el grueso de las regulaciones e intervenciones económicas del poder público se encuentran previstas y ordenadas en leyes administrativas, con la previa cobertura constitucional, de manera que el Derecho público económico será, sobre todo, Derecho público común, esto es, Derecho administrativo (ídem).

Este concepto es particularmente importante por tres razones, diferentes pero relacionadas entre sí. En primer lugar, porque sugiere que el Derecho económico es más un enfoque teórico que un campo sustantivo del Derecho —en otras palabras, es una teoría jurídica. De ser así, entonces, quisiéramos saber más sobre qué ideas tiene sobre el Derecho y cómo se ven reflejadas o emanan de las normas que estudia. ¿Debe ser el Derecho (principalmente) público un Derecho eficiente? Desde esta perspectiva, que fije su atención más en las intervenciones del poder público que en la voluntad de los particulares es un punto de partida en clara tensión con los postulados de la teoría microeconómica neoclásica. ¿Debe entonces buscar una mejor distribución de los ingresos y la riqueza? Desde esta otra perspectiva, sería entonces una teoría crítica de muchos de los campos del Derecho que cobija que no pretenden alcanzar tales fines (como el Derecho de la competencia, por ejemplo). Su principal objeto de estudio serían el Derecho tributario y el Derecho fiscal. En segundo lugar, esta idea del Derecho económico es notablemente imprecisa en lo que se refiere a la atención que les presta a las intervenciones y regulaciones del poder público. ¿Qué es lo que debería interesarnos de estas intervenciones y regulaciones? ¿Los efectos que producen? ¿Las razones que las justifican? ¿Las autoridades de las que emanan? ¿Los procedimientos que llevan a su adopción? Nótese que según como respondamos a estas preguntas sabremos en realidad qué distingue al Derecho público económico, como teoría, de otras teorías del Derecho público. Si por ejemplo respondemos diciendo que lo que nos interesa de dichas regulaciones e intervenciones son los efectos que produce, ¿qué distinguiría al Derecho público económico del análisis económico del Derecho administrativo?¹⁴. Finalmente, es importante recalcar que esta de-

14 Creo que no mucho. En la página 18 del mismo texto, el profesor RIVERO se refiere a las obras de tres autores norteamericanos que trabajan temas de *regulation* y de análisis económico del Derecho, como lo son CASS SUNSTEIN, STEPHEN BREYER y J.G. SIDAK, como algo muy similar al Derecho público económico continental. Sin duda tiene razón, pero la epistemología de las obras de estos tres autores es bien diferente a la del Derecho público económico, como lo sugiere la discusión anterior sobre el término *regulation*. Mientras las obras de SUNSTEIN,

finición de Derecho económico rescata la división entre Derecho público y Derecho privado, y ubica los distintos objetos o campos de análisis entre unos y otros. Así mismo, se refiere también a la noción de regulación, la cual es problemática como ya mencioné. Notablemente, el autor no clasifica al Derecho de la competencia como Derecho privado o público. ¿Quiere entonces decir que da lo mismo dónde se encuentre? Esta respuesta es muy tentadora, pero, como mostraré luego, hace una gran diferencia si vemos el Derecho de la competencia desde el Derecho privado o el público. En todo caso, sería muy útil saber más sobre la orientación normativa del Derecho económico como teoría jurídica antes de adscribirnos a ella.

Por su parte, la doctrina colombiana no nos ofrece una definición de Derecho económico que sea de utilidad práctica. Por ejemplo, una definición reciente dice lo siguiente: "el Derecho Económico puede ser interpretado como el conjunto de reglas que permiten regular las relaciones interhumanas a fin de suplir satisfactoria y equitativamente las necesidades (Derecho) a través de la asignación y uso eficiente de recursos escasos existentes en el entorno, por parte del hombre (Economía), pero que a su vez se encuentra supeditado a la observancia de una serie de valores sociales" (PINZÓN, 2010). Nótese que a diferencia de lo escrito por el profesor RIVERO ORTEGA, este ejemplo de la doctrina colombiana ve el Derecho económico como un conjunto de normas jurídicas, y no como una teoría del Derecho. A pesar de intentar integrar los conceptos de Derecho y Economía, esta definición es tan amplia como poco precisa. ¿Permite esta definición concebir un "Derecho no económico"? Como lo sugieren todos los profesores presentes en nuestra discusión imaginaria, todos los campos del Derecho se refieren al uso de recursos y su orientación normativa obviamente implica la observancia de valores sociales. El Derecho de familia trata, entre otras cosas, de las herencias y su distribución entre los supervivientes al difunto. ¿Ello lo convierte en Derecho económico? Por otro lado, la relación entre eficiencia y valores sociales que presenta esta definición no es clara. ¿Acaso la eficiencia no tiene una orientación normativa fundada en valores?¹⁵. Otras preguntas quedan en el aire: ¿Las reglas que componen el Derecho económico también permiten establecer cuando se aplica un análisis de eficiencia, y cuando priman los otros "valores sociales"? Además, en el contexto colombiano parece no haber mucha claridad sobre el origen de este término, ya que no se originó en Colombia. ¿Será el mismo Derecho econó-

BREYER y SIDAK se ubican dentro del campo de *regulation* el concepto de Derecho público económico se ubica por fuera de los campos que cobija al presentarse como una material interdisciplinario que se dedica a su análisis. En este sentido, mientras el elemento económico hace parte de la manera como abogados y jueces discuten de manera cotidiana sobre *regulation*, en el Derecho público económico dicho elemento se presenta como externo a los campos que hacen parte de los campos del Derecho y es una herramienta para su estudio.

15 Por supuesto que sí. Al respecto, ver, entre otros, HAUSMAN, MURRAY y MCPHERSON (1996).

mico al que se refería GUBSKY (1927) al hablar de las relaciones patrimoniales en Rusia resultantes de la revolución rusa de 1917? ¿Será el mismo *droit économique* al que se refiere GERARD FARJAT (2004) en su libro *Pour un droit économique*? ¿O será el Derecho económico que expone JORGE WITKER (2003) en su obra? Parece que más que responder a nuestras preguntas, hablar de regulación o de Derecho económico deja aún más interrogantes sin responder.

V. LAS IMPLICACIONES TEÓRICAS Y PRÁCTICAS DE ESTA DISCUSIÓN

La discusión sobre cómo clasificar el Derecho de la competencia nos lleva a discusiones mucho más amplias sobre la manera como entendemos y describimos nuestro Derecho. En este sentido, la principal implicación teórica que tiene esta discusión es que nos invita a reconsiderar la estructura teórica del Derecho colombiano y las diferentes categorías que lo componen. Muchas de estas categorías son imaginadas y encuentro difícil aplicarlas adecuadamente para clasificar el Derecho de la competencia. Nótese, además, que dichas categorías funcionan por oposición en nuestro imaginario colombiano. Hablar de Derecho privado parece tener sentido solo cuando consideramos que hay un Derecho público, de la misma manera que hablar de regulación tiene sentido solo cuando asumimos que hay una serie de derechos pre-existentes a nuestras organizaciones políticas. Hablar de Derecho económico, en cambio, es particularmente difícil porque su definición es tan amplia que no es útil para hacer distinciones y clasificaciones.

Una segunda implicación teórica es que al clasificar al Derecho de la competencia en una u otra categoría resaltamos una serie de atributos y desdibujamos otros¹⁶. Por ejemplo, clasificar el Derecho de la competencia como parte del Derecho privado permite contrastarlo con las imágenes asociadas a las normas de Derecho público o "regulación". En este sentido, el Derecho de la competencia es diferente al Derecho público o a la regulación, porque no limita la autonomía de la voluntad o el goce de los derechos patrimoniales, sino que busca su protección y parte de su reconocimiento. Al hacer esta clasificación se desdibuja la paradoja de querer proteger tanto la autonomía de la voluntad como los derechos patrimoniales de las personas imponiéndoles limitaciones. En cambio, clasificar el Derecho de la competencia como Derecho público permite asociarlo con nociones que trascienden intereses particulares y que se fundamentan en "el bien común". De esta manera, el Derecho de la competencia se vuelve un derecho "de interés público". Sin embargo, esta

16 Esto, por supuesto, no pasa solo con el Derecho de la competencia; pasa con todas las clasificaciones jurídicas a las que estamos acostumbrados. Ver DE SOUSA SANTOS (1987).

clasificación pierde de vista que el interés público no puede ignorar ciertos intereses particulares que son legítimos, y por lo tanto tiene que buscar un equilibrio entre beneficios particulares y costos sociales. Nótese que desde esta perspectiva, el Derecho de la competencia tiene dos dimensiones: una subjetiva, y que se centra en la voluntad de las partes investigadas, y otra pública u "objetiva", que ve la competencia como un interés general y colectivo que trasciende intereses particulares. Por otro lado, esta doble dimensión lleva a buscar un equilibrio entre ambas perspectivas, y dicho equilibrio se expresa en términos de los límites públicos a la iniciativa privada¹⁷. Finalmente, clasificar el Derecho de la competencia como "regulación" o Derecho económico nos permite crear puentes entre doctrinas internacionales y nuestros públicos locales –entre nuestros profesores extranjeros y los estudiantes de nuestra imaginaria facultad de Derecho– para mostrar que estamos en sintonía con el mundo. Pero, al hacerlo, corremos el riesgo de desconectar el Derecho de la competencia de nuestros imaginarios sin que ello contribuya a describir mejor nuestro ordenamiento jurídico.

Estas implicaciones teóricas tienen, a su vez, una implicación en la práctica que considero importante, y que tiene que ver cómo evaluar la licitud de un acuerdo o un acto que sea presuntamente restrictivo de la competencia desde diferentes perspectivas. Consideremos un ejemplo hipotético para contrastar las diferentes formas de argumentación que pueden surgir de estas clasificaciones. Imaginémos que la autoridad de competencia colombiana –la Superintendencia de Industria y Comercio– se topa con un acuerdo gremial celebrado entre varias empresas que, entre otras cosas, contiene una cláusula que permite la fijación conjunta de los precios de un bien en un mercado particular. Esta entidad, si bien no tiene facultades jurisdiccionales en materia de competencia, sí puede determinar que dicho contrato viola el numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, y por ello estaría viciado de nulidad de acuerdo con lo establecido en los artículos 19 de la Ley 155 de 1959 y 46 de este decreto. Sin embargo, el mencionado artículo 46 señala que las conductas que afecten la libre competencia "(...) las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito". Esta referencia pasajera es de gran importancia para apreciar la conducta en cuestión desde nuestro Derecho de contratos. Permite que nuestro abogado de Derecho privado argumente que si bien el texto del numeral 1º del artículo 47 distingue solo entre objeto y efecto, el artículo 1501 del Código Civil distingue entre los elementos esenciales, accidentales y de la naturaleza de los contratos. Este paso le permitiría

17 Una forma de construir una doctrina que permita realzar dicho equilibrio consiste en distinguir, siguiendo el artículo 1501 de nuestro Código Civil, entre elementos esenciales, accidentales y de la naturaleza de los contratos de la misma manera que en el Derecho de la competencia en los Estados Unidos se habla de *ancillary restraints*, pero ello nos remite de nuevo a los problemas de clasificar este campo del Derecho en el Derecho privado.

entonces argumentar que los acuerdos gremiales son una manifestación de la libertad de asociación establecida en la Constitución Política de 1991, pero que la cláusula contractual que les permite fijar precios a las empresas investigadas no es ni de la naturaleza ni de la esencia del acuerdo gremial, sino puramente accidental. La consecuencia sería entonces que la nulidad no debería afectar todo el acuerdo gremial sino solo de la cláusula relacionada con la fijación de precios.

Desde una perspectiva basada en el Derecho público podríamos llegar a una argumentación diferente. Un abogado de Derecho público podría argumentar que es de la naturaleza de los gremios reunir información sobre un sector económico y coordinar las actuaciones de sus miembros para mantener la estabilidad de los precios, proteger los intereses de sus miembros y la estabilidad laboral de sus empleados. Nótese además que esta argumentación sugiere que el interés subjetivo de las partes contratantes concuerda con varios intereses generales y colectivos, como fortalecer la industria nacional, proteger el empleo y mantener la estabilidad en un sector industrial. Así mismo, asume que todos estos intereses, individuales y colectivos, son más importantes que el interés de los consumidores en tener precios más bajos. Una conclusión razonable de lo anterior es que las cláusulas que permiten fijar precios son de la naturaleza misma de los acuerdos gremiales. Lo anterior no quiere decir que todos los acuerdos de este tipo se encuentran prohibidos por los diferentes numerales del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, sino que para existir legalmente dichos acuerdos tienen que estar sujetos a lo señalado por el parágrafo 1° de la Ley 155 de 1959. En otras palabras, los acuerdos gremiales (y con ellos las cláusulas que pueden restringir la competencia) deben estar expresamente autorizados por el gobierno para ser inmunes a las normas de competencia. En ausencia de dicho reconocimiento expreso, todo acuerdo gremial que por objeto o efecto lleve a la fijación de precios está prohibido. Por lo tanto, este abogado concentraría su análisis probatorio en mostrar que el acuerdo gremial de nuestro ejemplo está o no exento de la aplicación del artículo 47 del mencionado decreto.

Finalmente, un abogado que aborde la perspectiva del Derecho de la competencia como regulación o Derecho económico podría presentar una argumentación diferente. (Asumo que a pesar de las diferencias conceptuales el análisis del caso en cuestión no es particularmente distinto si lo miramos desde una perspectiva o la otra). Podría argumentar que las normas de competencia buscan beneficiar a los consumidores al propiciar la competencia, la cual lleva a precios más bajos y mayor variedad de bienes y servicios. Por eso, la presencia de la eventual cláusula que permite fijar precios debe analizarse a partir de los efectos que tuvo en el mercado relevante. Para ello, nuestro abogado se preguntaría primero cuál es el porcentaje de participación de los miembros del gremio en dicho mercado, si hay barreras a la entrada y salida, y si los consumidores pueden sustituir el bien en cuestión por otro en el caso

de que se presente un aumento de su precio. También investigaría la presión competitiva de las importaciones, así como cambios futuros en las normas jurídicas que aumenten o disminuyan dicha presión. Además de lo anterior, tendría en cuenta si gracias a la fijación de precios los miembros del gremio aumentaron sus inversiones en capital, contrataron más empleados y mejoraron su productividad. Según lo que encuentre nuestro abogado inspirado en la noción de regulación, podría concluir que la práctica en cuestión afectó irremediablemente la competencia y por ello debe ser sancionada, o que por el contrario tuvo un efecto mínimo en el mercado relevante. En este último escenario, podría argumentar que a pesar de que dicha cláusula parece violar el numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, una interpretación armónica de este artículo en conjunción con el artículo 44 del mismo decreto y el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 permite concluir lo contrario. La cláusula del acuerdo gremial en concreto no tiene como objeto limitar la producción de un bien, sino estimular su producción al brindarle una protección a los miembros del gremio. Así mismo, la fijación del precio no tuvo (hipotéticamente) un efecto tal que afectara el abastecimiento, la distribución o el consumo de dicho bien. Por otro lado, su efecto en los precios fue tal que puede argumentarse que no afectó la libre competencia ni mantuvo o determinó precios inequitativos diferentes a los que ya existían.

Estas tres formas de evaluar la licitud de una práctica restrictiva de la competencia hipotética muestran la manera como diferentes consideraciones teóricas inciden en la práctica argumentativa de este campo del Derecho. Nótese, además, que cada una de estas formas de argumentar sugiere resultados diferentes con respecto a la licitud de la conducta investigada, por lo que llevan a respuestas diferentes sobre un mismo problema. Sobra decir que son argumentaciones prototípicas que resaltan las ideas que subyacen las distintas clasificaciones (Derecho privado/Derecho público/regulación y Derecho económico) y que ninguna de ellas ha sido corroborada plenamente por la Superintendencia de Industria y Comercio. Al mismo tiempo, todas nos resultan familiares porque hemos visto algunas de sus partes en diferentes decisiones o en libros sobre este campo del Derecho. De hecho, lo más común es usar pedazos de una y otra forma de argumentar, según cual sea la estrategia del litigio por parte de los abogados que defienden la licitud de la conducta de sus clientes.

V. CONCLUSIONES

A lo largo de este texto he sugerido que clasificar el Derecho de la competencia como Derecho privado, público, regulación o "Derecho económico" es un problema conceptual que lleva a preguntarnos cómo entendemos el Derecho colombiano. No es solo un problema de la importancia que tiene o pueda tener, o su ubicación de una manera u otra en un pénsum académico, sino que

debería llevarnos a cuestionar las categorías que usamos a la hora de describir y analizar nuestro Derecho. Más allá de las implicaciones que ello tiene a nivel teórico, sostengo que cómo clasifiquemos el Derecho de la competencia incide en la práctica jurídica al determinar el tipo de argumentos que usamos para determinar la legalidad de una conducta presuntamente anticompetitiva.

Una respuesta fácil al problema de cómo clasificar el Derecho de la competencia consiste simplemente en resistir clasificaciones basadas en categorías como las que he venido presentando a lo largo de estas páginas. La (buena) enseñanza del Derecho de la competencia debería partir de la premisa de que tanto los derechos patrimoniales como los contratos encuentran limitaciones de distinta índole y que éstas cambian según el contexto histórico. Recurrir a nociones de Derecho privado, público, regulación o Derecho económico termina por oscurecer esta idea y no contribuye a un entendimiento adecuado de su importancia social y económica.

Otra conclusión es que las decisiones sobre qué materias se enseñan y cómo se clasifican en una facultad de Derecho dice mucho sobre lo que se considera verdaderamente importante para formar abogados. La relativa ausencia del Derecho de la competencia en los currículos académicos de las facultades de Derecho de nuestro país sugiere que no resulta prioritario formar abogados que conozcan sobre este campo del Derecho. Encuentro esto curioso y preocupante. A diferencia de lo que sugiere la academia, las transformaciones del Estado y los mercados colombianos han abierto muchos espacios para la competencia. Al ignorar el Derecho de la competencia, muchas facultades de Derecho colombianas le están dando la espalda a la competencia como fenómeno social, económico y jurídico que cobra cada vez más importancia nacional e internacional. El no enseñar Derecho de la competencia hace más difícil (pero no imposible) entender ciertos aspectos de los contextos en los que se aplican las normas jurídicas, como entender los cambios en la normatividad de ciertos sectores en los que la competencia es cada vez más importante. De igual manera, el número relativamente pequeño de abogados que participan en discusiones académicas impide que se cree nuevo conocimiento en este campo del Derecho, y por el contrario facilita que se perpetúen ideas poco acertadas sobre su funcionamiento. Lo anterior sugiere que el diseño curricular de las facultades de Derecho no refleja bien los cambios que están teniendo lugar en el ordenamiento jurídico de nuestro país. Un cambio en la dirección correcta sería incrementar el número de cursos que sobre esta materia se ofrecen a los estudiantes de Derecho.

DECISIONES JUDICIALES

Corte Suprema de Estados Unidos de América, *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

BIBLIOGRAFÍA

- BORK, ROBERT H. (1978). *The Antitrust Paradox: A Policy At War with Itself*. Basic Books.
- CHALMERS, DAMIAN; GARETH DAVIES y GIORGIO MONTI (2010). *European Union Law: Cases and Materials*. Cambridge University Press
- DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA (1987). "Law: A Map of Misreading-Toward a Post-modern Conception of Law", en *14 JL & Soc'y* 14 279.
- GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO (2004). "Law as Hope: Constitutions, Courts, and Social Change in Latin America", en *16 Fla. J. Int'l L.* 133.
- FARJAT, GERARD (2004). *Pour un droit économique*. Presses Universitaires de France.
- GERBER, DAVID J. (1998). *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*. Oxford University Press
- GUBSKY, N. (1927). "Economic Law in Soviet Russia", en *37 The Economic Journal* 226.
- HAUSMAN, DANIEL MURRAY y MICHAEL S. MCPHERSON (1996). *Economic Analysis and Moral Philosophy*. Cambridge University Press.
- HYLTON, KEITH N. (2003). *Antitrust Law Economic Theory and Common Law Evolution*. Cambridge University Press
- KESSLER, WILLIAM C. (1936). "German Cartel Regulation Under the Decree of 1923", en *50 Quart. J. of Econ.* 680.
- LANDES, ROBERT H. (1982). *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, *34 Hastings L.J.* 65.
- LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO (2012). "The Latin American and Caribbean legal traditions", en Capítulo 16, BUSSANI, MAURO y UGO MATTEI (eds.). *The Cambridge companion to comparative law*. Cambridge University Press.
- ORBACH, BARAK (2012). *What is Regulation?* *30 Yale J. on Reg.* 1.
- PERITZ, RUDOLPH J.R. (1989). *The 'Rule of Reason' in Antitrust Law: Property Logic in Restraint of Competition*. *40 Hastings L. J.* 285-342.
- PINZÓN, MARIO A. (2010). "Del Derecho y la Economía al Derecho Económico", en *Working Paper N. 1" Law and Economics*. Disponible en: http://works.bepress.com/mario_pinzon/14.

- RIVERO ORTEGA, RICARDO (2009). *El Derecho Administrativo Económico*. Editorial Marcial Pons 5.^a ed.
- SCHWARTZ, IVO E. (1957). *Antitrust Legislation and Policy in Germany. A Comparative Study*. 105 U. of Penn. L. Rev. 617.
- SUNSTEIN, CASS (2002). "Las Funciones de las Normas Regulativas. 17 Isonomía", en *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 43.
- URIBE, VÍCTOR M. (1995). "Kill all the Lawyers!: Lawyers and the Independence Movement in New Granada, 1809-1820", en 52 *The Americas* 175.
- WEBER WALLER, SPENCER (1998). "Prosecution by Regulation: The Changing Nature of Antitrust Enforcement", en 77 *Oregon L. Rev.* 1383.
- WITKER, JORGE (2003). *Introducción al estudio del Derecho económico*. México, McGraw-Hill.