Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea del CRAI-Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la CRAI-Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación, CRAI-Biblioteca

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

Dedicatoria

A mis padres Magdy y Norberto por su esfuerzo desde siempre, gracias por su apoyo... A mi esposo Wladimir por decidir compartir sus días académicos conmigo, ser mi cómplice y brindarme los mejores momentos... A mi hija Daniela por ser la luz que hace brillar mis días y a la Universidad Santo Tomás por acompañarme a alcanzar mis metas.

Agradecimientos

A la Universidad Santo Tomás por permitirme ser parte de su cuerpo estudiantil y docente durante largos años, a Katherine Flórez Pinilla por su amistad y sus valiosos aportes intelectuales e investigativos en este trabajo.

El derecho de la competencia en Colombia y su interacción con el TLC Colombia-Estados Unidos, en el caso del sector agrícola

Yeny Carolina Lozada Ballesteros

Tesis para optar por el título de Magister en Derecho

Directora

Katherine Flórez Pinilla

Economista, Mág. En Derecho Económico

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

División de Ciencias Jurídicas y Políticas

Maestría en Derecho

2017

Tabla de contenido

	Pág.
1. Capítulo I: derecho de la competencia desde el análisis económico del derecho	10
2. Capítulo II. Antecedentes históricos del derecho de la competencia en Estados Unidos y Colombia	19
2.1 Contexto del surgimiento del Derecho de la Competencia en Estados Unidos	19
2.2 Desarrollo del derecho de la competencia en EEUU	23
2.2.1 Autoridades encargadas de proteger la libre competencia en EEUU	30
2.3 Desarrollo del Derecho de la Competencia en Colombia	32
2.3.1 Contexto dentro del cual surgió el Derecho de la Competencia	32
2.3.2 Análisis de la evolución legislativa de la libre competencia en Colombia	35
2.3.3. Autoridad encargada de proteger la libre competencia en Colombia	54
3. Capítulo III. Análisis comparativo de la protección de la libre competencia en Estados Unidos y Colombia	57
3.1 Las Políticas de Competencia	59
3.1.1 Política Estadounidense	61
3.1.2 Política Colombiana	62
3.2 Prácticas Restrictivas de la Competencia	64
3.2.1 Acuerdos Anticompetitivos	64
3.2.2 Integraciones Empresariales	71
3.2.3 Abuso de la posición dominante	75
3.3 Prácticas desleales	80
3.3.1 Estados Unidos	82

3.3.2 En Colombia	85
3.4 Otras distorsiones (Excepciones, exenciones, inmunidades y regímenes sectoriales)	90
3.4.1 En Estados Unidos	91
3.5 Actos de competencia desleal	99
3.5.1 La competencia desleal en Estados Unidos y Colombia	102
4. Capítulo IV. El derecho de la competencia en Colombia y su interacción con el Tratado de Libre Comercio Colombia-EEUU, el caso del sector agrícola	114
4.1 La eficiencia como criterio de valoración de la norma jurídica.....	117
4.2 El tratado de libre comercio Colombia-Estados Unidos.....	118
4.3 Capítulo Trece del Tratado de Libre Comercio: Política de Competencia, Monopolios designados y Empresas del Estado.....	120
4.3.1 Reconocimiento de que las conductas anticompetitivas tienen el potencial de restringir el comercio y la inversión bilateral.....	120
4.3.2 Los Monopolios designados	121
4.3.3 Empresas del Estado	122
4.3.4 Diferencias de Precios	122
4.3.5 Transparencia y Solicitudes de Información	123
4.3.6 Consultas	124
4.3.7 Solución de Controversias.	125
4.3.8 Definiciones.....	127
4.4 Aspectos que intervienen en la interacción.....	127
4.4.1 El trato entre dos regímenes jurídicos de competencia que aunque diferentes, están destinados a relacionarse bajo un mismo marco legal, contenido en el texto del TLC, con efectos entre las partes:	128

4.4.2 El interés por la maximización del bienestar de cada parte	140
4.4.3 La existencia de prácticas que distorsionan la libre competencia, con efectos en la zona de libre comercio y el papel de los estados a la hora de combatir este tipo de prácticas	140
5. Conclusiones	146
Referencias	153

Lista de Tablas

	Pág.
Tabla 1. <i>Actos Legislativos reformativos de la Constitución de 1886</i>	39
Tabla 2. <i>Leyes y Decretos Reglamentarios que trataron la temática de la Libre Competencia durante la vigencia de la Constitución de 1886</i>	40
Tabla 3. <i>Leyes que trataron a partir de 1991, la disciplina del Derecho de la Competencia</i>	46
Tabla 4. <i>Decretos que trataron a partir de 1991, la disciplina del Derecho de la Competencia</i> . .51	
Tabla 5. <i>Panorama de subvenciones y ayudas al productor agrícola en Estados Unidos</i>	85
Tabla 6. <i>Panorama de exenciones legislativas al régimen antimonopolios estadounidense</i>	92
Tabla 7. <i>Otras inmunidades en materia de exportaciones y asociaciones de exportadores</i>	95
Tabla 8. <i>Análisis del cumplimiento del Criterio de Eficiencia Paretiana en los regímenes de competencia de Colombia y EEUU</i>	129

Lista de figuras

Pág.

Figura 1. Autoridades encargadas de la protección de la libre competencia en EEUU.32

1. Capítulo I: derecho de la competencia desde el análisis económico del derecho

Los actos económicos o, como lo manifestara en su época el maestro italiano Francesco Carnelutti, la forma en que los hombres tienden a satisfacer sus necesidades diarias son únicas, pero no son suficientes para darle un orden a la sociedad; es por ello que han evolucionado y se han convertido en derecho, adecuándose a los fenómenos económicos vivenciados; en este sentido, el legislador ha diseñado normas que realizan la observancia de aquellos actos.

Con todo ello, el avance constante de la sociedad ha provocado que la realidad a la que debe enfrentarse el individuo resulte cada vez más compleja, más aún en un ámbito donde el hombre toma constantemente decisiones acordes con pautas necesarias para la sana coexistencia con sus semejantes, su racionalidad personal y el ánimo constante de maximizar su bienestar particular.

En este sentido, la economía ha utilizado el concepto moderno de hombre como un sujeto racional y maximizador de su interés propio, y por su parte, el Derecho ha llevado consigo el establecimiento por parte del Estado de mecanismos coercitivos que logran conciliar dicha maximización de intereses particulares con los intereses colectivos, de tal manera que se generen escenarios de bienestar social con beneficios para todos los partícipes del juego de las relaciones sociales. Estos conceptos son parte de la filosofía del interés particular, producto del naciente liberalismo que dio cimientos a la formación del Estado de Derecho y de la importancia de los derechos de propiedad y libertad para el ejercicio de la autonomía privada junto con los principios de la responsabilidad, los cuales dan rienda suelta al desarrollo económico.

No es la benevolencia del carnicero, del cervecero o del panadero la que nos procura el alimento, sino la consideración de su propio interés. No invocamos sus sentimientos humanitarios sino su egoísmo; ni les hablamos de nuestras necesidades, sino de sus ventajas (Smith, 1794, 23).

Si bien por todos es conocido como, desde el 1700 a.C con el Código de Hammurabi, ya se estipulaban reglas en materia de intereses y salarios, de igual forma en el Código de Shulgi (2000 a.C.) la idea de restablecimiento de la justicia implicaba cambios en la situación económica de las personas (Lara y Lara, 1994:49), de allí que por largo tiempo se haya venido evidenciando una clara repercusión del sistema jurídico sobre el ámbito económico, efecto que se da en un doble sentido. Sin embargo, solo fue hasta Adam Smith que se formuló de manera sistemática la importancia del derecho para el funcionamiento del mercado: “La ventaja de Adam Smith fue su visión “global” del mecanismo de mercado que tiene implícito un marco jurídico...Pudieron explicar con más precisión los efectos económicos de los cambios en la legislación” (Cachanosky, s.f., 5)

La importancia recíproca del derecho y la economía ha sido constante y ha evolucionado de manera vertiginosa, por lo que los estudios económicos se interrelacionaron con los campos del estudio de las ciencias jurídicas¹, y fue cuando debido a la necesidad del establecimiento de normas jurídicas para regular la actividad económica, se dio origen a una rama especializada en el derecho: el Derecho Económico.

El derecho económico está conformado por un conjunto de principios y normas que intentan formular y evaluar regulaciones para los sujetos o agentes económicos, la organización, disciplina y control de las actividades económicas por parte del Estado, esto es, *la ordenación jurídica de la economía*².

¹ Para mayor detalle sobre los antecedentes jurídicos, filosóficos y económicos que sustentan la interrelación entre economía y derecho se recomienda ver: Núñez Trujillo, José Antonio. “Antecedentes y principios fundamentales del Análisis económico de la ley”, en Colección de Derecho Económico: homenaje a Enrique Low Murtra. Universidad Externado de Colombia, vol. II, julio de 2000.

² El término *Economía* se utilizó originariamente para referirlo a la recta administración de la casa o hacienda familiar (Suarez, 1992). La economía es así concebida como una parte de la praxeología o ciencia de la acción humana. En “Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa”, Pascual y Vicente J. Civitas Ediciones, S.L. España, 2002. p 201.

P.J. Proudhon utilizó explícitamente la expresión “*derecho económico*” para referirse a aquella rama del derecho cuyo objetivo era resolver las contradicciones de la vida social, por la vía de una conciliación universal, la cual no podía realizarse sin una completa reorganización de la sociedad. Para Proudhon ni el derecho público ni el privado podían alcanzar este objetivo, por lo que era el derecho económico como complemento del derecho público y el derecho civil, quien debía esforzarse por mantener la justicia social (Jacquemin y Schrans, 1974,7) en los mercados económicos (Núñez, 2000).

Como parte del derecho económico se ha valorado la competencia entre empresas como un valor en sí mismo para promover el bienestar general de la sociedad; puesto que si existe competencia entre empresas se incentivará la innovación entre ellas para ganar compradores y de la misma forma se ofrecerán mejores productos a más bajos precios; la ausencia de libre competencia significa la prevalencia de un solo o muy pocos oferentes en el mercado y con ello el abuso de su posición dominante y la disminución del bienestar.

Ese sentido económico se ha transmitido a la norma jurídica y es por ello que el *Derecho de la Competencia* se presenta como un instrumento para ordenar los mercados, sancionando las prácticas mercantiles anticompetitivas que atentan contra la libre competencia y aquellas conductas desleales que comportan actos reprochables en el mercado, lo que visto bajo la lupa de un contexto mundial globalizante y las relaciones de cada individuo con la ley que lo gobierna, conduce al necesario cuestionamiento sobre al menos los siguientes puntos: *¿Es eficiente el marco normativo para promover la libre competencia económica? ¿Puede una ley generar la mejor asignación de recursos en una sociedad? ¿Cómo interactúa el régimen legal de la competencia de un país con los procesos de integración comercial que aquél suscriba?*

El análisis de los cuestionamientos descritos se enfocan en explorar las consecuencias de la influencia existente entre el derecho y la economía y de que el hombre sea un maximizador racional

de sus fines, por lo que sus comportamientos siempre tiendan a responder a los incentivos o desincentivos generados por la ley. Aterrizando en la realidad anterior, el trabajo investigativo que se presenta quiere responder a la pregunta respecto de *¿cómo interactúa el régimen legal de la competencia en Colombia con el TLC suscrito con Estados Unidos? Un análisis del caso del sector agrícola.*

Para dar alcance a la pregunta, la investigación partió del paradigma teórico impuesto por el *Realismo Jurídico Norteamericano*, cuyo apogeo se dio en la primera mitad del siglo XX. Dado que el realismo se presenta como una corriente jurídica con inspiración pragmática, formula y desarrolla sus ideas en torno a una concepción funcional o instrumental del Derecho, en oposición al formalismo y la jurisprudencia deductiva. En este contexto el paradigma es presentado como una interesante alternativa a los métodos propios de la dogmática jurídica.

Como doctrina filosófica, el realismo jurídico de doctrinantes como Oliver Wendell Holmes Jr.³ (1841-1935), Roscoe Pound (1870-1964), Jerome Frank (1884-1957), Karl Llewellyn (1893-1962), Max Radin (1880-1950), Robert L. Hale (1884-1969), Morris R. Cohen (1880-1947), y Félix S. Cohen (1907-1953) identifica el fin del derecho a la eficacia normativa, con la fuerza estatal o con la probabilidad asociada a las decisiones judiciales. Siendo lo anterior, para los que nos adscribimos a la *Escuela del Realismo*, el derecho no está formado sólo por enunciados con contenido ideal acerca de lo que es obligatorio, sino por las reglas realmente observadas por la sociedad o impuestas por la autoridad estatal. El denominado *real law* frente al *law of the books*,

³ En una de las obras fundacionales del realismo, *The Path of the Law* (1897), Oliver Wendell Holmes, magistrado de la corte suprema de los Estados Unidos, acusaba de falaz la imagen formalista del derecho: “La falacia a la que me refiero es la noción según la cual la lógica es el único factor que opera en el derecho (...) El peligro al que aludo consiste (...) en la afirmación según la cual un sistema jurídico como el nuestro puede ser derivado, como la matemática, de un conjunto general de axiomas de conducta. Este es el error natural de las teorías, pero no está confiando a ellas”.

que en el contexto económico mundial y los cambios sociales del siglo XX pone sobre la mesa la insuficiencia de los métodos dogmáticos para adaptarse a la creación y aplicación del derecho.

El realismo jurídico logra de esta manera cuestionar los cimientos fundamentales de la concepción del derecho como determinado-completo y la función judicial como una actividad meramente declarativa, como una simple operación lógico-deductiva esencialmente mecánica, contribuyendo inexorablemente a la adopción de un criterio proactivo de la práctica jurídica, cuya fuerza creadora no se agota en la adecuación de la conducta a la norma, sino que principalmente influye en el carácter modificador de la realidad, en la cual la decisión judicial y el derecho intervienen.

Con aportes importantes de Karl Llewellyn y Félix Cohen, el realismo toca los cimientos de la teoría jurídica dominante que había impuesto una separación entre la creación del derecho (de competencia del legislador) y la aplicación del mismo (de competencia del juez); más tarde se asiste en el medio anglosajón, al nacimiento de una pluralidad de corrientes críticas a partir de los años sesenta que heredaron del *realismo* la actitud escéptica frente al derecho y la adjudicación, complementándola con una denuncia contra el papel de estos en la conservación de las desigualdades sociales. Encontramos por ejemplo, a finales de los años 50 y comienzos del 60 la sociología del derecho contemporánea de los EEUU (dentro del movimiento conocido como Derecho y Sociedad- *Law and Society*), corriente intelectual interdisciplinaria cuyo propósito inicial fue aplicar los métodos de investigación de las ciencias sociales para indagar con escepticismo entre otras cosas, lo que realmente se encontraba detrás de la creación de la ley y de la producción de sentencias⁴. De la misma manera, a mediados de los 70 apareció en escenario el

⁴ Tal como lo afirma Trubek y Esser, el realismo jurídico se encuentra en el origen de las teorías del conocimiento y del derecho alrededor de las cuales el movimiento de Derecho y Sociedad tomó forma. David Trubek y John Esser. "Critical Empiricism" and "American Critical Legal Studies: Paradox, Program or Pandora's Box?" en: Christian

movimiento de los estudios críticos del derecho (*Critical Legal Studies*), que reivindicó su conexión con el realismo jurídico.

Detrás de este telón aparecen autores como Duncan Kennedy, adscrito a la corriente de los ya citados *estudios críticos*, quien presenta su posición alrededor de la idea de que el derecho privado está inspirado en dos corrientes éticas, políticas y económicas opuestas: el individualismo y el altruismo. En torno a este punto, expresa que muchas de las instituciones del derecho privado responden a una lógica claramente individualista que privilegia el valor de la autonomía de la voluntad privada, y en este sentido el derecho debe limitarse a satisfacer únicamente dos fines: 1. asegurar una esfera de total libertad para cada individuo (ejercida sobre los bienes que jurídicamente le pertenecen), y de otra parte, prever reglas precisas para los intercambios entre los individuos. En una esfera cuya dinámica está fundada en la iniciativa privada y en la competencia libre entre los individuos para alcanzar sus intereses particulares, esta corriente ideológica induciría a que el derecho dejara intactos los resultados de este juego de libre intercambio, restringiéndose a establecer las reglas mínimas de dicho juego en los ámbitos que le han sido señalados⁵, y es allí donde encuentra arribo las tesis de variados autores adscritos a la escuela del Análisis Económico del Derecho (AED), en sus inicios.⁶

La teoría sustantiva del análisis económico del derecho (en adelante AED), de la mano de Posner y suscrita en el paradigma realista, se presenta como una metodología que busca apoyar la construcción de reglas de juego que propicien juegos cooperativos, en donde se contemple la idea

Joerges y David Trubek (edit.). *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden- Baden. Nomos, 1989, 110.

⁵ Para mayor profundidad sobre este tema, véase a Kennedy D. "Form and Substance in Private Law Adjudication" p. 1713.

⁶ La historia del AED se remonta a los años 60, donde en una primera etapa, de acuerdo al Juez Richard Posner, el trabajo se limitó al análisis de los casos antitrust. El viejo análisis económico del derecho era casi sinónimo del análisis económico del derecho contra los monopolios. "El análisis económico del Derecho". Posner R. (1992, p14).

de los costos del funcionamiento de esas reglas, esto es, que “al estudiar y elegir entre arreglos sociales debemos considerar el efecto total”⁷ generado por las mismas.

Como bien lo señala Richard Posner, antes de la década de 1960 el AED:

(...) era casi sinónimo del análisis económico del derecho contra los monopolios, aunque había algunos trabajos económicos sobre el derecho fiscal (Henry Simons), el derecho corporativo (Henry Manne) y la regulación de los servicios públicos y transportes colectivos (Ronald Coase et al)”⁸, sin embargo más adelante aparece un nuevo AED, más contemporáneo que “se expandió a las áreas más tradicionales del mismo, como la propiedad, los contratos, los ilícitos culposos, el derecho penal, el procesal penal, y el derecho constitucional. (COOTER y ULEN, 2002, 12).

En la historia del AED Richard Posner distingue tres grandes etapas⁹: una primera, hasta los años sesenta, en la cual el trabajo prácticamente se limitó al análisis de los casos anti-trust, en la que tuvo un importante reflejo la tradición de la Escuela de Chicago en la defensa de los mercados, viéndose el fenómeno del monopolio como algo ocasional, inestable y transitorio; como una posible deformación del mercado que sería corregida por las presiones de la competencia; una segunda etapa se habría iniciado con los artículos: “*El problema del Coste Social*” de Ronald Coase (1960) y “*Algunas reflexiones sobre la distribución de riesgos y la Ley de Agravios*” de

⁷ Ronald Coase describe de esta manera la metodología del análisis económico del derecho en el Problema del Coste social en la Empresa, el Mercado y la Ley.

⁸ POSNER, Richard. El análisis económico del Derecho”. 1º Edición en Español, México, Fondo de cultura económica, 1998. p. 27.

⁹ Sin embargo, para Nicholas Mercurio y Steven Medema (1997), el acercamiento académico entre los abogados y los economistas se habría iniciado varios años antes, hacia el año 1930, cuando en la Escuela de Leyes de la Universidad de Chicago se estableció un programa interdisciplinario de estudios legales que incluía cursos de economía y contabilidad, nombrándose a dos economistas, Henry Simons y Aaron Director, como profesores. Gracias a un proyecto de investigación para «estudiar el marco legal e institucional apropiado para un sistema efectivo de competencia», y el posterior establecimiento del primer programa formal de estudios en economía y derecho y, por último, la fundación del Journal of Law and Economics, se acabaría de consolidar la naciente disciplina del AED en este prestigioso centro académico.

Guido Calabresi (1961), cuyos criterios analíticos se dirigieron hacia la asignación de derechos de propiedad y responsabilidad civil, manteniendo el foco de la empresa y la maximización de beneficios. La tercera etapa fue influida por los estudios de Gary Becker en la década de 1970, los cuales giraban en torno de “(...) los delitos, la discriminación racial, el matrimonio y el divorcio” (Posner, 1998, 27), con lo que se incluye en esta área un nuevo foco: el individuo.¹⁰

Acogiendo la teoría general exteriorizada por la escuela del AED, la presente investigación aboga por la idea de examinar la eficiencia de las reglas jurídicas, sin desconocer la importancia de valores jurídicos fundamentales como la equidad y la justicia, por lo que se aplicará el concepto económico de eficiencia en el contexto jurídico escogido.

La Competencia como acepción bastante singular en el Diccionario de la Real Academia es entendida como la “*disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre alguna cosa*”; sin embargo, en la dimensión económica la competencia posee un adicional y hace referencia a una cuestión ciertamente más compleja, gracias a que incluye a la eficiencia que se procura en la asignación de los escasos recursos de la sociedad, al movilizar a todo el que quiera mejorar, para que ofrezca los bienes o servicios con la mayor calidad y el menor coste, es decir, usando en la menor medida posible de esos recursos escasos de la sociedad (PASCUAL Y VIENTE, 2002, p141). En este último sentido, la competencia deviene como consustancial en el proceso del mercado, de allí que ocupe el papel de regulador de la actividad económica que se deriva de las preferencias expresadas, a través de las decisiones individuales de los productores y consumidores en el mercado (XIV Informe de la Comisión Europea sobre la Política de Competencia, 1984, p11-12.).

En una situación de libre mercado se esperaría que todos los participantes pudieran concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer sus bienes y servicios y formar una clientela,

¹⁰ A este tipo de estudios en el AED se le conoce como estudios de no mercado.

sin embargo se presentan situaciones en las que hay distorsiones en el comercio y la competencia, sea por que un solo vendedor tiene derechos exclusivos sobre el mercado, sea porque se producen acuerdos entre empresas para impedir, restringir o falsear la competencia, o porque se presentan barreras gubernamentales que restringen el comercio y la libertad de competir (barreras no arancelarias como: subsidios o ayudas estatales, cuotas a la importación, el boicoteo y las medidas antidumping que desestimulan el acceso competitivo al mercado), y es allí donde estas situaciones se oponen al ideal de competencia perfecta, ocasionando algunas de las más importantes exclusiones a la libre posibilidad de competir y convirtiéndose en los más graves mecanismos distorsionadores del mercado y la competencia.

A priori se podría deducir de acuerdo a estudios de AED realizados por el Juez POSNER en Estados Unidos, que las medidas de proteccionismo (aplicadas especialmente en el sector agrícola) se justifican en ese país siempre y cuando se logre la maximización del bienestar nacional, medido en la mejora de las partes en el mercado (mejora de consumidores y productores al mismo tiempo). Se espera analizar en este sentido la interacción del derecho de la competencia en Colombia con el TLC suscrito con EEUU, habida cuenta de la existencia de dos regímenes legales diferentes, los cuales se hallan inmersos en el Tratado de libre comercio suscrito por las partes, utilizando para ello las herramientas proporcionadas por la metodología del AED.

Con el ánimo de ampliar las ideas presentadas en este primer capítulo, la tesis que se deja a consideración se estructura así: inicialmente se abordará el estudio de los antecedentes históricos del derecho de la competencia en Estados Unidos y Colombia, como parte integrante del derecho económico, para conocer su contexto y evolución normativa (capítulo II). Las políticas de competencia, prácticas comerciales restrictivas (acuerdos anticompetitivos, integraciones empresariales, abuso de la posición dominante), prácticas desleales, otras distorsiones (como excepciones, exenciones, inmunidades, regímenes sectoriales) y la institucionalidad de las

autoridades de competencia en ambos países, hacen parte del capítulo III. Para el logro del objetivo de éste capítulo, en su desarrollo se partirá de lo general, para ir aterrizando en las cuestiones específicas del sector agrícola.

El centro de atención en el capítulo IV es el análisis descriptivo sobre el capítulo XIII del tratado de libre comercio suscrito por Colombia y Estados Unidos, el cual establece el marco de reglas que en materia de competencia entraron a regir las relaciones entre ambos países; lo anterior, aunado al estudio presentado en los capítulos anteriores, contribuirá a dilucidar la forma en que interactúan los diversos regímenes legales que se relacionan bajo este contexto, dadas las normativas disímiles. Teniendo en cuenta la situación anterior, y a la luz del criterio de eficiencia económica de Pareto, se presentará una propuesta para lograr una mayor eficiencia, a partir de reglas que permitan alcanzar situaciones más deseables para las partes. Finalmente las conclusiones del tema.

2. Capítulo II. Antecedentes históricos del derecho de la competencia en Estados Unidos y Colombia

2.1 Contexto del surgimiento del Derecho de la Competencia en Estados Unidos

El Derecho de la competencia, como rama del derecho económico, también conocido como derecho *antitrust*, tuvo sus raíces en la Norteamérica de finales del siglo XIX¹¹, período a partir del cual comienza un largo camino que aún hoy no está consumado, convirtiéndose en un cuerpo

¹¹ Si bien se suele considerar a los Estados Unidos como el país pionero en la materia, cabe mencionar como curiosidad histórica, que, en rigor, el primer país en dotarse de una legislación de competencia fue Canadá, que se anticipó en algunos meses a su vecino (1880). Para mayor profundidad puede consultarse a Ortiz, González, Ibáñez, Lamadrid, en el texto: Manual de Derecho de la Competencia. (2008,19)

conceptual y normativo con relevancia jurídica y directos efectos en los fenómenos económicos, de carácter progresivo y casi ecuménico (Ortiz, González, Ibáñez, Lamadrid, 2006).

En el período referenciado, Estados Unidos (en adelante EE.UU) vivió una economía bastante peculiar¹², inmerso en una sociedad altamente proteccionista colmada de monopolios y conglomerados industriales que lideraron soberanamente el mercado; era normal, por ejemplo, encontrar industrias como la *Estándar Oil* de John D. Rockefeller, que disfrutó por varios años un monopolio de facto en la distribución de productos refinados del petróleo, entre otras grandes compañías que acaparaban hábilmente el mercado, originando un crecimiento exorbitante de la economía del país gracias a comportamientos afianzados por las mismas prácticas mercantiles de la época, que ponían en desventaja a pequeñas y medianas empresas del sector.

EE.UU viviría para este siglo un acelerado crecimiento,¹³ como efecto de la revolución industrial y la acelerada innovación tecnológica, que le traería innumerables avances tanto económicos como políticos y sociales. Dentro de los personajes más importantes de la industria estadounidense de finales del siglo XIX podemos mencionar a: Cornelius Vanderbilt,¹⁴ cuya fortuna hecha gracias al transporte mediante barcos y ferrocarriles representó grandes ventajas económicas, no sólo para el “Comodoro” sino para el país; Thomas Edison, inventor de la luz eléctrica, la bombilla y el gramófono; J.P Morgan (banquero); Henry Ford (fundador de la

¹² La difícil coexistencia de los Estados esclavistas del Sur con los Estados antiesclavistas del norte (Demócratas-Republicanos) facilitó el camino hacia una guerra civil. Se dice que entre la guerra civil y el año 1890 operaban en el territorio estadounidense innumerables acuerdos económicos (en inglés, *corporate trust*) y carteles de precios (en inglés, *pooling arrangements*) que controlaban toda la economía del país. EEUU vivió un sorprendente crecimiento económico acelerado por la llamada Guerra civil o Guerra de Secesión.

¹³ En aquellos tiempos se podía observar una rápida expansión económica, cuyas principales causas habían sido la población de los enormes territorios vacíos del Oeste, la construcción de ferrocarriles y nuevas fábricas que tenían que responder a las necesidades de los granjeros y la sociedad contemporánea. Como es sabido, el crecimiento celer de la economía en la mayoría de los casos es seguido por depresiones periódicas, excesos de producción y cambios rápidos en la estructura del mercado.

¹⁴ Cornelius Vanderbilt más conocido como “El Comodoro” tuvo una gran fortuna gracias a la industria del transporte utilizando barcos y ferrocarriles.

Compañía Ford Motor Company), quién se convertiría en uno de los personajes con mayor poder económico del mundo, gracias a la venta de sus vehículos con la innovadora tecnología mecánica empleada; entre otros personajes que aprovecharon el auge del capitalismo para construir grandes monumentos empresariales, de acuerdo con Killick, “No había en aquella época ninguna otra actividad que ofreciera tantas oportunidades de poder, creatividad y lucro” (Killick, 1977, 142). El escenario anterior abriría paso al desarrollo industrial de una de las más grandes potencias económicas del mundo.

Durante esta génesis histórica, el Estado permanecería ciertamente ajeno a intromisiones en la actividad económica, debido en parte, a la debilidad que generaba su mediación en la esfera privada, el raquitismo de sus controles y su compromiso de *laissez faire*, situación que facilitó la aparición de grandes conglomerados empresariales, acuerdos económicos (*Corporate Trusts*), y carteles de precios (*Pooling Arrangements*)¹⁵ (Miranda, 2011) los cuales conllevaron a un especial auge económico y al desarrollo tecnológico.

Pese a lo anterior, y a que los nuevos conglomerados empezaron a facilitar el acceso a bienes, servicios, riquezas y poder, éstos fueron percibidos como un peligro para la democracia y la economía de la industria, en tanto que comenzaría una nueva era para aquellos que deseaban ensañarse en las llamadas *competencias ruinosas*¹⁶, las cuales tendrían surgimiento en la época.

¹⁵ 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*.

¹⁶ De acuerdo al economista George T. Brown, las empresas que competían hacia el año 1819 contra la *Gas Light Company* de Baltimore (USA), estaban expuestas a una *competencia ruinosa*, al intentar rivalizar con un monopolio que ganaba en el mercado, ejerciendo influencias (*lobbying*) en las autoridades estatales y locales, para evitar que se les concediera el carácter legal formalizado a todos sus competidores.

Hacia 1914 la riqueza de los EE.UU había crecido extraordinariamente, que ya comprendía la totalidad del equipamiento requerido por una sociedad industrial moderna: con viviendas, fábricas, oficinas, escuelas, minas, explotaciones agrícolas, ferrocarriles, maquinaria, bienes de consumo, ganadería, reservas de alimentos, equipo para el comercio, moneda, tierras y bosques en abundancia¹⁷.

Toda esta avalancha de industrialización trajo consigo nuevas oportunidades creativas en la empresa, y el volumen de las nuevas transacciones, hacían de éste un mercado de capitales altamente apetecido, por lo cual se hizo necesaria la especialización de ciertas profesiones, aunado a la aparición de instituciones que conservaran el equilibrio de las oportunidades económicas.

Sucedió entonces que la Corte Suprema y el Congreso comenzaron a realizar esfuerzos por determinar las prácticas resultaban en desmedro de la sana democratización del comercio, la competencia y la industria, identificando el hecho de que las mismas llevarían al colapso económico y al desequilibrio comercial para muchos pequeños y medianos competidores que estaban en condiciones de ingresar al mercado de bienes y servicios de aquella reverdeciente época. Ejemplo de ello es el caso de la *Standard Oil*, (uno de los más grandes monopolios consolidados).

El momento de detener las prácticas restrictivas de la Estándar Oil había de llegar cuando la Corte Suprema en el año 1911 declaró que su conducta se acogía a comportamientos no deseables en términos comerciales, por lo cual se exigió su desmembración inmediata. Gracias a ello el complejo económico se dividió en 34 empresas independientes¹⁸.

¹⁷ De acuerdo a Antonio Pérez Omister en su libro *Los Iluminados de Lucifer* “(...) La segunda revolución Industrial y el desarrollo económico mundial del siglo XIX alcanzaron su cénit en 1914” (S.f, 14, #4)

¹⁸ Dos de estas nuevas compañías fueron la *Jersey Standard* (antigua *Standard Oil Company of Nueva Jersey*), que finalmente se convirtió en la [Exxon](#), y la *Socony-Vacuum Oil Company* (antigua *Standard Oil Company of Nueva York*), que años después se transformaría en la empresa *Mobil*.

Es así, como las diversas peculiaridades socioeconómicas y políticas en los EE.UU constituyeron la génesis que impulsó el nacimiento del llamado *Derecho Antitrust*, que aunado a los movimientos obreros en pro de la protección de los derechos laborales, ocasionaron un enérgico cambio en la dirección económica y competitiva de todo el país.

2.2 Desarrollo del derecho de la competencia en EEUU.

El derecho *antitrust* aparece en Estados Unidos hacia el año 1890, cuando el legislador da cuenta de la necesidad de intervenir en el comercio para limitar o prohibir la excesiva liberalidad de comportamientos y pactos empresariales que estaban causando que el comercio se saliera de lo probo para entrar en terrenos pedregosos y desequilibrados; su función comienza con la adopción de diferentes legislaciones,¹⁹ entre ellas la llamada *Sherman Act* del 02 de julio de ese mismo año, que declaró ilegal “todo contrato, asociación en forma de trust u otra índole que restringiera el tráfico mercantil o el comercio entre varios Estados o con naciones extranjeras”(Sherman Act, 1890)²⁰. Así mismo, se pueden mencionar importantes legislaciones como la *Clayton Act*, la *Federal Trade Commission Act*, la *National Industrial Recovery Act –NIRA*, entre otras.

En este punto hay que resaltar que la legislación preventiva contra la aparición y permanencia de los monopolios en EE.UU estuvo compuesta en sus inicios por el *Common Law*, situación que resultó ineficaz frente a la aparición de novedosas asociaciones y grandes unidades empresariales que venían estableciendo libremente acuerdos para la repartición de mercado y la asignación de

¹⁹ Según académicos como Thomas J. Dilozenzo (profesor de economía de Loyola College y representante contemporáneo de la escuela austriaca de economía, la normativa *antitrust* de EE.UU. habría sido impulsada por grupos de interés que buscaban protegerse de las compañías que crecían rápidamente y lograban ofrecer precios bajos gracias a las economías de escala que alcanzaban (Miranda y Gutiérrez, 2006, 281).

²⁰ Según la Escuela Austriaca, la Ley Sherman no se expidió para promover la libre competencia sino que constituye un mecanismo proteccionista que algunos sectores empresariales lograron establecer, con el fin de protegerse de aquellas empresas capaces de competir agresivamente en el mercado (Thomas, 2003).

precios, a través de pactos colusorios que perjudicaban la libre competencia. Al respecto, la judicialización de la mayoría de casos bajo el sistema del *Common law* encontraba una gran limitación, conforme a que las normas existentes estaban circunscritas al Estado que las había promulgado, y en su mayoría los casos traspasaban las fronteras territoriales, excediendo en sus efectos los límites de actuación de cada Estado, por lo cual se hacía ciertamente ineficaz el derecho común-consuetudinario.

Fue necesario entonces que el gobierno federal se ocupara del asunto, y es así que en 1890 sancionó el *Sherman Act*, que con innumerables contendores finalmente salió avante, luego del impulso que con vehemencia diera ante el congreso el Senador John Sherman del Estado de Ohio.

Los argumentos presentados eran tan fuertes, que fue imposible no acotar para el país una legislación de éste talante. Una vez aprobada, el gremio mercantil de la época se encontró con un problema más; la legislación en sí misma no ofrecía la claridad y plenitud necesarias para contrarrestar las conductas para las cuales fue sancionada, dado que al no proveer una lista taxativa de prácticas prohibidas, se limitaba a presentar una serie de enunciados que señalaban de manera imprecisa y general la prohibición de realizar contratos, combinaciones empresariales y acuerdos que restringieran el desarrollo natural del comercio en Estados Unidos.

Con base en lo anterior, la ley no tuvo la acogida y aplicabilidad que hubiese esperado la sociedad americana, generando en su lugar diversas opiniones académicas que ponían en pie de duda la efectividad y claridad de los mandatos impuestos en ella, dado que la consideraban vaga, inusual y poco concreta, por lo que conllevaba serios inconformismos para su interpretación²¹ ,

²¹ Pocos economistas alabaron la ley Sherman como una herramienta útil para el control de la conducta comercial abusiva. Scherer (1989) relata las opiniones de los economistas de este tiempo que favorecieron la intervención antimonopolio.

aunado al hecho de que tampoco establecía un órgano especial encargado de investigar y aplicar la normativa.

Para algunos doctrinantes la sección 1º de la Ley Sherman constituyó un cuerpo normativo altamente complejo, que incluyendo mandatos de rango administrativo, sancionador, civil y penal, podría traducirse en perjuicios injustificados para los ciudadanos si se interpretaba de manera estrictamente literal, razón por la cual, tal como lo mencionan los doctrinantes Luis Ortiz Blanco, Jerónimo Maíllo González, Pablo Ibáñez Colomo y Alfonso Lamadrid de Pablo,

El papel de los magistrados del Tribunal Supremo Estadounidense en esta época fue sumamente complejo, al interpretar que el espíritu de la norma conllevaba a prohibir todo contrato, combinación o conspiración que restringiera el desarrollo del comercio de manera no razonable (2008, 21).

De acuerdo a los profesores Kovacic y Shapiro, debido su poca claridad, la Ley Sherman no condenaba per sé la existencia de monopolios, en cambio, crucial tarea analítica asumió la corte, quién debía definir la conducta que, unida con el poder de monopolio constituía una monopolización ilegal (1999, 3).

La anterior lectura puede extraerse de dos categorías confeccionadas gracias a la labor argumentativa y de alta discrecionalidad de las Cortes estadounidenses, quienes dada la amplitud que generó la Ley Sherman arribaron en técnicas como la de la Teoría Per sé (prácticas que por sí mismas violan la ley) y la Regla de lo razonable (*Rule of Reason*) en la resolución de los casos; gracias a ello cumplieron una importante labor de interpretación jurisprudencial.

En medio de este particular paisaje comercial y legislativo fue necesario complementar a la Sherman Act, y así se hizo. En el año 1914 se promulgó la *Clayton Act* y la *Federal Trade Commissions Act*, sumándose, a su vez, la labor de creación de un órgano administrativo encargado

de dar aplicación a las leyes antitrust: la Comisión Federal de Comercio, (en inglés *Federal Trade Commission*, en adelante *FTC*²²). Este órgano asumiría desde la fecha una misión crucial:

Responsabilizarse de garantizar mercados libres y abiertos en EE.UU, promover la sana competencia y asegurar el equilibrado acceso a bienes y servicios de calidad por parte del consumidor, labor sumamente avezada que estaba siendo solicitada a gritos por la sociedad consumista de la época²³ (Comisión Federal de Comercio).

La Ley Clayton se distingue de la Ley Sherman, porque denota un esfuerzo por predecir cualquier práctica o conducta que pudiera afectar la competencia o generar un monopolio; lo que terminó por simbolizar el objetivo claro que acuñó el derecho de la competencia: ser una normatividad esencialmente preventiva.

Teniendo en cuenta esa función preventiva, la Ley *Clayton* identificó con más precisión algunas prácticas restrictivas; sin embargo, éstas no estaban prohibidas en cuanto tal, sino en la medida en que afectaran la competencia.

La ley establecía una serie de mecanismos a favor de la competencia, entre ellos: la prohibición de la discriminación de precios consagrada en la sección dos (2). En la sección tres (3) se encuentra la prohibición que tienen las personas de ejercer cargos directivos entre empresas que compitieran entre sí. La sección siete (7) sobre la unificación de reglas de procedimiento en materia de investigaciones, a cargo de la Comisión Federal de Comercio (*FTC*). Finalmente, en la sección

²² En Estados Unidos la competencia se basa en los precios, la selección y el servicio. La competencia beneficia a los consumidores porque mantiene los precios bajos y una alta calidad y amplia variedad de bienes y servicios. Por medio de la ejecución de las leyes antimonopólicas, la *Federal Trade Commission* (FTC) ayuda a garantizar que nuestros mercados sean libres y abiertos. La FTC promueve la sana competencia y toma acción contra las prácticas comerciales anticompetitivas para asegurar que los consumidores puedan acceder a bienes y servicios de calidad y que los negocios puedan competir en base a los méritos de su trabajo (Comisión Federal de Comercio).

²³ La Comisión de Comercio (FTC) es la agencia nacional de protección del consumidor. La FTC trabaja para prevenir las prácticas comerciales fraudulentas, engañosas y desleales en el mercado.

ocho (8) se establece el control sobre las concentraciones de empresas, prohibiéndolas en la medida en que con ello se pudiera reducir sensiblemente la competencia o crear un monopolio.

Sobre su campo de acción debe tenerse en cuenta que la ley Clayton, no tenía en principio ningún alcance extraterritorial, constatando que limitaba su observancia únicamente al comercio de bienes y productos vendidos para el uso, consumo o reventa dentro del territorio estadounidense.

Por otra parte, la *Federal Trade Commissions Act* (1914) tuvo su origen en una decisión de la Corte Suprema en el año de 1911, en la que se precisó el alcance de las prohibiciones establecidas en la Ley Sherman. Por esta razón, el senado norteamericano vio la necesidad de crear un organismo que se encargara de vigilar los métodos de competencia desleal que afectaran la competencia. Gracias a la cláusula *Interstate Commerce* que otorgó ciertas facultades al Congreso de la Unión, entre ellas la regulación del comercio entre los diferentes Estados, se adoptó el 26 de septiembre de 1914 la Ley que establece la Comisión Federal de Comercio (FTC) prohibiendo además las prácticas desleales. Respecto a ello, no puede olvidarse que años después (en 1938) el congreso promulgó la enmienda *Wheeler-Lea*, que otorgó facultades adicionales a la FTC, entre ellas, la de velar por la protección de los consumidores, de conformidad a las disposiciones que sancionan las prácticas o conductas desleales, siempre y cuando las restricciones no fuesen compensadas por un beneficio mayor para los consumidores o para la competencia.

Corolario a lo anterior, cabe decir que la Ley de la Comisión Federal de Comercio facultó a la FTC para entre otras cosas: (a) prevenir los métodos desleales de competencia y actos o prácticas desleales o fraudulentas en el comercio; (b) obtener una reparación monetaria y otra compensación por conducta perjudicial para los consumidores; (c) establecer la normativa que regula el comercio y definir con especificidad actos o prácticas que sean injustas o engañosas, y el establecimiento de normas establecidas para prevenir tales actos o prácticas; (d) llevar a cabo investigaciones

relacionadas con la organización, los negocios, las prácticas y la gestión de las entidades que participan en el comercio; y (e) realizar informes y recomendaciones legislativas al Congreso.

Con posterioridad a la crisis de 1929 surgió la llamada Ley de Recuperación de la Industria Nacional (*National Industrial Recovery Act* –NIR. 1933), que en medio de un período de aturdimiento social, político y económico ordenó suspender temporalmente la normativa de protección a la competencia, dando paso a comportamientos recuperatorios de la crisis; los que en últimas constituían prácticas anticompetitivas; la ley fue abolida y declarada inconstitucional hacia 1935.

A partir de este momento, comenzó a ampliarse la reglamentación antitrust y a poner en práctica de nuevo las leyes antimonopolio. El país comenzó a aunar esfuerzos en la lucha por superar la crisis económica y financiera que trajo consigo su participación en la primera guerra mundial (1914) y los efectos de la gran depresión de 1929; mejorar sus políticas de competencia y castigar todo tipo de acuerdos que restringieran, monopolizaran o trataran de controlar la economía hacían parte de sus objetivos más contundentes.

Las fuertes políticas de competencia se ven reflejadas en numerosos fallos de la Corte Suprema de Justicia contra la fijación de precios y las numerosas concentraciones, en donde utilizando la técnica conocida como *regla per sé*, se sancionaban todas las conductas anticompetitivas, independiente de si tenían efectos o no en el mercado. Ejemplos de aplicación de la teoría *per sé* pueden encontrarse en fallos como el de *United States vs. Socony-Vacuum Oil Co.* (1940) e *Interstate Circuit, Inc. vs. United States* (1939), donde la Corte declaró probados los acuerdos anticompetitivos sin que existiera una evidencia directa de ellos y sin asumir completamente la carga probatoria de los mismos (Miranda, Rodríguez, 2006).

Aún con todo ello, la historia puso en evidencia que a medida que avanzaba el período de la segunda posguerra, y Estados Unidos salía de la crisis económica, éste aprovechaba un momento

decisivo para impulsar la economía a niveles sin precedentes en el país, gracias al direccionamiento de sus industrias hacia mercados nacionales e internacionales, lo que las llevó a un apogeo económico que finalmente los beneficiaría enormemente.

Fue así, que en esta época la regulación en materia de competencia comenzó a recibir un re-direccionamiento hacia nuevas técnicas de interpretación, que, siendo apoyadas por economistas de la Escuela de Chicago, implicaban la aplicación de un nuevo enfoque en la resolución de los casos, conocido como el *Criterio de la Eficiencia*.

De acuerdo al profesor Gutiérrez:

Con la influencia de la nueva Escuela de Chicago, las cortes de EE.UU. comenzaron a tener en cuenta la eficiencia creada por la conducta realizada, comenzándose a aceptar conductas que, aunque anticompetitivas creaban eficiencias benéficas para los consumidores. El objetivo principal de las leyes antimonopolio se transformó: ahora se buscaría el bienestar del consumidor (2003, 294).

Lo anterior significó para inconformismo de muchos, que la regla per sé debía empezar a cederle el paso a la nueva *regla de la razón*, la cual autorizaba al juez de la causa a establecer el balance económico de ciertas conductas, para así poder examinar de una forma más precisa los efectos anticompetitivos de la misma. La regla de la razón, conocida en tierras norteamericanas como la *Rule Of Reason* tuvo como fin plantear una alternativa al principio de prohibición, al establecer que al juez le correspondía en su labor evaluar los efectos económicos de las restricciones del comercio, y su real impacto en la competencia (Gutiérrez, 2003). La nueva regla traía consigo un *test de significación competitiva y eficiencia económica*, el cual se encaminaba a realizar un análisis económico de la influencia de la conducta sobre la competencia.

A este respecto, importantes abogados amantes de la economía de la Escuela de Chicago,²⁴ en sus análisis han cuestionado las reglas de ilegalidad per sé que la Corte Suprema había venido aplicando desde 1940 hasta 1972, sosteniendo que algunas conductas, como las restricciones verticales, era tan a menudo benignas o favorables a la competencia que los tribunales debían dotarlas de legalidad. Sobre ello es de resaltar, que el análisis económico del derecho como teoría genuina de la Universidad de Chicago, constituye una de las mejores representaciones jurídicas del nuevo pensamiento estadounidense tal como se presentaba en el capítulo I, en éste campo, y tiene hoy por hoy una especial aplicación en el estudio y resolución de casos por conductas anticompetitivas, especialmente en lo que atiende a las integraciones empresariales y los cárteles. (Kovacic y Shapiro, 1999).

Hoy en día la FTC y el Departamento de Justicia siguen promoviendo en Estados Unidos la sana competencia, tomando acciones contra las prácticas comerciales anticompetitivas que pudieran perjudicar al consumidor, a través de aumentos de precios, menor calidad u opciones de bienes y servicios (Comisión Federal de Comercio).

2.2.1 Autoridades encargadas de proteger la libre competencia en EEUU

Es importante resaltar que Estados Unidos cuenta con diversas organizaciones encargadas de investigar y combatir las violaciones del derecho de la competencia. En este sentido, la aplicación de las leyes antimonopolio depende de la actividad de dos organismos diferentes: por una parte la *División Antimonopolística del Departamento de Justicia (Antitrust Division of the Department of Justice)*, y por otra, la *Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission)*.

²⁴Como Posner y Ehrlich en “An Economic Analysis of Legal Rulemaking in The Journal of Legal Studies”. (1974, 257-286).

La División Antimonopolística del Departamento de Justicia tiene a su cargo, junto con los fiscales de los Estados Unidos, la responsabilidad de velar por la aplicación de las leyes antimonopolísticas a nivel Federal, con facultades exclusivas en materia penal, derivadas de la Ley Sherman en sus secciones 1, 2 y 3; de la Ley Clayton sección 14 y de la Ley de la Comisión Federal de Comercio, sección 12. A su cargo está la responsabilidad de promover acciones civiles por violación a la Ley Sherman.

Por otra parte, la *Federal Trade Commission (FTC)*²⁵, también conocida como Comisión Federal de Comercio, es un organismo de carácter administrativo e independiente. Cumple labores complementarias a las del Ministerio de Justicia, frente a conductas anticompetitivas; en este sentido, comparte con el Departamento de Justicia, la facultad para iniciar acciones civiles bajo la Ley Clayton. Es el órgano principal encargado de la aplicación de la sección 5 de la Ley de la Comisión Federal de Comercio, que prohíbe prácticas de competencia desleal en el comercio y, divide sus actividades entre la aplicación de estas leyes y el manejo de la política de protección al consumidor.

Las decisiones tomadas por la FTC son apelables ante la Corte Federal de Apelaciones en Washington y la Corte Suprema de Estados Unidos. Cuando los fallos emitidos por esta no son cumplidos, la FTC podrá acudir ante los tribunales para solicitar la imposición de multas previstas en la ley, y la compensación a los afectados por el incumplimiento.

Dentro de las facultades del Departamento de Justicia y la FTC se resaltan las atribuciones exclusivas que en materia penal tiene el Departamento, mientras que comparte atribuciones con la

²⁵ La FTC cuenta con oficinas regionales en las principales ciudades de la Unión americana que apoyan sus investigaciones y elaboran las opiniones sobre la influencia de programas estatales y locales en materia de competencia, promoviendo, a su vez, capacitaciones públicas para acceder al conocimiento de las reglas generales de competencia.

FTC respecto de asuntos de naturaleza civil (como se mencionó anteriormente); de esta manera, ambas coordinan su trabajo mediante una concertación constante con miras a la no duplicación de las investigaciones; el intercambio de información entre ambas es reiterado, por lo cual cada una realiza sus investigaciones pertinentes, todo ello sin perjuicio de que el Departamento de Justicia pueda reservarse para sí ciertos casos en particular.

A continuación se presenta gráficamente a las autoridades encargadas:

Figura 1. Autoridades encargadas de la protección de la libre competencia en EEUU.

2.3 Desarrollo del Derecho de la Competencia en Colombia

2.3.1 Contexto dentro del cual surgió el Derecho de la Competencia

Al analizar el contexto que dio origen a la disciplina de derecho de la competencia en Colombia es necesario esbozar aquellas circunstancias que constituyen el marco de aparición de la práctica del comercio y el interés por el desarrollo económico con posterioridad a la lucha independista, las cuales propiciaron el surgimiento de importantes normativas en torno al derecho de la competencia.

Siendo lo anterior, se tienen registros de los primeros monopolios en América que datan del año 1503, fecha en la cual la *Casa de la Contratación Española*²⁶ implantaría una inquisición no solo religiosa sino fiscal y comercial, con lo que haría surgir un sistema comercial monopolista, que excluyendo toda competencia no permitía que se comercializara con ningún objeto que no fuera proveniente de España. Al respecto, la *Casa de Contratación* se constituye como el primer organismo fiscalizador del comercio de España en América, fungiendo además como tribunal civil en los asuntos de comercio. De lo visto, durante la época de la colonia²⁷ no se podía percibir aún los albores de la protección a la libre competencia, rasgos éstos que encontraríamos varios lustros más adelante²⁸.

Lograda la independencia de la metrópoli española se avizora la implementación lenta pero progresiva de novedosas regulaciones en materia económica, las cuales empezaron a evidenciarse en la Constitución Política de 1821. Así, tenemos que a partir de este año comienza la aparición de reglas mercantiles de carácter estatal, que para aquél momento comenzaban a equilibrar las relaciones mercantiles en el hemisferio sur de América. El proceso revolucionario de la independencia dejó varios sectores de la economía perjudicados, quizás uno de ellos haya sido el

²⁶ Con posterioridad a la conquista española, esta crea la *Casa de Contratación*, organismo fiscalizador del comercio de España en América, encargado del registro y control de los navíos que partían para América, el reclutamiento de colonos, el control de la inmigración al Nuevo Mundo y el envío de flotas hacia el extranjero.

²⁷ Durante toda la época en la que Colombia fue colonia de España, la materia mercantil estuvo regulada en compilaciones como: Las Siete Partidas, La Recopilación de Indias, y la Nueva Recopilación de Castilla, normativas que preservaban el poderío conquistador, impidiendo cualquier tipo de competencia. Hacia el año 1737 las actividades mercantiles eran regidas por las ordenanzas de Bilbao promulgadas desde 1560, las cuales gobernaban no sólo al reino sino a todas las colonias conquistadas; once lustros después se encontraba todavía la manifestación del poderío conquistador, gracias al *Consulado de Comercio* en Cartagena de Indias, erigido por la Real Cédula de 14 de junio de 1795, cuyo fin era tratar de mejorar al mejor estilo Español, la estructura económica impuesta.

²⁸ Conforme al humanista y literato José María Samper, en el capítulo VII de su *Ensayo sobre las Revoluciones Políticas y la Condición Social de las Repúblicas colombianas (hispano-americanas)*, para el oficio fiscal de la época era “escandalosamente herética toda pieza de indiana procedente de Inglaterra, toda barrica de vino de Burdeos y toda caja de fideos de Génova” (1945, Cap. 7, No. 2). Al decir del humanista: “la persecución fue implacable contra todo lo que no procedía de España; Vizcaya, Cádiz y Sevilla tuvieron el privilegio de proveer de todo a las colonias hispano—colombianas” (Samper, 1945, Cap. 7, #2).

de los empresarios de la agricultura y la ganadería (Gómez, 2003). Simón Bolívar mostró gran preocupación económica por la agricultura y el comercio, mediante la creación de las Juntas de Agricultura y Comercio, adoptando una política proteccionista para estas actividades, empero como lo demostrarían los hechos, todo intento por una economía moderna sería insuficiente para romper los patrones de las estructuras regionales de origen colonial (Gómez, 2003).

Es así, que desde el año 1830 y hasta 1844 con la política de adjudicación de tierras que generó una desigual distribución del territorio y aumento de la concentración de la tierra en el país, se generó un debate sobre el modelo que debería utilizarse para procurar el desarrollo de la economía. Inicialmente se propugnaba por un modelo proteccionista, acompañado de estímulos a la industria nacional; pero es a partir del año 1845 cuando se empieza a implementar lentamente el desarrollo del modelo de libre cambio (perviviendo hasta la década de los 80's del siglo XIX), con el cual se intentan cambiar las viejas estructuras coloniales, por nuevas prácticas más liberales. Productos importantes como el café, tabaco, la quina y el añil estuvieron en la base de la economía del país debido al gran auge de la exportación de agrícolas, lo cual trajo consigo la expansión acelerada de los ingresos de los propietarios de tierras y comerciantes, que veían atractivas oportunidades en el mercado internacional.

Mientras tanto, se avizora en 1853 el surgimiento del primer Código de Comercio colombiano²⁹, el cual derogó las Ordenanzas de Bilbao y la mayoría de las regulaciones procedentes de España. A partir de esta primera codificación interna y el aumento de las relaciones mercantiles en el ámbito nacional e internacional, comienza a verse en Colombia la necesidad de reglamentar disciplinas

²⁹ A mediados del siglo XIX el comercio colombiano había alcanzado un gran impulso gracias al ejercicio del comercio libre. El aumento de la actividad comercial y los litigios que empezaron a presentarse a raíz de estas prácticas, originaron el nacimiento de los primeros tribunales de comercio y la expedición de una nueva reglamentación sobre este tipo de asuntos, surgiendo entonces el código de comercio en 1853. Gobernado el país en su mayoría por el partido liberal, se adoptaron gran parte de los principios liberales de la época, expidiéndose bajo éste marco la Ley del 1º de junio de 1853, actual Código de Comercio de Colombia.

como la libre competencia, las cuales no aparecen reguladas sino hasta la segunda mitad del siglo XX.

Algunos de los productos agrícolas que tuvieron más auge en el ámbito de exportación agrícola fueron el café y el banano. Entre estos, el café introducido desde 1730 se consolida como el principal producto de exportación por el sólido crecimiento de la demanda mundial y la expansión de la producción parcelaria. Por su parte, la United Fruit Company quién gozaba del monopolio de la industria del banano y el ferrocarril en varios países de América, llegó a la república (a finales del siglo XIX) atraído por una serie de incentivos gubernamentales como concesiones de miles de hectáreas de tierras y eliminación de impuestos, lo que le facilitó una cadena de ventajas en el comercio de la fruta y un papel preponderante frente a sus competidores. Empero lo anterior, hechos como la huelga bananera y la masacre de 1928 en Ciénaga (Magdalena) empañan el avance exportador y aún siguen siendo uno de los episodios más tristes en la memoria colectiva.

2.3.2 Análisis de la evolución legislativa de la libre competencia en Colombia.

A continuación se presenta la evolución a través de una ordenación cronológica de la legislación de libre competencia en Colombia. Sea pertinente comenzar con aquellos estatutos que dieron inicio a su tratamiento hasta llegar a lo más novedoso de los mismos en la actualidad. Para comprender la evolución legislativa de la competencia es importante ir destacando el contexto económico en el que se hallaba la naciente república.

2.3.2.1 De la independencia hasta el Estado Social de Derecho (1821-1991)

De acuerdo a Tovar (1987): “Las primeras décadas de la república fomentaron un proteccionismo moderado, reflejado ante todo en la defensa de algunos sectores agrícolas afectados por la competencia extranjera, pero también en la promoción de los primeros ensayos de

industrialización. (...). En este punto la evolución de los aranceles indica que los gravámenes más elevados recaían sobre los alimentos importados. Es así, que hasta 1847 el azúcar fue de prohibida importación. En 1846, antes de las reformas liberales, el arroz pagaba el 173%, la harina el 63% y la manteca de cerdo el 70% de sus precios en puertos norteamericanos”. En el escenario posterior a la lucha independentista continuaban vigentes algunas de las normas impuestas en la colonia como: las Ordenanzas de Bilbao, la Recopilación de Castilla y las Siete partidas, las cuales conservaron cierta preponderancia aplicativa durante el tránsito legislativo hacia normas propias, las cuales hallaron su espacio en la novísima Constitución del mismo año.

Ya en el año 1830 con la Constitución Política comenzaron a legislarse algunas materias del derecho mercantil, pero no fue sino hasta el año 1836 que se establecieron los jueces ordinarios quienes tendrían asignada competencia para tratar asuntos de comercio. En 1844 se reglamentó la manera como debían transportarse las mercancías en actividades fluviales, como el cabotaje y el costanero. En 1847 con la ley del 14 julio del mismo año (catalogada como la reforma al comercio exterior y la primera apertura de la economía colombiana) bajo el ideal del Secretario de Hacienda Florentino González, se da el primer paso hacia el libre cambio y la integración con el comercio internacional³⁰. El libre cambio fue implementado como política económica dominante, con el objetivo de transformar la herencia del sistema económico colonial e introducir al país en las dinámicas comerciales de los mercados internacionales, se confiaba en que sus ventajas beneficiarían principalmente a la agricultura y minería (Timaná, 2015), por lo que es innegable que la normatividad de la época concebía la importancia de las perspectivas para estos sectores.

³⁰ En 1846, Florentino González fue designado Secretario de Hacienda en el gobierno del presidente Tomás Cipriano de Mosquera, desde donde promovió reformas encaminadas a eliminar todo tipo de trabas al comercio. Es considerado uno de los principales artífices de las reformas políticas liberales en Colombia, tanto en el ámbito económico, como político.

Consecuente con lo anterior, hacia 1853 se crea la jurisdicción comercial que se desliga de la jurisdicción civil, expidiéndose el primer Código de Comercio que reglamentó el comercio exterior y el marítimo³¹. En 1863 se reglamenta el comercio exterior y el mercado marítimo; ya en 1869 con el Código de Comercio de Panamá se dio tratamiento al comercio terrestre, el derecho marítimo y fluvial, y a la banca libre aplicándose durante toda la época de los Estados Unidos de Colombia.

Con posterioridad se avizora una nueva codificación fundamental: la Carta de 1886, que estuvo por más de un siglo presidiendo la vida institucional del país, texto que pese a que no consideró articulado alguno con respecto al derecho de la competencia, si contempló las políticas económicas de la época y la mayor posibilidad de intervención del Estado en la economía, aspecto que permitió evidenciar los primeros albores del intervencionismo de Estado en este tipo de asuntos, lo que finalmente terminó por romper el esquema establecido por el liberalismo económico, propio del Estado liberal³² basado en el eslogan “*laissez faire, laissez passer*” (dejar hacer, dejar pasar)³³.

Y fue precisamente con el principio de intervención estatal introducido en la Carta de 1886 y especialmente en el Acto Legislativo 01 de 1936 (reformatorio de la Constitución de 1886), que se

³¹ De acuerdo a Torres Reina “el tema del comercio exterior y la inserción del emergente Estado nación a la economía mundial, fue uno de los problemas medulares que preocupó a los pensadores colombianos del siglo XIX. Suponemos que la hipótesis de la cual partían estos intelectuales de la época, era la de considerar que en la consolidación y maduración de la República, la articulación y vinculación económica y comercial al mundo era vital. Liberados del yugo español y teniendo como telón de fondo el proceso de expansión capitalista en Europa, la dimensión económica de las relaciones internacionales se instituyó, muy seguramente, en materia de reflexión permanente de la élite política y económica del momento” (p.160).

³² Tal como lo indica Carlos S. Fayt en su libro: *Historia del pensamiento político: El Estado liberal Moderno*: [el] Estado liberal, a partir de la revolución inglesa de 1688, la americana de 1776, y la francesa de 1789, surge como una conquista de los derechos individuales. Este Estado se caracteriza por reducir sus funciones a la seguridad y protección de los derechos individuales: vida, libertad y propiedad privada (como se cita en: Arrubla Paucar, 2012, 1).

³³ Siendo la autonomía sin límites el estandarte máximo del siglo XVIII gracias al impulso dado por ciertas revoluciones sociales como la inglesa de 1776, la americana de 1776 y la Francesa de 1789, encontramos el valor eminente de las reformas políticas que acaecieron con posterioridad, cuando los sistemas vieron la necesidad de implementar nuevos órdenes que garantizaran una autonomía protegida por un Estado mucho más intervencionista.

impuso al Estado la obligación de vigilar las condiciones en que se desarrollaba la economía, con la posibilidad de controlar el quehacer de los privados.³⁴

Gracias al régimen constitucional de 1886 y sus reformas posteriores, se cuenta con los principales cimientos que dieron origen a la disciplina del derecho antimonopolios en el país.

2.3.2.1.1 Reformas a la Constitución de 1886.

En medio de las guerras civiles de 1885, 1895 y la terrible guerra de los mil días (1899), Colombia se hallaría en medio de la crisis económica más profunda hasta ese momento vivida, lo que aunado al hecho de la pérdida de Panamá (1903), la obligó a dar comienzo a un difícil proceso de restructuración económica. En este contexto económico, los empresarios colombianos debieron recurrir a un proceso de diversificación de la actividad económica en áreas como el comercio, la minería y la agricultura de exportación.

De acuerdo a Kalmanovitz (2001), bajo este escenario la constitución de 1886 se constituyó en el retorno a la matriz institucional legada por la Colonia contra las reformas liberales de medio siglo. En ella se reintrodujo las regulaciones del Estado para reducir la libertad política y económica, para favorecer a ciertos ciudadanos por encima de otros, mantener un sistema de justicia segmentado, distribuir burocráticamente el acceso a la riqueza por medio de aranceles, licencias, permisos, monopolizar la actividad bancaria a favor del Estado e imponer escasos tributos (p.4).

³⁴ En la época se recibió la influencia de políticas económicas como la Keynesiana,³⁴ que proponía una acción más activa y deliberada por parte del Estado, en función de coordinar y estabilizar la dinámica económica.

John Maynard Keynes. Fue un economista inglés. Profesor en el King's College de Cambridge, donde enseñó economía hasta su muerte. Su obra decisiva fue la *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero* (1936), con la que dio una respuesta definitiva a la grave depresión económica desencadenada en todo el mundo a partir del *crash* de la Bolsa de Nueva York de 1929.

Dado que la constitución de 1886 no presentaba un articulado especial en materia de protección a la libre competencia, se resalta que gracias a sus reformas el derecho de la competencia tuvo una incipiente aparición, todo lo cual se reflejó en una serie de leyes y decretos que intentaron de manera incipiente regular la materia, los cuales se enuncian a continuación:

Tabla 1. *Actos Legislativos reformativos de la Constitución de 1886*

Actos Legislativos reformativos de la Constitución de 1886	Novedad
Acto Legislativo 1 de 1936	Facultad para intervenir por medio de leyes, en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas.
Acto Legislativo 1 de 1945	Reforma el artículo 28 de la Carta de 1886 y da reconocimiento al principio de intervención estatal en la economía.
Acto Legislativo 1 de 1968	Modifica el artículo 32 de la Carta de 1886, estableciendo que la dirección general de la economía estaría en cabeza del Estado.

Fuente: Realización propia

Con el Acto Legislativo 1 de 1936 se buscó garantizar la intervención directa del Estado en el comercio, otorgándole facultades para la regulación de la actividad económica del país; siguiendo esta línea el Acto legislativo 1 de 1945 en su artículo 4, reformativo del artículo 28 de la Carta de 1886, estableció que el estado podía intervenir por mandato de la ley en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho. Veintitrés años después, con el Acto Legislativo 1 de 1968 (artículo 6 que modificó el artículo 32 de la Constitución de 1886), se garantizó la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía seguiría estando a cargo del Estado, con la facultad

de intervenir por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados para racionalizar y planificar la economía.

Como puede verse, el legislador atendiendo al hecho de que en la garantía de la libertad de la empresa y de la iniciativa privada confluyen efectos importantes para la economía del país, aclaró que la dirección general de la economía estaría a cargo del Estado, quien, en virtud al principio de intervención, la planificaría a fin de lograr la justicia social y el mejoramiento integral y armónico de la comunidad, en pro de las clases trabajadoras del país y menos favorecidas.

2.3.2.1.2 Leyes y Decretos reglamentarios durante la vigencia de la Constitución de 1886.

Los siguientes son las leyes y decretos reglamentarios más importantes que regularon la libre competencia en vigencia de la Constitución de 1886.

Tabla 2. Leyes y Decretos Reglamentarios que trataron la temática de la Libre Competencia durante la vigencia de la Constitución de 1886

Leyes y Decretos Reglamentarios que trataron la temática de la libre competencia durante la vigencia de la Constitución de 1.886

Leyes	Decretos Reglamentarios
Ley 27 de 1888	Decreto Reglamentario 2061 de 1955
Ley 16 de 1936	Decreto Reglamentario 1653 de 1960
Ley 5 de 1947	Decreto Reglamentario 3307 de 1963
Ley 155 de 1959	Decreto Reglamentario 1302 de 1964
	Decreto Reglamentario 410 de 1971
	Decreto Reglamentario 3466 de 1982

Fuente: Realización propia.

La Ley 27 de 1888 (reformatoria del Código de comercio) autorizó al gobierno para que, por motivos de necesidad pública, y previo dictamen del Consejo de Ministros, llevara a cabo la inspección y vigilancia de todas las compañías anónimas domiciliadas en Colombia, a las cuales

se les hubiere otorgado auxilios o subvenciones por parte de entidades públicas. Es importante resaltar que a través de esta ley se establecieron restricciones especiales para este tipo societario, teniendo en cuenta sus cualidades importantes a la hora de participar en el mercado; en este sentido, estipulaba la prohibición de crear empresas con objeto social ilícito, por lo que, en términos generales, no podían ir en contra de las buenas costumbres, el orden público, y las prescripciones legales existentes (Ley 28 de 1888. Por la cual se reforma el Código de Comercio. Febrero 21 de 1888. Artículo 6)³⁵.

A comienzos del siglo XX la estructura productiva del país era predominantemente agraria y en los años veinte ocurrirían diversas transformaciones económicas que condujeron a la desintegración del sistema de hacienda heredado de la colonia. El aumento de las exportaciones de café, impulsado por el alza de los precios internacionales, aunado a la ampliación de la planta industrial existente y el montaje de nuevas industrias terminó por sacudir la estructura productiva del país. En torno a la actividad financiera y bursátil, la Ley 16 de 1936 estableció la negativa de otorgamiento de garantía del Estado para las emisiones de bonos o cédulas hipotecarias hechas por bancos que no sean oficiales o controlados por el estado. (Ley 16 de 1926. Por el cual se dictan disposiciones sobre bancos, ahorros, crédito hipotecario y bolsa de valores. Artículo 1°. D.O 23.103).

De lo anterior se deduce la búsqueda del Estado por llevar a la actividad financiera y bursátil ejercida por los bancos, la supervisión de la Superintendencia Bancaria, con lo cual buscaba garantizar una mayor seguridad jurídica para el sector, promoviendo el desarrollo y la estabilidad también en materia bursátil.

³⁵Entiéndase que a través de esta ley se “prohibía el intento de monopolización del mercado” (Miranda, 2011, 72). Como lo explica el autor, esta ley modificó el Código de Comercio, otorgando al gobierno el poder de examinar estas compañías, a tal punto de llegar a controlarlas cuando se daba la necesidad de hacerlo.

Por otro lado, la Ley 5 de 1947 facultó al gobierno para que interviniera diligentemente en la reforma de los estatutos de instituciones públicas como el Banco Agrícola Hipotecario, la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, el Instituto de Crédito Territorial, la Caja Colombiana de Ahorros, el Instituto de Fomento Industrial y el Instituto de Abastecimientos, con el firme objetivo de establecer la figura de un revisor fiscal común para dichas entidades (Ley 5 de 1947. D.O 26.559).

Más adelante se encuentra uno de los primeros estatutos en torno a la protección de la libre competencia en Colombia, el Decreto 2061 de 1955, en el cual se prohíben aquellos procedimientos contrarios a la libre competencia, siendo tales los que manifiestamente limiten el libre comercio o el libre juego de los precios en el mercado. Al respecto el decreto señala graves sanciones por la comisión de estos hechos, tales como la prohibición del ejercicio del comercio por cinco (5) años a personas naturales, o la cancelación definitiva de la personería jurídica y el permiso para funcionar, si se tratare de una persona jurídica (Decreto 2061 de 1955. Por el cual se prohíben los procedimientos contrarios al libre comercio. Julio 28 de 1955).

Cuatro años después, la Ley 155 de 1959 (sobre prácticas comerciales restrictivas) constituye el primer intento por establecer un articulado en torno a la protección de la competencia en Colombia, en la cual se establece la intervención estatal en la fijación de los precios³⁶, prohibiendo aquellos acuerdos que directa o indirectamente tuvieran por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la

36 “Esta función reguladora, que según la Constitución compete al ejecutivo, la ejercieron distintos ministerios e institutos tales como el Ministerio de Desarrollo Económico, el Instituto de Obras Públicas, el Ministerio de Minas y Energía, el Ministerio de Comunicaciones y el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico, haciéndose necesario concentrar el poder fiscalizador de precios y tarifas en un sólo organismo y terminar así con la atomización de tan importante actividad, que era causante de interferencias, dualidades y dilaciones.” Tomado de “La Historia de la Superintendencia de industria y comercio”, en: <http://www.sic.gov.co/drupal/historia> (Julio de 2014)

libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos (Ley 55 de 1959. Por el cual se dictan disposiciones sobre bancos, ahorros, crédito hipotecario y bolsa de valores. Artículo 1°. D.O 23.103).

Al respecto cabe destacar que, aunque la ley respondía a criterios económicos que eran de importante implementación y pasó a ser de las primeras normativas de protección directa a la competencia, lo cierto es que el contenido de la misma tuvo una dificultad importante al llevarla a la práctica y, a la postre, no tuvo la aplicación que se esperaba.

Conforme a los inconvenientes presentados, se sanciona y promulga el Decreto Reglamentario 1653 de 1960, mediante el cual se crea la Superintendencia de Regulación Económica adscribiéndosele las funciones que la ley 155 de 1959 señalaba anteriormente al Ministerio de Fomento, por lo cual la nueva Superintendencia conocería no sólo de las prácticas comerciales restrictivas, sino también tendría facultades para intervenir en los estudios de costos y regulación de precios de la canasta familiar (Ley 155 de 1959. Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. Diciembre 24 de 1959).

Tres años después, con la sanción y promulgación del Decreto 3307 de 1963, que modifica y reglamenta la Ley 155, se confirman las finalidades prohibitivas de la misma, incluyéndose varios elementos determinantes, entre los cuales se cuenta la adición del consumidor como sujeto de protección, todo lo cual constituye un importante avance en la labor protectora de la libre competencia.

Aunado a lo anterior, un aspecto a resaltar del Decreto 3307 de 1963, gira en torno al párrafo adicionado al Artículo 1° de la Ley 155 que especificó que el gobierno podría autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la

economía general. En este punto se resalta la implícita excepción de *eficiencia*³⁷ como característica sustancial que hace posible la exclusión e inaplicabilidad de normas de competencia a través de la celebración de acuerdos o convenios, excepción que deberá estar autorizada por la autoridad nacional de competencia, siempre y cuando se haga con miras a defender un sector básico de la economía.

La determinación de las áreas que constituirían un sector básico para la economía vendría con posterioridad, en el artículo 1° del Decreto 1302 de 1964 que adiciona la ley 155 de 1959, el cual dispuso:

Para los efectos del párrafo del artículo 1° de la ley 155 de 1959, considérense sectores básicos de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general y el bienestar social, todas aquellas actividades económicas que tengan o llegaren a tener en el futuro importancia fundamental para estructurar racionalmente la economía del país y abastecerlo de bienes o servicios indispensables al bienestar general, tales como:

El proceso de producción y distribución de bienes, destinados a satisfacer las necesidades de la alimentación, el vestido, la sanidad y la vivienda de la población colombiana;

La producción y distribución de combustibles y la prestación de los servicios bancarios, educativos, de transporte, energía eléctrica, acueducto, telecomunicaciones y seguros (Decreto 1302 de 1964. Por la cual se reglamenta la Ley 155 de 1959, en armonía con los Decretos 1653 de 1960 y 3307 de 1963. Artículo 1°. Mayo 3 de 1964. D.O. 31.922)

Con base en ello, la legislación estipularía años después (con la Ley 1340/2009) que el *sector agropecuario* también constituye un sector básico de interés para la economía general, y en tal virtud, en relación con la autorización de acuerdos y convenios que restrinjan la libre competencia

37 Denominada así posteriormente por el Artículo 51 párrafo 1° del decreto 2153 de 1992.

y tengan por objeto estabilizar este sector de la economía, será el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural quien tendrá el encargo de emitir concepto previo, vinculante y motivado para tal fin³⁸.

Indudablemente que las normas anteriormente enunciadas constituyen un importante marco de exclusión de las normas de competencia autorizado por la autoridad nacional, sobre el cual se ordenaron controles en búsqueda de garantizar que los efectos benéficos de la operación para los consumidores, excedieran el posible impacto negativo sobre la competencia, en el evento en que tales efectos no pudieran alcanzarse por otros medios.

En vigencia de la Carta magna de 1886 y luego del decreto 1302 de 1964, nacería siete (7) años después el Decreto 410 de 1971 (actual Código de Comercio), que representa la codificación más importante hasta ahora especializada en temas comerciales. El código de comercio trataba a partir del artículo 75° en adelante las normas relativas al derecho de la competencia y protección de la propiedad industrial; sin embargo, este articulado fue derogado con posterioridad por el artículo 33 de la Ley 256 de 1996.

Finalmente tenemos la última legislación que permaneció vigente durante el período de la Constitución de 1886, se trata del Decreto 3466 de 1982 o primer Estatuto del Consumidor, por medio del cual se dictaron normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, leyendas, propagandas y fijación pública de precios de bienes y servicios, estableciéndose adicionalmente lineamientos sobre la responsabilidad de los productores, expendedores y

³⁸ Años después, el artículo 5 de la ley 1340 de 2009, sobre el régimen general de competencia en el sector agrícola dispuso: Artículo 5. Aplicación del Régimen General de Competencia en el Sector Agrícola. Para los efectos del párrafo del artículo 1° de la Ley 155 de 1959, considérese como sector básico de interés para la economía general, *el sector agropecuario*. En tal virtud, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural deberá emitir concepto previo, vinculante y motivado, en relación con la autorización de acuerdos y convenios que tengan por objeto estabilizar ese sector de la economía.

proveedores de bienes y servicios. Al respecto esta legislación constituyó un importante marco de defensa del consumidor, permaneciendo vigente durante casi tres décadas³⁹.

2.3.2.1.3 Normatividad a partir de 1991

En este acápite se presentará a nivel general, un análisis histórico en torno al desarrollo normativo del Derecho de la Competencia en Colombia, a partir de la vigencia de la Constitución Política de 1991.

Leyes sobre el Derecho de la Competencia

Tabla 3. *Leyes que trataron a partir de 1991, la disciplina del Derecho de la Competencia.*

Leyes que trataron a partir de	
1991 la disciplina	Objeto de la ley
Ley 1 de 1991	Estableció el estatuto de puertos marítimos.
Ley 142 de 1994	Establece el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios. Prohíbe expresamente que las empresas de servicios generen prácticas que tengan la capacidad de producir una competencia desleal, o restringirla.
Ley 178 de 1994	Mediante la ley se aprueba el Convenio de París, estableciendo una serie de obligaciones para los estados parte en prevención de la competencia desleal.
Ley 256 de 1996	Establece los actos que son considerados como competencia desleal, anunciando su prohibición.
Ley 446 de 1998	Establece las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de procesos por actos de competencia desleal.

³⁹ Al respecto véase la Ley 1480 de 2011, nuevo Estatuto del Consumidor.

Tabla 3. (Continuación)

Ley 472 de 1998	Reglamenta las acciones de grupo y populares, señalando que la libre competencia económica hace parte de intereses colectivos susceptibles de protegerse por acción popular.
Ley 590 de 2000	Estableció el régimen de competencia en torno a las prácticas restrictivas en el sector de las micro, pequeñas y medianas empresas.
Ley 640 de 2005	Estableció mecanismos importantes como el de la conciliación en los procesos de competencia desleal y prácticas restrictivas.
Ley 962 de 2005	Estipuló el procedimiento abreviado para los procesos jurisdiccionales en materia de competencia desleal que cursaran en la Superintendencia de Industria y comercio.
Ley 1340 de 2009	Determinó aquellas prácticas restrictivas y perjudiciales de la sana competencia en el mercado e instauró un régimen procedimental sancionatorio para las mismas.
Ley 1507 de 2012	Distribuyó las facultades de entidades del Estado en materia de televisión, prohibiendo aquellos actos o conductas que buscasen restringir la competencia en este servicio público.

Fuente: Realización propia.

La Ley 1 de 1991 (Estatuto de Puertos Marítimos) estableció el estatuto para la actividad de puertos. En su artículo 22 se desarrolla la disposición concerniente a la restricción indebida de la competencia estableciendo una prohibición para aquellos actos o contratos que tengan como fin la limitación de la competencia entre las sociedades portuarias (Ley 1 de 1991 Artículo 22, 41. Enero 11 de 1991. D.O. 39.626).

Por su parte la Ley 142 de 1994, conocida como la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, concretó un régimen específico para este sector. Señala el artículo 34 la prohibición expresa de que las empresas de servicios referidas generen prácticas que tengan la capacidad de producir una competencia desleal, o restringirla; prácticas entre las cuales se encuentran, por ejemplo, la

prestación de servicios públicos gratuitos, los acuerdos con otras empresas con el fin de repartirse cuotas o clases de servicios y el abuso de la posición dominante, entre otros actos y/o conductas lesivas de la competencia (Ley 142 de 1994. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Artículo 34. Julio 11 de 1994).

Mediante la Ley 178 de 1994, sobre la Propiedad industrial, se aprobó el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial en Colombia. El artículo 10 Bis estableció una serie de obligaciones para los Estados partes contratantes en cuanto a la competencia desleal, por lo que se insta a los Estados a que prohíban cualquier acto o conducta que genere confusión sobre la propiedad industrial, así como aquellos que busquen establecer falsedades en torno a este tipo de propiedad y que tengan como fin desacreditar a los establecimientos y/o empresas en el comercio. (Ley 178 de 1994. Artículo 10. Diciembre 28 de 1994. D.O. 41.656).

Con posterioridad la Ley 256 de 1996 establece los actos que se consideran competencia desleal (Ley 256 de 1996. Enero 15 de 1996. D.O. 42.692).

La Ley 446 de 1998⁴⁰ estableció en el artículo 144 las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio en razón a los procesos jurisdiccionales que se adelanten por actos de competencia desleal; estableció el procedimiento propio que debe seguir la Superintendencia para ejercer sus funciones jurisdiccionales en materia de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas (Ley 446 de 1998. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas, decretos, entre otros. Artículo 144. Julio 7 de 1998. D.O. 43.335).

En esta misma vigencia se promulgaría la Ley 472 de 1998, mediante la cual se reglamentaron las acciones de grupo y populares. El artículo 4°, literal i señala que la libre competencia económica hace parte de aquellos intereses colectivos, los cuales, y según el artículo 2° de esta misma ley, son

40 Modificada por el artículo 49, Ley 962 de 2005.

susceptibles de ser protegidos mediante las acciones populares (Ley 472 de 1998. Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. Artículo 2 y 4. Agosto 5 de 1998. D.O. 43.357).

Por su parte la Ley 590 de 2000 estableció el régimen de competencia en torno a las prácticas restrictivas en el sector de las micro, pequeñas y medianas empresas, por lo cual la Superintendencia de Industria y Comercio tendría la facultad de investigar y decidir como órgano jurisdiccional en los procesos que en este sector se impetren, derivados de juzgamiento por prácticas restrictivas (Ley 590 de 2000. Por el cual se dictan disposiciones para promover el desarrollo de la micro, pequeñas, y mediana empresa. Artículo 1. Julio 10 de 2000. D.O. 44.078).

La Ley 640 de 2001 referenció la participación de mecanismos importantes como el de la conciliación en los procesos de competencia desleal y prácticas re Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones. (Ley 640 de 2001. Artículo 33. Enero 24 de 2001. D.O. 44.303).

Con la Ley 962 de 2005 se reguló que los procesos jurisdiccionales en materia de competencia desleal que se cursaran en la Superintendencia de Industria y comercio a partir de la vigencia de la referida norma, seguirán el procedimiento abreviado establecido en el Código de Procedimiento Civil⁴¹ (Ley 962 de 2005. Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos. Septiembre 6 de 2005. D.O. 46.023).

La Ley 1340 de 2009 que dicta normas en relación a la protección de la competencia, estableció el procedimiento en caso de integraciones empresariales, delimitó aquellas prácticas restrictivas

41 Véase el Decreto 1400 de 1970.

perjudiciales de la sana competencia en el mercado, estableciendo las sanciones pecuniarias del caso. Así mismo la ley resalta que la intervención del Estado en la economía constituye una restricción del derecho a la competencia y menciona como mecanismos de intervención del estado que restringen la aplicación de las disposiciones de competencia las siguientes: los fondos de estabilización de precios, fondos parafiscales para el fomento agropecuario, el establecimiento de precios mínimos de garantía, la regulación de los mercados internos de productos agropecuarios (prevista en el Decreto 2478 de 1999), los acuerdos de cadena en el sector agropecuario, el régimen de salvaguardias, y los demás mecanismos previstos en las Leyes 101 de 1993 y 81 de 1988. Otro elemento importante constituye la determinación hecha en el Artículo 5 al considerar el sector agropecuario como sector básico de interés para la economía general. (Ley 1340 de 2009. Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. Julio 24 de 2009. D.O. 47.420).

Finalmente, la Ley 1507 de 2012 estableció la distribución de diferentes facultades entre las entidades del Estado en materia de televisión, por el cual se pretendió que este servicio público estuviese planeado, regulado, dirigido, gestionado y controlado por parte del Estado, prohibiendo aquellos actos o conductas que buscasen la restricción a la competencia en el servicio público de televisión, así como el abuso de la posición dominante entre personas jurídicas operadoras de cable y televisión (Ley 1507 de 2012. Por la cual se establece la distribución de competencias entre las entidades del Estado en materia de televisión y se dictan otras disposiciones. Enero 10 de 2012. D.O. 48.308).

Decretos sobre el Derecho de la Competencia

Tabla 4. *Decretos que trataron a partir de 1991, la disciplina del Derecho de la Competencia.*

Decretos	Objeto del Decreto
Decreto 2153 de 1992	Reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio en cuanto a sus funciones, composición y organización interna, se reglamenta adicionalmente la prohibición de que trata la ley 155 de 1959.
Decreto 3280 de 2005	Reglamentó el artículo 1° de la ley 155 de 1959 para el sector agropecuario, estableciendo que cuando se requiera autorización para la celebración de acuerdos, la misma será otorgada por el Superintendente de Industria y Comercio, quién deberá solicitar el concepto previo <i>no vinculante</i> a los Ministros de Agricultura y Desarrollo Rural y de Comercio, Industria y Turismo respectivamente.
Decreto 3523 de 2009	Modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio.
Decreto 1687 de 2010	Por medio del cual se modificaba la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, y se determinaban sus funciones.
Decreto 2896 de 2010	Reglamentó el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009, por el cual se facultó a la Superintendencia de Industria y Comercio, para que, en virtud del decreto, concediese beneficios a las personas naturales o jurídicas que colaborasen con la detección y represión de acuerdos restrictivos de la competencia.
Decreto 2897 de 2010	Reglamentó el artículo 7° de la ley 1340 de 2009, con el fin de incrementar la participación de la Superintendencia de Industria y Comercio mediante la emisión de conceptos previos (no vinculantes) en aquellos eventos en los que la regulación estatal pudiese poner en peligro la libre competencia económica.
Decreto Ley 019 de 2012	Modifica al artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 en torno al procedimiento que debe seguirse al interior de la SIC en casos de investigación por infracción y violación al derecho de la competencia.

Fuente: Realización propia.

A continuación, se presentarán de manera somera los decretos que a partir de la Carta Magna de 1991 empezaron a reglamentar la legislación existente en materia de competencia. Así, se tiene que con el Decreto 2153 de 1992 que reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio en cuanto a sus funciones, composición y organización interna, se reglamenta adicionalmente la prohibición de que trata la ley 155 de 1959 enfocándose en aquellas conductas que atentan contra

la libre competencia, tales como las referidas a acuerdos y actos contrarios a la competencia, así como el abuso de la posición dominante y la integración de empresas dirigidas al ejercicio del monopolio (Decreto 2153 de 1992. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. Diciembre 31 de 1992. D.O. 40.704).

Por su parte el Decreto 3280 de 2005 reglamentó el artículo 1° de la ley 155 de 1959 para el sector agropecuario, estableciendo que para efectos del parágrafo del Art. 1 de la Ley 155 de 1959 cuando se requiera autorización para la celebración de acuerdos que tengan por finalidad defender la estabilidad de un sector agropecuario relacionado con el proceso de producción y distribución de bienes destinados a satisfacer las necesidades de la alimentación, tal autorización será otorgada por el Superintendente de Industria y Comercio, quien para efectos de motivar su decisión deberá solicitar el concepto previo *no vinculante* a los Ministros de Agricultura y Desarrollo Rural y de Comercio, Industria y Turismo respectivamente sobre la necesidad de estabilizar el sector agropecuario correspondiente. (Decreto 3280 de 2005. Por el cual se reglamenta el parágrafo del artículo 1o. de la Ley 155 de 1959 para el sector agropecuario. Septiembre 19 de 2005. D.O. 46.037).

Cuatro años después, el Decreto 3523 de 2009⁴² modifica nuevamente la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio en torno a las funciones ejercidas por sus dependencias. Este decreto delimita las funciones generales de la Superintendencia, así como las funciones y competencias de sus demás dependencias (Decreto 3523 de 2009. Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio y se determinan las funciones de sus dependencias. Septiembre 15 de 2009. D.O. 47.473). El Decreto 1687 de 2010 (derogado en el año

42 Véase el artículo 29 del Decreto 4886 de 2011, que derogó el Decreto 3523 de 2009

2011), modificaba la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, determinando sus funciones.

Con el Decreto 2896 de 2010 se reglamentó el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009, por el cual se facultó a la Superintendencia de Industria y Comercio, para que, en virtud del decreto, concediese beneficios a las personas naturales o jurídicas que colaborasen con la detección y represión de acuerdos restrictivos de la competencia (Decreto 2896 de 2010. Por el cual se reglamenta el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009. Agosto 5 de 2010. D.O. 47.792).

Durante ese mismo año, con el Decreto 2897 de 2010 que reglamentó el artículo 7° de la ley 1340 de 2009, buscando incrementar la participación de la Superintendencia de Industria y Comercio en todos aquellos eventos en los que la regulación estatal pudiese poner en peligro la libre competencia económica. De esta manera, mediante la emisión de conceptos previos sobre los proyectos de regulación estatal con posible incidencia en la libre competencia, se pretendía ampliar el margen de acción de la SIC. Para estos efectos, el decreto ordena que las autoridades de regulación⁴³ deberán informar a la Superintendencia de Industria y Comercio de los proyectos de actos administrativos que se pretenden expedir. El decreto refiere que el concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio no será vinculante; sin embargo, si la autoridad respectiva decidiera apartarse de dicho concepto, la misma debía manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales lo hace (Decreto 2897 de 2010. Por el cual se reglamenta el artículo 7 de la ley 1340 de 2009. Agosto 5 de 2010. D.O 47.792)

43 Para los fines a que se refiere el artículo 7° de la Ley 1340 de 2009 deberán informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre los proyectos de acto administrativo con fines regulatorios que se propongan expedir los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias con o sin personería jurídica, Unidades Administrativas Especiales con o sin personería jurídica y los establecimientos públicos del orden nacional.

Finalmente se cuenta con el Decreto-Ley 019 de 2012, conocido como Ley anti-trámite, que modifica al artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 en cuanto al procedimiento que debe seguirse al interior de la SIC en casos de investigación por infracción y violación al derecho de la competencia.⁴⁴ En torno al procedimiento, aspecto importante fue el establecer la posibilidad de terminación anticipada del mismo mediante el otorgamiento de garantías por parte del investigado (Decreto ley 019 de 2012. Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Enero 10 de 2012).

2.3.3. Autoridad encargada de proteger la libre competencia en Colombia

Importante es recordar que fue durante la segunda mitad del Siglo XX que Colombia registró un avance importante en materia de desarrollo industrial y económico, todo lo cual trajo consigo la aparición de cambios regulativos dirigidos a garantizar la efectividad de la intervención estatal en aspectos importantes como: la fijación de precios, la defensa de intereses de los consumidores y también los intereses de los productores, así como la vigilancia de las reglas comerciales entre productores y empresarios. Particularmente en la época en donde se fijó como estrategia económica el modelo de Sustitución de Importaciones del Raúl Prebisch. Estrategia abiertamente anticompetitiva que restringía el comercio nacional con el internacional, con el objetivo de fomentar el desarrollo de la industrialización nacional y presionar a los consumidores a consumir productos nacionales.

Teniendo en cuenta el panorama anterior, se puede ver que la autoridad en materia de protección del derecho a la libre competencia en Colombia ha variado conforme al surgimiento de nuevas estrategias nacionales de desarrollo económico y necesidades, que han traído consigo la asignación

⁴⁴ Véase el art. 155 del Decreto Nacional 019 de 2012.

de estas funciones a entidades administrativas diversas, hasta concentrar la actividad en cabeza de una sola entidad.

Así se encuentra por ejemplo, que en la Ley 155 de 1959 se dejó establecida la intervención estatal en torno a temas como la fijación de precios, la protección del comercio, los productores y consumidores, función reguladora que fue ejercida por distintos ministerios e instituciones tales como: Ministerio de Desarrollo Económico, el Instituto de Obras Públicas, el Ministerio de Minas y Energía, el Ministerio de Comunicaciones y el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico (Ley 155 de 1959. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. Diciembre 14 de 1959).

Bajo el marco anterior, se hizo necesario concentrar el poder vigilante en un solo órgano. Fue así, que el gobierno expidió el Decreto Reglamentario 1653 del año 1960, con el cual se crea la Superintendencia de Regulación Económica, adscribiéndosele las funciones que la ley 155 de 1959 señalaba anteriormente al Ministerio de Fomento; importante resaltar que conforme a la anterior disposición, la nueva Superintendencia tenía el encargo de conocer no sólo de la sanción a prácticas comerciales restrictivas, sino que también gozaba de facultades para intervenir en los estudios de costos, regulando los precios de la canasta familiar (Decreto Reglamentario 1653 de 1960. Superintendencia de regulación económica. Julio 15 de 1960).

Con posteridad surgió el ambiente propicio para hacer nacer una nueva Superintendencia: la Superintendencia Nacional de Precios, creada en virtud del Decreto 2562 de 1968 y adscrita al Ministerio de Fomento (convertido posteriormente en el Ministerio de Desarrollo Económico), con lo cual desaparece la antigua: Superintendencia de Regulación Económica.

Con el Decreto 2974 de 1968 el gobierno reorganiza el Ministerio de Fomento, cambiando su denominación por Ministerio de Desarrollo Económico,⁴⁵ determinando sus funciones y dando creación a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), entidad encargada de cumplir las funciones de vigilancia y control que para la época correspondían al Ministerio de Fomento (Decreto 2974 de 1968. Por el cual se reorganiza el Ministerio de Fomento se dictan otras disposiciones. Diciembre 23 de 1968. D.O. 32.678).

Con el Decreto 201 de 1974 se crea la Superintendencia Nacional de Producción y Precios, encargada del control y fijación de políticas de precios en el mercado; la entidad se organizó como organismo adjunto al Ministerio de Desarrollo económico para colaborar en todas sus iniciativas (Decreto 201 de 1974. Por el cual se revisa la organización administrativa de la Superintendencia Nacional de Precios. Julio 19 de 1974. D.O. 34.125).

Dos años después, con el Decreto 149 de 1976 desaparece la Superintendencia Nacional de Producción y Precios, distribuyéndose así sus funciones a la Superintendencia de industria y Comercio, a quien adicionalmente se le asignaron funciones de dirección y control en materia de Propiedad Industrial (Decreto 149 de 1976. Junio 11 de 1976. D.O. 34.570)

Transcurrido un tiempo, y con la llegada de los diversos movimientos sociales, políticos, económicos y constitucionales que caracterizaron la época de finales del siglo XX, junto a todo el proceso de modernización estatal, continuaron surgiendo normativas que llevaban consigo cambios institucionales, la simplificación de trámites y concentración de funciones; fue así como gracias al Decreto 2153 de 1992 se reestructuró la Superintendencia de Industria y Comercio en búsqueda de la especialización funcional de la entidad, siendo entonces eliminadas funciones que correspondían a otras entidades y dejándosele establecidas las funciones instituidas desde el nuevo marco

45 Véase el Artículo 1 del Decreto 2974 de 1968

constitucional vigente de 1991 (Decreto 2153 de 1992. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. 31 de diciembre de 1992. D.O. 40.704).

Siete años después y gracias a la Ley 446 de 1998, se confirma a la Superintendencia de Industria y Comercio las funciones relativas a la promoción de la competencia y vigilancia de las prácticas comerciales restrictivas.⁴⁶ (Ley 446 de 1998. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas. Julio 8 de 1998. D.O. 43.335).

Desde la época y hasta la actualidad, la Superintendencia de Industria y Comercio sigue siendo la entidad encargada de ejercer la vigilancia y control sobre las prácticas comerciales restrictivas y la promoción de la libre competencia en Colombia.

3. Capítulo III. Análisis comparativo de la protección de la libre competencia en Estados Unidos y Colombia

De cara al establecimiento de un análisis comparativo que proporcione fundamentos significativos para la determinación de la forma en que interactúa el derecho de la competencia colombiano con el TLC suscrito con EEUU, el presente capítulo muestra las tensiones, similitudes y diferencias más representativas en ambas regulaciones (en materia de políticas de competencia, acuerdos anticompetitivos, integraciones empresariales, abuso de posición dominante, prácticas desleales, entre otras distorsiones), dado que en una y otra se encuentran elementos claves para la inserción exitosa del competidor agrícola colombiano en el acuerdo de integración económica

46 Véase el Título IV, Capítulo I de la Ley 446 de 1998 (sobre competencia desleal).

suscrito con EEUU, por lo que representa un componente importante para las conclusiones a las que se llegarán más adelante.

Con base en lo anterior, para mayor comprensión y alcance de la comparación, se partirá del análisis de seis (6) elementos que en materia internacional⁴⁷ se consideran los más preponderantes cuando de protección de la competencia se trata; estos elementos son:

Políticas de competencia, acuerdos anticompetitivos, integraciones empresariales, abuso de posición dominante, prácticas desleales, entre otras distorsiones.

47 En el ámbito internacional no existe un instrumento que regule en forma integral las prácticas restrictivas de la competencia; sólo existen algunos instrumentos que regulan parcialmente la materia, pero la mayoría no son de carácter vinculante. En este sentido, se resalta la importancia del ordenamiento de la ONU, las diversas disposiciones contenidas en los acuerdos de la OMC en forma dispersa, así como una serie de recomendaciones no vinculatorias de la OCDE. (Witker, 2000).

“El conjunto de principios y normas equitativas convenidas multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas” (aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la resolución 35/63 del 5 de diciembre de 1980) es administrado por la UNCTAD. No es vinculante y entre otros establece como objetivos: 1. Lograr que las prácticas comerciales restrictivas no impidan ni anulen la consecución de los beneficios a que debería dar lugar la liberalización de las barreras arancelarias y no arancelarias que afectan al comercio mundial, en particular al comercio y al desarrollo de los países en desarrollo. 2. Alcanzar una mayor eficiencia en el comercio internacional y el desarrollo, especialmente de los países en desarrollo, con arreglo a los objetivos nacionales de desarrollo económico y social y a las estructuras económicas existentes, por ejemplo mediante: a) la creación, fomento y protección de la competencia. b) el control de la concentración del capital, o del poder económico o de ambas cosas. C) el fomento de las innovaciones. 3. Proteger y promover el bienestar social en general y, en particular, los intereses de los consumidores, tanto en países desarrollados como en los países en desarrollo. 4. Eliminar las desventajas que para el comercio y el desarrollo pueden entrañar las prácticas comerciales restrictivas de las empresas transnacionales o de otras empresas y contribuir así a maximizar las ventajas para el comercio internacional y en particular, para el comercio y el desarrollo de los países en desarrollo. 5. Formular un conjunto de principios y normas equitativas convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas.

Otra fuente de regulación en el ámbito internacional es la OMC, en cuyo contexto existen varias normas dispersas relativas a la competencia que tienen carácter obligatorio para sus miembros. Dichas normas se encuentran en los artículos III, VI, XI, XVII y XXIII del GATT y en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias. Por su parte, otro organismo dedicado al estudio de cuestiones de competencia es la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), cuyas actividades se remontan a comienzos del decenio de 1980. El Comité de OCDE de Política y Legislación de Competencia busca principalmente promover la comprensión común y la cooperación entre las autoridades de política de competencia. Los miembros del Comité son las autoridades de competencia en cada uno de los países miembros de la OCDE. (Witker, 2000)

3.1 Las Políticas de Competencia

Es indudable que el proceso de apertura económica y los esquemas de integración puestos en marcha por diferentes países especialmente a final de siglo XX, han buscado promover la competencia en los mercados locales. Pero los hechos han mostrado que la liberación comercial no es suficiente para promover la competencia, se requiere además una legislación y políticas de defensa de la competencia que complementen las políticas económicas de apertura de los países. (Ibarra, 2002).

Massimo Motta (2004) define la política de competencia como “el conjunto de políticas y de leyes que aseguran que la competencia, en un mercado previamente definido, no sea reducida, de tal forma que disminuya el bienestar social”(p.19).

Como disciplina, se tiene que la política de competencia viene de la intersección de teorías económicas relativas al funcionamiento de los mercados, la organización industrial y el derecho de la competencia como la deducción regulatoria de dichas teorías, establecida con fuerza de ley (Bardey, Becerra & Cabrera, 2012,15).

De acuerdo a Pascual y Vicente (2002), dentro del conjunto de instrumentos legales con que los poderes públicos actúan en beneficio de la competencia en un ámbito geográfico, político, económico y social determinado, pueden distinguirse tres planos diferentes: represión, prevención y fomento.

- Plano represivo del Derecho de la Competencia: sanciones, penas y castigos

En cuanto a la política represiva de defensa de la competencia podría decirse de entrada que tanto Estados Unidos como Colombia mantienen regulaciones para impedir las conductas indeseables y restablecer la competencia negativamente afectada por ella; sin embargo, como se verá más adelante la política Estadounidense tiende a establecer mayores castigos contra los

infractores, con sanciones no sólo económicas que alcanzan los millones de dólares⁴⁸, sino penales al elevar el comportamiento anticompetitivo como delito federal con sentencias que alcanzan los diez años de prisión.

- Plano Preventivo: control de concentraciones

La política preventiva se instrumentaliza mediante el control de concentraciones, que en ambos países mantiene su reglamentación dotando a los órganos públicos de la facultad de examinar, autorizar u objetar los proyectos de fusiones y adquisiciones de empresas cuando se encuentre que causen perjuicios a la competencia.

- Plano de Fomento

Finalmente en torno a la política de fomento es de resaltar que las autoridades antimonopolio norteamericanas son especialmente activas en este campo, participando de acuerdo a Cortázar Mora (2011) en varios frentes: a) en el proceso legislativo actuando ante el congreso rindiendo declaraciones especializadas en proyectos legislativos, b) en el campo estatal, tanto en temas de legislación como de regulaciones a cargo de agencias estatales, c) promoviendo constantemente guías educativas para consumidores y empresarios sobre la confianza en la libre competencia y la regulación y procedimientos en prácticas anticompetitivas, en tanto que en Colombia esta política se encamina primordialmente hacia la garantía del principio de libertad económica, a través de diversas herramientas que devienen del proceso legislativo llevado a cabo al interior del país y la

48 En el libro Curso de derecho de la competencia Antimonopolios (como se cita en Tringali Joseph, 2009) en Estados Unidos, entre 1997 y 2007, el monto aproximado de sanciones por conductas anticompetitivas alcanzó un total de cuatro mil millones de dólares, con casos como el de la multa impuesta a Hoffman La Roche, un laboratorio farmacéutico que participó en el cartel internacional de las vitaminas, por 500 millones de dólares o la impuesta a las empresas de aviación British Airways y Korean Air, por 300 millones, también por cartelizarse.

participación activa de la autoridad administrativa encargada de su protección y vigilancia; todo lo cual ha sido parte de la protección de la competencia dentro de los Planes Nacionales de Desarrollo en el país.

3.1.1 Política Estadounidense

En Estados Unidos por ejemplo, la competencia provee el fundamento sobre el cual se construye la economía de ese país (Nihoul, 2005, 37), razón por la cual no es de extrañar que haya servido de cuna para el florecimiento de la visión global actual que se tiene en materia de política de competencia⁴⁹.

Al respecto la política adoptada por el sistema estadounidense es de carácter *ex ante*- preventiva de la formación de estructuras anticompetitivas.

Desde el principio los actores del mercado conocen sus intereses y actúan de conformidad con ellos, por lo que la competencia produce un equilibrio en el cual son satisfechas ambas partes (competidor-consumidor); sin embargo, aunque los disfuncionamientos no pueden ser excluidos, ellos justifican la intervención de la autoridad, pero el papel de ésta queda confinado a la organización de los mercados para permitir su funcionamiento de manera óptima. (Nihoul, 2005, 24).

La política de competencia de EE. UU incentiva las denuncias desde los consumidores, es decir, desde el ámbito privado, con el objetivo de (trátase de empresas o de consumidores) obtener una reparación. Otra característica de este modelo es la posibilidad de apelación con que cuentan los

⁴⁹ La política de competencia a nivel internacional tiene dos grandes polos de influencia que son EE.UU y la Unión Europea. Históricamente, la política de competencia nació en EE.UU con la adopción de la Ley Sherman (Sherman Act) de 1890, sin embargo, el segundo eje de política de competencia que inspira al resto del mundo es el europeo.

actores económicos sancionados, lo cual se logra a través de un esquema judicial con instancias particulares que tienen competencias para tal efecto. (Bardey, et al, 2012, 24).

Ahora bien, el sistema estadounidense viene acompañado de un programa de delación⁵⁰ que promueve la consecución de información clave los procesos de investigación contra las prácticas anticompetitivas; al respecto cabe señalar que las sanciones en los procesos de investigación por este tipo de prácticas en los Estados Unidos conllevan la aplicación de fuertes multas que de acuerdo con el Departamento de Justicia pasaron de los 10 millones de dólares a 100 millones de dólares en el año 2004. (Sánchez, 2013,16).

3.1.2 Política Colombiana

Por su parte, la política de competencia colombiana se ha definido como parte de una política industrial más amplia del Estado colombiano. En efecto, la concepción hecha en el artículo 333 constitucional define a la empresa y la libertad económica como base del desarrollo y en función de esta consagración se han desarrollado los objetivos de la política de competencia, por lo que desde comienzos de 1990 se establecieron los siguientes: 1. Mejorar la eficiencia del aparato productivo; 2. Libre participación de las empresas en los mercados; 3. Bienestar de los consumidores mediante la libertad de elección y acceso de bienes y servicios; y 4. Variedad de precios y calidad de bienes y servicios.

⁵⁰ De acuerdo a Dennis Sánchez Navarro en el documento de trabajo escrito para la Superintendencia de Industria y Comercio (2013), los programas de delación han sido vistos como un instrumento importante para hacer cumplir la política de competencia en todo el mundo. En particular, los programas de clemencia son uno de los instrumentos más importantes para fortalecer la política de competencia frente a los cárteles y una de las intervenciones más importantes de defensa de la competencia. Los programas están orientados a generar incentivos para que los agentes participantes de un acuerdo colusorio tiendan a desviarse, es decir, desestabilizar el cártel. (...) de modo que se deteriore la confianza entre los participantes del cartel y se promueva la iniciativa de dichos agentes a denunciar el acuerdo ante las autoridades de competencia. Este programa permite a los agentes que hayan cometido una violación criminal del Artículo 1 de la Ley Sherman, participar en un acuerdo con la autoridad en el cual se comprometen a revelar información clave en el proceso de investigación a cambio de amnistía sobre el proceso de sanción.

Dados los anteriores objetivos, cabe preguntarse por la tendencia en la que se inclina la autoridad encargada de promoverla (esto es, la Superintendencia de Industria y Comercio), por cuanto la experiencia ha demostrado la complejidad de dar equilibrio a objetivos de bienestar del consumidor con criterios de eficiencia económica.

Al mismo tiempo hay que recordar que dentro de las políticas de competencia en Colombia, la investigación formal por conductas anticompetitivas es iniciada siempre de oficio por la Superintendencia de Industria y Comercio, basada en información o conocimiento que llegue a poseer, a través de la solicitud de un tercero (por medio de queja o por referencia de otra autoridad); donde una vez determinada la comisión de la infracción el Superintendente emite resolución que pone fin al proceso; acto administrativo que admite sólo recurso de reposición ante la misma entidad. Dentro del régimen de competencia en Colombia el objetivo de las investigaciones por restricción a la misma es detener y sancionar las infracciones cometidas, para prevenir su aparición en el futuro sin que su finalidad sea conseguir una reparación económica⁵¹.

Además de lo anterior, el sistema colombiano viene también acompañado de un reciente programa de delación en la Ley 1340 de 2009⁵², el cual concede beneficios a personas naturales o jurídicas que hubieren participado en una conducta que viole las normas de protección a la

51 Al respecto Alfonso Miranda Londoño en su artículo: El control jurisdiccional del régimen general de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas (1999), las sanciones que impone la SIC consisten en la práctica de realizar las conductas anticompetitivas y la imposición de multas en favor del tesoro nacional. En ningún momento la SIC declara o determina la existencia de perjuicios, ni mucho menos condena al infractor al resarcimiento de los mismos en favor del perjudicado. Todas estas características distinguen el régimen de las prácticas restrictivas de la competencia del de la libre competencia desleal, en el cual se traba un litigio judicial, dentro del que demandante y demandado son partes en un proceso abreviado que puede concluir en una condena por perjuicios.

52 Al respecto, en el documento Eficacia y asimetrías de los programas de delación en un contexto multimercado: un análisis del caso colombiano en el marco del TLC con Estados Unidos, el autor Dennis Sánchez Navarro menciona: “(...) vale la pena señalar que los términos en los cuales se aplica el programa de delación en Colombia dependen en gran parte del análisis efectuado por la Delegatura de Protección de la Competencia. En particular, el Decreto 2896 de 2010 señala en su artículo 7, que la evaluación condicional y preliminar de mérito para conceder o negar la exoneración total de la multa recae sobre el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia. Sobre este punto, resultaría de gran importancia en pro de la transparencia y efectividad del programa que se especificara qué tipo de herramientas o criterios de análisis serán empleados para tal fin. (Sánchez, 2013).

competencia, en caso de que informen a la autoridad de competencia acerca de la existencia de dicha conducta y/o colaboren con la entrega de información y de pruebas, incluida la identificación de los demás participantes.

Con respecto a las sanciones en los procesos de investigación por prácticas anticompetitivas en Colombia, estas conllevan la aplicación de multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

Si se expresa el monto anterior con una tasa representativa del mercado (TRM) promedio de 3.092 pesos/dólares⁵³ y un salario mínimo de \$737.717 pesos, indicaría que el tope de la multa en el mercado norteamericano sería del orden de \$309.200 millones de pesos mientras la multa colombiana sería de \$73.771 millones de pesos, lo que sugeriría una diferencia en pesos corrientes a 2017 de \$235.428 millones de pesos.

3.2 Prácticas Restrictivas de la Competencia⁵⁴

3.2.1 Acuerdos Anticompetitivos

Para el derecho antimonopolios, el término *acuerdo* hace referencia básicamente a una conjunción de voluntades que se hace expresa o tácitamente, a través de la cual dos o más empresas convienen una práctica en particular. Los acuerdos contrarios a la libre competencia en ambas legislaciones pueden ser horizontales o verticales. Los primeros son aquellos que vinculan dos o

53 Promedio año corrido tomado del Sistema Estadístico del Banco de la República: http://www.banrep.gov.co/es/series-estadisticas/see_ts_trm.htm (consultado el día 20 julio de 2015).

54 Generalmente se aplica este término a un gran número de prácticas comerciales que tienen por objeto o efecto restringir la competencia entre las empresas. En JULIO PASCUAL Y VICENTE, *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa*, puede encontrarse mayor información sobre las prácticas consideradas anticompetitivas en España. (2002, 318).

más agentes económicos situados en el mismo nivel de la cadena productiva, mientras que los segundos reglamentan relaciones entre agentes que desarrollan sus actividades en mercados diversos, muchas veces complementarios. Para determinar el mercado relevante de un producto, primero se determina el sector donde las empresas participantes desarrollan su actividad, con el fin de realizar un diagnóstico general sobre las características del mercado donde se localizan las empresas. De acuerdo a la Superintendencia de Industria y Comercio, para identificar el mercado relevante se tienen en cuenta fundamentalmente tres elementos: factores del lado de la demanda, factores del lado de la oferta y otras características del mercado que eventualmente pueden incidir en la determinación del precio. En este sentido, D. Amín manifestó,

Los acuerdos horizontales neutralizan la competencia entre los agentes que actúan directamente en un mismo mercado relevante, mientras que los acuerdos verticales pueden producir efectos anticompetitivos en tres mercados específicos: a) el de suministro de materia prima, b) el mercado de producción y c) el mercado de distribución (2004, 76).

3.2.1.1 En Estados Unidos

En este país los acuerdos fueron objeto de regulación desde la Sección 1 de la Ley Sherman, tal como señalamos en el capítulo II, a través de la cual quedaron prohibidos en forma general toda clase de acuerdos que tendieran a restringir la competencia entre los diversos estados de la unión o con naciones extranjeras. Lo anterior implicaba la ilegalidad *per se* de acuerdos para la fijación de precios⁵⁵ y acuerdos verticales u horizontales; sin embargo la hermenéutica judicial empezó a

⁵⁵ La fijación concertada de precios ha sido considerada ilegal en forma persistente por la Corte suprema de Estados Unidos, en tal sentido manifiesta: Todo acuerdo entre competidores que tienda a alterar la estructura de precios del mercado, constituye una actividad ilegal”....”Bajo la Ley Sherman, un acuerdo formado con el propósito y para el efecto de incrementar, reducir, fijar o estabilizar el precio de un bien en el comercio interestatal o internacional, es ilegal *per se*” (U.S. Supreme Court. *United States vs Socony Vacuum Oil Co*, 310 U.S. 150 (1940) Argued February 5, 6, 1940. Decided May 6, 1940).

mostrar con el tiempo una especial tolerancia a los mismos, en la medida en que se lograra demostrar que el acuerdo mejoraba la asignación de recursos en la sociedad y alcanzando la eficiencia económica, y por tanto la restricción resultara *razonable* comparada con el beneficio que obtiene el público en general.

A partir del año 1918 continuaron estructurándose diversas tesis en uso de la *regla de la razón*, con las cuales se concluyó que bajo determinadas circunstancias una práctica no se debía catalogar como ilegal, siempre que los acuerdos tuvieran por objeto organizar el mercado, se tratara de prácticas no conocidas y promovieran el acceso de nuevos productos en el mercado.

Con todo lo anterior, para que pueda existir una violación a la sección 1 de la Ley Sherman se requiere la existencia de dos o más sujetos que cometan la violación y demostrarse la existencia de un contrato, acuerdo o conspiración. Un aspecto importante se refiere al hecho de que el solo intento de conspiración no constituye por sí misma una violación a la sección 1 de la Ley Sherman, lo que en la práctica hace que siempre se requiera evidencia circunstancial para demostrar el acuerdo (la exigencia probatoria es muy fuerte y los recursos estatales asignados para hacerlo son elevados).

Adicionalmente este sistema viene acompañado de un programa de delación⁵⁶ que promueve la consecución de información clave los procesos de investigación contra los cárteles; al respecto cabe señalar que las sanciones en los procesos de investigación por prácticas anticompetitivas en los Estados Unidos conllevan la aplicación de fuertes multas que de acuerdo con el Departamento

56 De acuerdo a Dennis Sánchez Navarro en el documento de trabajo escrito para la Superintendencia de Industria y Comercio, “Los programas de delación han sido vistos como un instrumento importante para hacer cumplir la política de competencia en todo el mundo. En particular, los programas de clemencia son uno de los instrumentos más importantes para fortalecer la política de competencia frente a los cárteles y una de las intervenciones más importantes de defensa de la competencia. Los programas están orientados a generar incentivos para que los agentes participantes de un acuerdo colusorio tiendan a desviarse, es decir, desestabilizar el cártel. (...) de modo que se deteriore la confianza entre los participantes del cartel y se promueva la iniciativa de dichos agentes a denunciar el acuerdo ante las autoridades de competencia.”

de Justicia pasaron de los 10 millones de dólares a 100 millones de dólares en el año 2004. (Sánchez, 2013,16).

Para terminar, hay que resaltar para los propósitos de esta tesis que el régimen antitrust norteamericano en el campo internacional contempla una excepción expresa a favor de los cárteles de exportación, a los cuales protege a través de una presunción de legalidad frente a las leyes antitrust. En efecto, la *Web-Pomerene Act* de 1918 exceptúa de la aplicación de la *Sherman Act* y de la *Clayton Act* a las asociaciones de empresas creadas con el único fin de realizar exportaciones y cuya actividad exclusiva sea la venta de bienes o de servicios, con destino a mercados externos. Para gozar de la exención referida, es preciso demostrar que la actividad de las compañías en cuestión, no tendrán efectos perjudiciales en los Estados Unidos⁵⁷(Ibarra, 2004, 162).

Unos años más tarde, la *Foreing Trade Company Act* (1982), vino a complementar la legislación anterior, recalando la imposibilidad de iniciar proceso alguno bajo la ley *Sherman* a cualquier actividad de exportación que no tuviera un efecto directo, sustancial y razonablemente predecible, en el comercio de los Estados Unidos⁵⁸. Sobre la legislación referida se profundizará más adelante en el presente capítulo.

⁵⁷ Tal como lo menciona Gabriel Ibarra Pardo (2004) en su artículo: El derecho de la competencia en las relaciones comerciales internacionales, gracias a la *Web-Pomerene Act* este tipo de compañías pueden obtener un certificado de revisión de la Secretaría de Comercio, el cual protege al exportador de cualquier posibilidad de ser condenado por la realización de alguna práctica restrictiva o de incurrir en responsabilidad penal, y confiere la presunción de legalidad, a las actividades cubiertas por el certificado. Para ampliar este aspecto véase a GUZMÁN ANDREW T., Is international Antitrust possible?, New York University Law Review, n° 5, vol. 73 (1998,1514).

⁵⁸ De acuerdo al Departamento de Comercio de los Estados Unidos, “La Ley de comercio exterior de la empresa fue creada por el Congreso para permitir a las empresas estadounidenses colaborar entre sí para reducir sus costes de exportación, ser más eficientes en la exportación, y, a su vez, competir más eficazmente en el mercado de exportación. Es el Departamento de la Oficina de Comercio y la Oficina de Análisis Económico del Departamento de Comercio de los Estados Unidos quien administra el Certificado de Exportación en el Comercio exterior.”.(traducción propia).

3.2.1.2 *En Colombia*

Para el derecho de la competencia en Colombia el término *acuerdo* o *convenio* está envuelto en la prohibición general determinada por el artículo 1° de la Ley 155 de 1959⁵⁹ que expresa en términos generales que: “Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”, razón por la cual el Decreto 2153 de 1992 define el término diciendo que comprende “Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”; que consiguientemente con el artículo 47:

Tengan por objeto o como efecto: la fijación directa o indirecta de precios, determinar condiciones de venta o comercialización, la repartición de mercados entre productores o distribuidores, la asignación de cuotas de fuentes de abastecimiento, producción o suministro, limitación a los desarrollos técnicos, la subordinación en el suministro de un producto afectando los niveles de producción, la colusión en las licitaciones o concursos públicos e impedir a los terceros el acceso a los mercados o canales de comercialización (Decreto 2153 de 1992).

El concepto abarca un amplio espectro que es necesario dilucidar. Por un lado, podríamos imaginar una escena tomada de una obra literaria de acción y espionaje, donde aparece un grupo de conspiradores reunidos clandestinamente para fijar las condiciones específicas de su

⁵⁹ La ley 155 de 1959 define en su artículo 1° lo siguiente: Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

componenda, y por otro lado, la escena en la cual diferentes agentes económicos, poderosos y sin ningún vínculo ni relación, resultan manejando escenarios colusivos de manera tácita.

Dentro de esta dupla de escenarios descritos por el Decreto 2153, algunos acuerdos no suponen mayores problemas de identificación debido a su especificación. Ejemplo de ello podemos verlo en aquellos eventos en que los convenios quedan plasmados por escrito en documentos propios de las compañías; al respecto es famosa la escena estadounidense protagonizada por Rockefeller y Vanderbilt (siglo XIX), donde los acuerdos colusivos entre ellos quedaron registrados en actas de la empresa. Por otro lado, pueden existir casos en los cuales los acuerdos no consten por escrito ni se pacten de manera verbal, sino que se acuda a acuerdos mucho más sutiles - tácitos (actuaciones unísonas y voluntarias) que perjudican la sana competencia. A éste tipo de acuerdos, la legislación colombiana los define con el nombre de *prácticas concertadas o conscientemente paralelas*⁶⁰.

Hoy por hoy, en el régimen de protección de la competencia en Colombia estos acuerdos no ofrecen dificultad en su identificación, ya que su existencia puede llegar a probarse con cualquier medio admitido por la ley. Sin embargo, entender realmente qué son y en qué consisten estas prácticas, ha sido tarea importante que se ha logrado gracias a la evolución de esta disciplina y la experiencia adquirida a lo largo de los años por la autoridad nacional de competencia. Es así como la respuesta a los interrogantes referidos fue depurada por la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC), quien consideró que la forma del acuerdo plasmado no es tan

⁶⁰ Los economistas ilustran el caso con el ejemplo hipotético de las estaciones de gasolina situadas cada una en las salidas de un pueblo, donde el cambio de precio de una lleva a que al otra haga lo mismo y así sucesivamente. Si bien los dueños de los negocios no se han puesto de acuerdo expresamente, sea por escrito o verbalmente, la colusión de todas formas se da porque cada uno de estos personajes se mueve en el mismo sentido que el otro, de tal forma que al final del camino el resultado es exactamente el mismo de haber mediado un acuerdo expreso (Kaplow y Shapiro, 2007)

importante, en tanto que se demuestre la concurrencia de dos elementos esenciales a saber, por un lado a) la bilateralidad y por el otro, b) el consenso, cualquiera que sea su apariencia y forma⁶¹.

La doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio apunta precisamente a seguir los lineamientos norteamericanos y, en este sentido, se habla de la *ilegalidad intrínseca* de los acuerdos de cártel, los cuales son sancionados debido a su carácter absolutamente ilegal, conforme a la prohibición establecida dentro del régimen general de la libre competencia por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y los artículos 46 y 47 numeral 3° del decreto 2153 de 1992⁶².

Finamente, es relevante resaltar el carácter <ex ante> de los acuerdos en el derecho antimonopolios colombiano, dado que no es necesario que el acuerdo produzca efectos reales para que pueda considerarse como tal; es por este motivo, que en la relación de acuerdos expresada en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se deja expresamente considerado que los acuerdos pueden serlo, bien por su mero objetivo o por el efecto real causado,⁶³ esto constituye a la vista de los

61 Así lo dejó expresado en el caso de American Airlines, Continental Airlines y British Airways, donde la Superintendencia dijo: Estas figuras, contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela, deben contener la voluntad exterior que permita colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades que se identifiquen entre sí, es decir, una actuación conjunta (...).

62 Un asunto específico de ilegalidad intrínseca de un acuerdo de cártel, se dio en el caso del acuerdo de cártel descubierto para fijar los precios de las comisiones de los afiliados a la Lonja de Bogotá, en donde los argumentos de defensa se dirigían a explicar que la fijación de precios de las comisiones de los afiliados era una costumbre antiquísima entre los infractores, y que por lo tanto no era ilegal. Sin embargo, en este caso la autoridad respondió que el cártel estaba demostrado y que la costumbre no fue probada, tratándose en todo caso de una costumbre contra legem, por lo tanto no válida.

Otro evento de cartelización se dio en el caso del cártel del azúcar, contra la Nacional de Chocolates y Lúker, en donde el acuerdo se dio para establecer los precios de compra del cacao a los agricultores. En este caso la defensa de las empresas investigadas se dirigió a explicar que los precios de compra habían sido amparados por el mismo Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, dentro del marco de los acuerdos de cadena del sector cacaotero (ASCCCA). Luego de terminada la etapa probatoria, este argumento fue desvalido por el ministerio, dado que los acuerdos de precios no eran necesarios para alcanzar una mejor competitividad en el sector, por lo que tampoco formaron parte de los mencionados acuerdos cacaoteros de cadena.

63 El capítulo tercero de la ley modelo de la UNCTAD, por ejemplo, sobre convenios o acuerdos restrictivos, se refiere expresamente a los convenios para fijar precios, la licitación colusoria, el reparto de mercados, restricciones a la producción o de las ventas, la negativa concertada a comprar, suministrar o acceder a un acuerdo que sea decisivo para la competencia. Aclara que los anteriores pueden ser los acuerdos más comunes, sin embargo aduce que esta lista debe ser lo suficientemente permeable como para que quepan otros tipos de acuerdos (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCTAD). Capítulo 3°. Naciones Unidas, Nueva York, 1987).

competidores, un criterio sancionatorio mucho más estricto que el aplicado en el país del norte, dada además la imposibilidad de procedencia de la apelación.

3.2.2 Integraciones Empresariales⁶⁴

Las adquisiciones, alianzas y en general las integraciones forman parte del pan de cada día en la vida de las empresas y por esta razón, lo primero que se debe decir es que el derecho antimonopolios no tiene ningún perjuicio en contra de este recurso tan importante de la gestión empresarial (Cortázar, 2010, 163). Tanto en Estados Unidos como en Colombia las integraciones empresariales son prácticas comerciales que garantizan en cualquier ámbito el progreso económico, por lo que, siempre que no genere reproches en el campo antimonopolios es una actividad que se considera favorable.

Con todo ello, Barón Barrera (2010) manifiesta en su libro: *El derecho de la competencia en los grupos empresariales*, que la integración está ligada indefectiblemente a la concentración económica, por lo que

El grado de concentración permisible en cierto Estado o territorio es un problema de política económica ya que se trata de conciliar dos objetivos distintos. Por un lado, debe permitirse el crecimiento de las empresas hasta que alcancen su dimensión óptima para que realicen mayores inversiones en activo fijo, investigación científica, se beneficien las economías de escala, aumenten la eficiencia, y por otro lado mantener una cierta dosis de competencia en el mercado con el objeto e impedir que el excesivo poder sobre el mismo,

64 Para Julio Pascual y Vicente (2010), el término Integración Empresarial se utiliza también como sinónimo de concentración empresarial, aunque a veces se aplique en un sentido más restringido haciendo referencia únicamente a los procesos de fusión y absorción de empresas. (2010,242).

produzca una ineficiente utilización de recursos o presión del consumidor y beneficio excesivos.”(Martorrell, 2013).

En este sentido, cuando las integraciones son significativas, pueden crear situaciones desfavorables para la libre competencia con el correspondiente efecto de aumento de precios y reducción de la oferta propios de este esquema, perjudicando no solo a los consumidores, sino a la economía en general, y es en este aspecto donde el derecho antimonopolios cumple una función eminentemente preventiva, que consiste en evitar que tales efectos negativos y desfavorables se materialicen (Cortázar, 2010,164).

A continuación se presenta el régimen estadounidense y el colombiano respecto de las integraciones.

3.2.2.1 En Estados Unidos

Desde el *Clayton Act*, las fusiones y adquisiciones que afectan el comercio en cualquier parte del país, y aquellas cuyo efecto sea el de reducir significativamente la competencia o la creación de un monopolio están prohibidas en EEUU (*Clayton Act*, Sección 7). En virtud de ello, las operaciones de este tipo son controladas por las agencias encargadas de concentraciones en EEUU: Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission*) y Departamento de Justicia, más aún cuando la unión de firmas se encuentra en el mismo nivel de la cadena económica (concentraciones horizontales), teniendo para sí que éstas concentraciones disminuyen la posibilidad de elección del consumidor, lo cual es inaceptable. Las concentraciones verticales (firmas que se encuentran en niveles diferentes de la cadena económica) y las operaciones que reúnen empresas que están presentes en mercados no relacionados (constitución de conglomerados) pueden en cambio ser aceptadas en EEUU, ya que estas operaciones al parecer, no tienen el efecto de limitar el poder de elección de que disponen los consumidores (Nihoul, 2005, 273).

En Estados Unidos, gracias al Programa Hart Scott-Rodino de Notificación previa de las fusiones (vigente desde 1976)⁶⁵, se otorga una oportunidad valiosa a las agencias encargadas de autorizar fusiones, para examinar las transacciones propuestas y tomar medidas para impedir la consumación de transacciones que infrinjan las leyes antitrust⁶⁶. Mientras tanto el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio mantienen las estadísticas de fusiones y adquisiciones notificadas conforme a la ley Hart-Scott-Rodino (Witker, 2000,130), facilitándose un mayor control a las mismas.

La ley establece la obligación de una notificación previa a la fusión siempre que se cumplan las condiciones siguientes:

1. Que la parte adquirente o la adquirida participe en el comercio o en cualquier actividad que lo afecte.
2. Que como resultado de la transacción, el adquirente obtenga títulos con derecho a voto o activos de la firma adquirida valorados en más de US\$ 305.1 millones de dólares,⁶⁷ independientemente de las ventas o activos de la adquisición.
3. Que como resultado de la transacción, el adquirente obtenga un monto total de los títulos con derecho a voto o de los activos de la persona adquirida valorados en más de \$ 76.3 millones pero no más de \$ 305.1 millones.

⁶⁵ Información adicional puede obtenerse en el sitio web de la Comisión Federal de Comercio en <http://www.ftc.gov/bc/hsr>

⁶⁶ De acuerdo a Javier Cortázar Mora en su libro: Curso de Derecho de la Competencia, aun cuando solamente las grandes integraciones son las que llegan a la autoridad de competencia, el estudio de estos casos de lejos supera en número todos los otros temas del derecho antimonopolios. A partir del año 2000 en Estados Unidos, por ejemplo, se calcula que el valor de las integraciones ha superado el billón de dólares. En este periodo las agencias de control empezaron 1697 casos para objetar integraciones y 75 casos de monopolización, de manera que aunque se trata de una actividad preventiva, es la que genera más actividad y consume mayores recursos y esfuerzos de la comunidad antimonopolios. (2011, 165).

⁶⁷ Umbrales actualizados para el año 2015, de acuerdo al Registro Federal en el Diario del gobierno de los Estados Unidos de fecha 21 Enero de 2015 publicado por la FTC en <https://www.federalregister.gov/articles/2015/01/21/2015-00933/revised-jurisdictional-thresholds-for-section-7a-of-the-clayton-act>, visto el 27 de Junio de 2015.

4. Cuando una de las partes Tenga ventas anuales o activos totales de 15.3 millones de dólares o más y esté siendo adquirida por otra que tiene activos totales o ventas netas anuales de 152.5 millones o más.

Sea importante mencionar en este punto dos casos significativos de fusión de grandes empresas con poder de mercado en Estados Unidos. El caso Dow-Dupont y Bayer-Monsanto. La fusión Dow-Dupont fue recientemente autorizada por las autoridades Estadounidenses, dos compañías poderosas dedicadas de la industria agroquímica, que en junio de 2017 se unieron para crear un gigante mundial del sector de las semillas y productos fitosanitarios. Esta integración representa una circunstancia importante en temas de biociencia, química y transformación de alimentos, ya que el comercio internacional se enfrenta a un nuevo gigante de la agroindustria. La operación autorizada bajo la premisa de generar una competencia efectiva en los mercados.

Por su parte, la posible fusión Bayer-Monsanto Company se consolida como una empresa líder a nivel mundial en biotecnología de los alimentos, cultivando cerca del 90% de productos transgénicos a nivel mundial, lo que la ha convertido en una de las empresas más polémicas en el sector agrícola por el manejo de semillas certificadas.

3.2.2.2 En Colombia

Bajo la perspectiva colombiana, las integraciones empresariales pueden ser: 1) horizontales (cuando ligan a dos competidores directos, por ejemplo: dos empresas de calzado) , 2) verticales (aquellas que se dan entre dos empresas de una cadena, como una fábrica de calzado y un distribuidor y 3) de conglomerado (aquellas integraciones que unen a dos empresas que no son competidoras y tampoco están relacionadas verticalmente, por lo que operan en mercados separados, por ejemplo una empresa de calzado y una de gaseosas).

Desde la Ley 155 de 1959 ya se incorporaban disposiciones relativas a la obligación de las empresas de informar al Gobierno Nacional sobre las operaciones para fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí (artículo 4, Ley 155 de 1959 modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009); en virtud de ello, las operaciones de este tipo son controladas en Colombia por la Superintendencia de Industria y Comercio (como autoridad encargada de la aprobación de integraciones),⁶⁸ quien conoce de este proceso siempre que las empresas participantes tengan una misma actividad económica o estén en una misma cadena de valor y sobrepasen los umbrales establecidos en la ley 1340 de 2009⁶⁹, esto es, cuando en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada, ingresos operacionales y activos totales superiores a 100.000 SMLMV⁷⁰. La norma también estipula la exención de notificación para grupos empresariales constituidos y autorizaciones para quienes cuenten con menos del 20% del mercado respectivo.

3.2.3 Abuso de la posición dominante

Esta conducta anticompetitiva requiere como primer supuesto la existencia de una empresa con posición de dominio, que valiéndose de su poder de mercado⁷¹ realiza actos tendientes a eliminar

⁶⁸ De acuerdo al artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, con excepción de aquellas integraciones que comprometan exclusivamente entidades de las vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, será esta misma la autoridad la competente para decidir sobre la procedencia de dichas operaciones.

⁶⁹ Respecto del control de integraciones empresariales, el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 refiere que son las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor y que cumplan con las condiciones estipuladas por la Superintendencia, las que estarán obligadas a informar sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse.

⁷⁰ Umbral fijado a partir del 1 de enero de 2015 y hasta el 31 de diciembre de 2015 por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante Resolución Número 82040 del 26 de diciembre de 2014.

⁷¹ De acuerdo a Delio Gómez Leyva, una característica fundamental de la posición dominante es la posesión de poder sustancial por parte de una empresa, lo que le permite actuar con independencia de sus competidores, clientes y consumidores, terminando por entorpecer la competencia efectiva.

la competencia, utilizando para ello diversas estrategias para abusar de su posición (Witker, 2000,105).

Al respecto, la Ley tipo de defensa de la competencia de las Naciones Unidas en su capítulo II literal I.b. define la posición dominante en el mercado, diciendo que se entiende por ella “(...) la situación en que una empresa, por sí o conjuntamente con otras empresas, está en condiciones de controlar el mercado pertinente de un determinado bien o servicio o de un grupo de bienes o servicios”.

Al respecto, el profesor Alfredo Bullard⁷², describe que la posición dominante

“(...) se da cuando no existen suficientes oferentes y/o demandantes como para evitar que alguno o algunos puedan determinar o influir de manera sustantiva en el precio y las condiciones ofrecidas en el mercado. En un mercado competitivo, todos (oferentes y demandantes) son “tomadores” de precios y de condiciones: esto quiere decir que asumen el precio y las condiciones como dadas, y quien los dicta es el mercado a través de un conjunto indeterminado de decisiones atomizadas. Sin embargo, cuando el número de oferentes o demandantes no es suficiente para que esto se cumpla, uno o unos pocos tienen la facultad de fijar un precio y las condiciones de manera distinta de aquellos que el mercado arrojaría en libre competencia. (1998,4).

De esta forma puede deducirse, de acuerdo a lo mencionado en el libro Guía práctica para la ejecución de la ley antimonopolio para una economía en transición (como se cita en Barón, 2010) que el abuso se asimila a la práctica monopolista de una firma dominante, entendiéndose por tal, aquella que crea o mantiene el poder de monopolio, involucrando la exclusión de competidores y

⁷² En Seminario aplicación de la política de competencia a nivel internacional y su desarrollo en el ámbito nacional (24 al 25 de marzo de 1998): Bullard, Alfredo: ¿Dejar competir o no dejar competir? He ahí el dilema. Las prácticas predatorias y el abuso de posición de dominio. Cartagena, p. 4.

competencia. Tanto en Colombia como en Estados Unidos, la posición dominante no es reprochable, aunque si lo es, la explotación abusiva de la misma. En ambas legislaciones, la posición dominante requiere de tres elementos a saber: una empresa capaz de ocupar la posición de dominio, un mercado susceptible de ser dominado y el dominio de ese mercado.

A continuación se abordará la figura dentro del régimen Estadounidense (conocido como monopolización) y el colombiano.

3.2.3.1 En Estados Unidos

Conforme a lo visto en el capítulo dos (2), el sistema antitrust norteamericano ha tenido una evolución histórica que ha hecho cambiar la concepción de los fines del mismo, por lo que el sistema legal está dirigido a impedir la formación de posiciones dominantes y concentraciones de poder de mercado, siempre que afecten la libre competencia. Sin embargo, siguiendo los postulados de la Escuela de Chicago que acoge la teoría de Milton Friedman y bajo la metodología del “*Economic Analysis of Law*”, se estima en Estados Unidos que el monopolio solo debe ser calificado como ilegal cuando se demuestre que no promueve la eficiencia, restringiendo la producción en detrimento de los consumidores sin una “justificación económica racional”⁷³.

Así lo expresa la Federal Trade Commission (FTC) cuando define Poder Dominante como un término que expresa el poder de una empresa con peso significativo y duradero en el mercado y su capacidad a largo plazo para elevar precios o excluir competidores. Una empresa tiene poder de dominio cuando posee una cuota de mercado del 50% o más⁷⁴. Con base en ello, es ilegal que una

⁷³ En el caso *Aspen Skiing Co. Vs. Aspen Highlands Skiing Corp* (1985), la Corte utilizó este término para determinar la circunstancia en que un monopolio podía ser declarado ilegal cuando no promovía la eficiencia y restringía la producción con el objeto de elevar precios y establecer discriminaciones en detrimento de los consumidores, sin una justificación económica racional.

⁷⁴ Para establecer el poder de dominio o poder de monopolio los Tribunales Estadounidenses miran la cuota de mercado de la empresa. Por lo general no hay poder de monopolio si la empresa (o un grupo de empresas que actúan

empresa con poder de mercado monopolice o intente monopolizar el comercio, estableciendo conductas para mantener o adquirir su posición dominante mediante la exclusión de competidores o previniendo la entrada a los mismos. Al respecto señala la FTC:

Es importante señalar que no es ilegal que una empresa tenga un monopolio, sobre altos precios, o trate de lograr una posición de monopolio por métodos aparentemente agresivos. Una empresa viola la ley sólo si intenta adquirir o mantener un monopolio a través de métodos no razonables. (...) Para los tribunales Estadounidenses, un factor clave en la determinación de lo que es razonable es si la práctica tiene una justificación comercial legítima.⁷⁵ (Traducción y negrilla propias).

3.2.3.2. En Colombia

Desde 1959 con la Ley 155 ya se establecía de manera general un sesgo protector contra el abuso del dominio que las empresas con capacidad para determinar precios en el mercado pudiesen comportar, al referir en el artículo 2° que estas estarían sometidas a la vigilancia del Estado, por tratarse de conductas que ponían en riesgo la sana competencia.

Con posterioridad, la definición legal de posición dominante la encontramos consagrada en el artículo 45 N° 5 del Decreto 2153 de 1992 que expresa: “posición dominante es la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”.

en concierto) tiene menos de 50 por ciento de las ventas de un producto o servicio en particular dentro de una determinada área geográfica. Visto en: <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/single-firm-conduct/monopolization-defined> (19 julio de 2015)

⁷⁵ Al respecto, la FTC persigue las conductas que constituyan prácticas anticompetitivas de acuerdo a la Sección 5 de la Ley de la Comisión Federal de Comercio, que prohíbe "los métodos desleales de competencia" y los "actos o prácticas injustas o engañosas". Visto en <https://www.ftc.gov/enforcement/anticompetitive-practices> el 17 de Julio de 2015.

Con base a lo anterior, y de acuerdo a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) una empresa tendrá posición dominante en un mercado cuando pueda “modificar unilateralmente y de manera sustancial las condiciones en que se presta el servicio o se vende el producto respectivo, sin consideración a los competidores, a los clientes y de manera perdurable”.⁷⁶

Las leyes antimonopolio no establecen para la definición del dominio de una empresa, cuotas de participación en el mercado, salvo en la Ley 142 de 1994 (Artículo 14.13) que para el caso de los servicios públicos domiciliarios determina que la empresa que sirva al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado tendrá posición dominante frente a las demás.

De esta forma, dice la SIC, la práctica del abuso de la posición dominante tiene el propósito de i) prevenir la entrada y/o inducir la salida de competidores, y ii) modificar la conducta de los competidores actuales y/o potenciales; de allí que el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 establece ciertas conductas sancionables que, desplegadas cuando existe posición dominante, constituyen abuso de la misma.⁷⁷ Tales conductas se basan en: la utilización de precios predatorios, discriminaciones, subordinación de suministros so pena de la aceptación de obligaciones adicionales en los negocios, obstrucción del acceso a los mercados o canales de comercialización,

⁷⁶ La Superintendencia de Industria y Comercio, mediante Oficio No. 94839809 del 6 de septiembre de 1994 se expresó así para referirse a la posición de dominio: Con todo ello, una empresa tiene posición de dominio, cuando tiene la posibilidad, sin tener en cuenta que hacen sus competidores, de definir precios, montos de producción, calidad de sus bienes. Tomado de la página: <http://www.sic.gov.co/drupal/practicas-restrictivas-de-la-competencia>

⁷⁷ Las conductas referidas son: 1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos. 2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas. 3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones. 4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado. 5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción. 6. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización. (Decreto 2153/92 Art.50)

las ventas en condiciones y precios diferenciados entre compradores de diferentes partes del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.

3.3 Prácticas desleales

En comparación con las prácticas restrictivas, la regulación sobre prácticas desleales tiene mayor desarrollo a escala mundial, dado que nacen vinculadas al comercio internacional. Estas prácticas se dan cuando “las importaciones de mercancías se llevan a cabo bajo el sistema de discriminación de precios, o bien que hayan sido objeto en su país de origen o procedencia, de subsidios o subvenciones” (Martínez, 2000,118).

De acuerdo a Jorge Witker,

Las prácticas desleales de comercio internacional son comportamientos anticompetitivos que, efectuados por gobiernos o empresas privadas, distorsionan precios a exportadores de bienes y servicios y dañan a los productores domésticos de los países huéspedes. Las modalidades que asumen estas prácticas ilícitas son el *dumping* y las subvenciones. (Witker, 2000,64).

Se pueden encontrar antecedentes de regulación sobre prácticas desleales en la suscripción de los Códigos de Conducta en materia de medidas *Antidumping* y Cuotas Compensatorias suscritos en el contexto del GATT 1947, donde se reconoció al dumping como conducta condenable siempre que cause o amenace causar daño a una rama de la producción existente o en creación de una de las partes contratantes.

Con posterioridad, la Ronda de Uruguay (1986) constituyó un importante avance en materia de prácticas desleales mediante la celebración de dos acuerdos: el Acuerdo relativo a la aplicación del

Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio o Acuerdo Antidumping, y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.

Luego de siete años, en el acta final de Marrakech (1994) quedaron incorporados diferentes instrumentos de carácter multilateral vinculatorios para los miembros de la organización y todos aquellos que en un futuro hicieran parte de él. Tales instrumentos fueron: i) los Acuerdos multilaterales sobre comercio de mercancías, el Acuerdo general sobre el comercio de servicios y el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el Comercio (anexos 1A, 1B y 1C respectivamente). ii) el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de controversias (anexo 2). iii) el Mecanismo de examen de las políticas comerciales (anexo 3). iv) Acuerdos plurilaterales (anexo 4). A este respecto cabe mencionar que los acuerdos en materia de prácticas desleales de comercio internacional (*dumping* y subvenciones) formaron parte de los Acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías. Siendo lo anterior, el Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio de 1994 prevé la necesidad de regular la forma en que los Estados se comportan frente al *dumping*, por lo que establece que es necesario evitar que las medidas *antidumping* se conviertan en un obstáculo al comercio internacional, creando para ello un Comité de Prácticas *Antidumping*, encargado de recepcionar informes sobre las medidas que los Estados miembros hayan tomado para contrarrestar la práctica condenable (Parte II, Artículo 16 Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio).

Por su parte, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias coadyuva designando un Comité para hacer cumplir los objetivos del Acuerdo y procede a determinar cuándo existe una subvención; al respecto el artículo 1º refiere su existencia cuando: a) hay una contribución financiera de un gobierno o cualquier organismo público en el territorio de un país miembro (que implique la transferencia directa de fondos del gobierno a través de donaciones, préstamos o

aportaciones de capital); b) haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios de los productos; c) se otorgue gracias a la subvención algún beneficio. En este punto, y para contrarrestar los efectos de las prácticas mencionadas, el Acuerdo establece que los derechos compensatorios y medidas de salvaguardias que se establezcan, sólo permanecerán en vigor durante el tiempo y en la medida necesarios para contrarrestar la subvención que esté causando daño (Artículo 21.1 Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias).

Con todo ello, claro está en el comercio internacional, que las ventajas comerciales artificiales de la que los exportadores extranjeros gozan gracias al dumping y a los subsidios gubernamentales, pueden llegar a causar efectos negativos en los mercados externos. La venta de mercancía a precios inferiores en esos mercados puede dañar o perjudicar la producción nacional de los países que importan esa mercancía, causando una disminución apreciada o potencial del volumen de producción, de las ventas, de las utilidades, de la productividad, del empleo y los salarios (Craig, s.f. 117,118), así como impedir el crecimiento y desarrollo de nuevas industrias nacionales, tal como quedó identificado en los Acuerdos del GATT.

A continuación se analizará la regulación interna vigente en torno a las prácticas desleales en Estados Unidos y Colombia.

3.3.1 Estados Unidos

Conforme a la regulación antidumping de Estados Unidos, se entiende que existe dumping cuando una entidad extranjera vende en el mercado estadounidense a un precio inferior al del producto comparable de su mercado interno (Ortega, 2008,44). Ya en el año 1916 se conocía la primera legislación estadounidense sobre medidas antidumping: la *Antidumping Act*, estatuto que facultaba al afectado para demandar en búsqueda de una sanción penal ante las Cortes Federales, a aquellas industrias que vendían a precios sustancialmente menores al del mercado, con el

propósito de dañar, restringir o monopolizar una industria doméstica en el país. Como era de esperarse, debido a lo complejo de probar la intención predatoria en la baja de los precios establecidos por una empresa bajo el test riguroso establecido por la norma, esta primera normativa tuvo serios inconvenientes a la hora de su aplicación (Witker, 2000, 176).

Cinco años después, con la Antidumping Act of 1921 se estableció la posibilidad de imponer medidas compensatorias al ingreso de bienes con dumping, con miras a contrarrestar los efectos generados por la práctica; esta ley gobernó hasta 1979 cuando fue derogada y readecuada en términos del Acuerdo Antidumping de la Ronda de Tokio; con anterioridad la norma referida había sido sistematizada en el Título VII de la Tariff Act of 1930 o Ley de Aranceles de 1930 (Ortega, 2008, 43).

La Ley de Aranceles había sido presentada bajo el capítulo IV del título 19 USC y enmendada por la Ley de Acuerdos Comerciales de 1979, a través de la cual se prohibieron las siguientes prácticas en el comercio de importación: i) la utilización de métodos y actos desleales en la importación y venta de artículos en los EEUU, realizadas por el propietario, importador o consignatario cuyo efecto sea destruir o dañar sustancialmente a una industria, evitar su establecimiento, restringir o monopolizar el comercio de los Estados Unidos, infringir patentes establecidas o violación de copyright y marcas registradas en el país.

A través de la *Uruguay Round Agreements Act* de 1994 Estados Unidos ratificó los acuerdos derivados de la Ronda de Uruguay del entonces GATT, mediante el cual se dirigieron esfuerzos hacia el establecimiento de mecanismos para calcular el margen de dumping y el daño material causado, además de un sistema de solución de controversias bajo la conducción de una investigación por antidumping realizada por la Comisión de Comercio internacional y el Departamento de Comercio Internacional.

En torno a las subvenciones, el elemento indispensable para que se tipifique esta práctica desleal en EEUU son los subsidios⁷⁸. Siendo lo anterior, las subvenciones serán objeto de medidas compensatorias en todos los casos, exceptuando los siguientes: subvenciones a la investigación, subvenciones a regiones desfavorecidas, subvenciones para la adaptación de instalaciones existentes a nuevas exigencias ambientales y las pertenecientes al programa de subvenciones notificadas previamente al Comité de la OMC.

Desde la década de 1930 y hasta la fecha Estados Unidos ha contado con una rama amplia de subvenciones y ayudas al productor agrícola⁷⁹, las cuales son de conocimiento del Comité de la OMC. En sus más recientes legislaciones se encuentran las siguientes:

⁷⁸ En los términos del Artículo 1° del Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de la OMC, se considerará que existe subvención: a) 1) cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un miembro (denominados en el Acuerdo "gobierno"), es decir: i) cuando la práctica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y aportaciones de capital) o posibles transferencias directas de fondos o de pasivos (por ejemplo, garantías de préstamos); ii) cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales); iii) cuando un gobierno proporcione bienes o servicios -que no sean de infraestructura general- o compre bienes; iv) cuando un gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación, o encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) supra que normalmente incumbirían al gobierno, o le ordene que las lleve a cabo, y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos; o a) 2) cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994; y b) con ello se otorgue un beneficio.

⁷⁹ El Acuerdo sobre la Agricultura de la OMC clasifica las medidas de ayuda interna a la producción y comercialización de productos agrícolas utilizando tres "compartimientos": -las medidas de la "caja ámbar", las medidas de la "caja verde" y las medidas de la "caja azul". Las medidas de la caja ámbar son aquellas consideradas distorsionantes del comercio. Incluyen entre otras, los precios de sostén, los pagos directos. -Las medidas de la caja ámbar son aquellas consideradas distorsionantes del comercio. Incluyen entre otras, los precios de sostén, los pagos directos que afectan el volumen de producción y los subsidios a los insumos y al capital. -Las medidas de la caja verde son las que no implican pagos directos a los productores, tienen efecto nulo o mínimo sobre la producción y el comercio, no incrementan los precios de mercado y deben estar financiadas por el presupuesto público.

-Las medidas de la caja azul son pagos directos que se efectúan en el marco de programas para limitar la producción.

Tabla 5. *Panorama de subvenciones y ayudas al productor agrícola en Estados Unidos*

LEY	SECTOR	OBJETIVO
<i>Farm security and Rural Investment Act of 2002</i>	Agricultura	Conocida también como <i>Farm Bill (Ley agrícola) de 2002</i> . Es una ley que otorga medidas de ayuda interna a la producción y comercialización de productos agrícolas, a través de un régimen de subsidios a los productores rurales durante el periodo 2002-2007. ⁸⁰ Núcleo central de los programas de apoyo a los agricultores, a través de programas de pagos directos, pagos contracíclicos, préstamos de asistencia a la comercialización y programas de conservación y apoyo a las exportaciones.
<i>The Food, Conservation, and Energy Act of 2008</i>	Agricultura	Conocida popularmente como <i>Farm Bill de 2008</i> . Legislación agrícola que sustituyó la anterior (Farm Security and Rural Investment Act of 2002), designando un presupuesto de US\$307 mil millones durante los cinco años de su vigencia para sus principales líneas de acción: nutrición, conservación, commodities, desarrollo rural, investigación, energía y seguro rural. Ordena subsidios a través de pagos directos a los productores sin importar los costes de producción invertidos en sus productos, ni los niveles de precios y de producción actual. Así mismo ordena pagos contra-cíclicos, los cuales se activan automáticamente cuando los precios corrientes de mercado se reducen por debajo de un precio de referencia fijado en la ley ⁸¹ .
<i>The Farm Bill Act of 2014</i>	Agricultura	Brinda nuevas opciones de seguros de cosecha, simplifica los programas de conservación, modifica algunas provisiones del Programa de Asistencia de Nutrición Suplementaria (SNAP, por sus siglas en inglés) y amplía programas para cultivos especiales, agricultores orgánicos, bioenergía, desarrollo rural, agricultores y rancheros principiantes.

Fuente: realización propia

3.3.2 En Colombia

Conforme a la regulación antidumping colombiana, se considera que un producto es objeto de *dumping* cuando se importa en el mercado colombiano a un precio inferior a su valor normal, esto es, cuando su precio de exportación hacia Colombia es menor que el precio comparable de un

⁸⁰ De acuerdo a Basco, Bucellato, Delich & Tussie con la consecuencia de que el programa de subsidios a los productores rurales deprime los precios y conduce a una suerte de sobrecolocación de estos productos en el mercado mundial.

⁸¹ De acuerdo a la Organización Mundial del Comercio (OMC) los pagos contracíclicos tienen un efecto distorsionante importante, habiendo sido cuestionados por la organización. El Acuerdo sobre la agricultura de la OMC clasifica las medidas de ayuda interna a la producción y comercialización de productos agrícolas utilizando tres “compartimientos”: las medidas de la “caja ámbar”, las medidas de la “caja verde” y las medidas de la “caja azul”. Para la OMC los subsidios relacionados con los precios de los productos deben quedar en la caja ámbar, según lo establecido en el Acuerdo sobre la Agricultura.

producto similar destinado al consumo en el país investigado por la práctica desleal (Artículo 5 Decreto 2550 de 2010). Para efectos de la determinación del dumping en una investigación es preciso considerar entre otros, el precio de exportación (realmente pagado o por pagar), el valor normal del producto en operaciones comerciales normales (valor realmente pagado o por pagar, por un producto similar al importado a Colombia, cuando éste es vendido para consumo en el mercado interno del país de origen, en operaciones comerciales normales) y la realización de una comparación entre el valor normal y precio de exportación, lo cual determinará positivamente una investigación por dumping cuando afecte o amenace afectar una rama de la producción nacional. Se supone en teoría que los precios de los bienes nacionales e internacionales tienen a una paridad o igualación.

El marco regulatorio de prevención contra las prácticas desleales del comercio internacional en Colombia nace con el Decreto 1500 de 1990 (por medio del cual se establecen disposiciones sobre los derechos antidumping y compensatorios), derogado por el Decreto No. 2444 del mismo año y éste a su vez por el Decreto 150 de 1993. Con la Ley 7° de 1991 crea el Consejo Superior de Comercio Exterior como organismo asesor del Gobierno Nacional⁸², encomendándosele dentro de sus funciones la de examinar y recomendar al Gobierno Nacional la adopción de normas para proteger la producción nacional contra las prácticas desleales y restrictivas de comercio internacional. Con posterioridad se promulga la Ley 170 de 1994 que terminó por incorporar a la legislación colombiana el Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo “Antidumping” de la OMC) y el

82 En dicha normativa se establecía como autoridad investigadora de los casos por dumping y subvenciones al INCOMEX, no obstante, como resultado de su liquidación en el año 2000 tal competencia quedó a cargo de la Subdirección de Prácticas Comerciales de la Dirección General de Comercio Exterior, del entonces Ministerio de Comercio Exterior.

Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias, lo que significó un paso muy importante en el afianzamiento de las políticas internacionales del país especialmente en materia comercial.

Dieciséis años después, el gobierno nacional a través del Ministerio de Comercio Industria y Turismo expidió el Decreto No. 2550 de 2010 que regula la aplicación de derechos antidumping respecto a las importaciones originarias de países miembros de la Organización Mundial del Comercio OMC, así como su revisión y examen; lo mismo que respecto a países con los cuales Colombia no haya suscrito Tratados o Acuerdos Comerciales sobre la materia y a países no miembros de la OMC, con los cuales Colombia haya suscrito Tratados o Acuerdos comerciales en este tema.

Al respecto cabe señalar que la Ley 170 de 1994 contentiva del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio (OMC), suscrito en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994 y sus acuerdos multilaterales anexos, constituye el marco regulativo actual en Colombia, por lo que la regulación de los derechos antidumping y compensatorios reciben directamente de allí su guía. En la actualidad la autoridad administrativa competente para conocer de las investigaciones por dumping y subsidios es la Dirección de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, a través de la Subdirección de Prácticas Comerciales.

Por otro lado, Colombia utiliza medidas importantes que buscan favorecer la producción agrícola y afirmar las tasas de crecimiento y exportación; estas medidas se refieren al apoyo interno para ciertos productos, la protección en frontera, los subsidios a la exportación, el respaldo en materia investigativa, tecnológica y beneficios en programas de desarrollo rural, entre otros mecanismos para que los productores puedan hacer frente a la variabilidad de los precios mundiales.

Las medidas mencionadas involucran la adecuación de diferentes prácticas que se consolidan finalmente como un incentivo para el agro; éstas implican a su vez, la realización de transferencias

a los productores⁸³ como forma de apoyo a la actividad económica ejecutada. Con todo ello, estos elementos proporcionan luces sobre el sostenimiento brindado al sector, las cuales se consideran concluyentes a la hora de determinar la competitividad y los flujos bilaterales de comercio e inversión entre ambos países.

Dentro de las políticas Colombianas más relevantes para mejorar el nivel de productividad y competitividad del sector agrícola se implementan:

1. *Las Políticas Internas*: Se caracterizan por su interés en la generación de ingresos para la población rural. Dentro de éstas medidas se cuenta con la *Política Integral de Tierras*, que brinda mecanismos eficaces para la reparación integral a las víctimas de la violencia y del despojo
2. *El Programa de Formalización de la Propiedad Rural*⁸⁴ que promueve el acceso a la propiedad de la tierra, *La reestructuración del Programa Agro Ingreso Seguro (AIS)*⁸⁵
3. *Línea Especial de Crédito (LEC)*, que ofrece una tasa de interés subsidiado a favor del financiamiento de productos de alta sensibilidad⁸⁶ y el programa de *Incentivos a la Capitalización Rural – ICR*⁸⁷. que de acuerdo a cifras del Ministerio de Agricultura y Desarrollo

⁸³ “Las transferencias a favor de los productores se obtienen por cuenta de los consumidores (quienes deben pagar por el aumento de precios de los productos agrícolas en el mercado interno), o por cuenta de los mismos contribuyentes (quienes deben pagar el costo fiscal de las ayudas internas dadas al productor)”. En: “Políticas sectorial y transferencias al sector agropecuario”, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Bogotá, Julio de 2004, p51.

⁸⁴ Creado mediante Resolución 452 de 2010.

⁸⁵ El antiguo programa AIS fue re-encauzado hacia el Programa de Desarrollo Rural con Equidad (DRE), cuya finalidad es mejorar la efectividad de los instrumentos de política pública, la eficiencia en la inversión de los recursos públicos y sobre todo la imparcialidad en su distribución.

⁸⁶ La línea (LEC) está dirigida a pequeños y medianos productores; así mismo otorga financiamiento a grandes productores cuando éstos conformen alianzas estratégicas con pequeños productores, para financiar la siembra de cultivos como el arroz, cebada, avena, frijol, hortalizas, frutales, soya, plátano, yuca, papa, ajonjolí, algodón, entre otros y realizar actividades para mejorar la competitividad del sector lácteo colombiano. De acuerdo al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para el período 2013 - marzo 2014, por ésta línea se desembolsaron: \$424.885 millones de pesos.

⁸⁷ El Incentivo a la Capitalización rural- ICR es un beneficio económico que se otorga a una persona natural o jurídica, por la realización de inversiones nuevas dirigidas a la modernización, competitividad y sostenibilidad de la producción agropecuaria. De acuerdo a cifras del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, entre enero 2013 y marzo de 2014 se atendieron 93.334 solicitudes con un ICR pagado de \$393.186 millones.

Rural, entre enero 2013 y marzo de 2014 recibió 93.334 solicitudes, con un ICR total pagado de \$393.186 millones de pesos.

La política de Adecuación de Tierras hace parte de las estrategias internas implementadas en el sector y comprende el apoyo para la elaboración de Estudios y Diseños de Proyectos Asociativos de Adecuación de Tierras (EDAT) a favor de pequeños y medianos productores.

1. *Políticas de Investigación y Desarrollo Tecnológico:* el apoyo en investigación y desarrollo tecnológico se constituyen en una estrategia del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, para mejorar la competitividad de las cadenas productivas, fortalecer su sostenibilidad y abrir o mejorar el acceso a los mercados. En el país, la Corporación Colombiana de Investigación Agropecuaria (Corpoica) y el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) son entidades que en convenio con el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural se encargan de ejecutar actividades de Investigación, Tecnología y transferir procesos de Innovación tecnológica al sector agropecuario.
 2. *Políticas de Protección en Frontera:* De acuerdo al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el apoyo en frontera está constituido en su mayor parte por los aranceles y las restricciones a la importación; siendo lo anterior, la suma de las transferencias por concepto de protección en frontera y las ayudas específicas por producto constituyen lo que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD) denomina: "Estimativo de Subsidios al Productor", más conocido como el ESP. Podríamos hacernos a una idea del ESP en Colombia, a partir del ESP promedio en el período 2002, el cual ascendió a US\$ 945 millones al año, de los cuales el 93% correspondió a protección en frontera y sólo 7% a ayudas internas por producto.
-

Como puede verse, las medidas de apoyo para mejorar el nivel de productividad y competitividad del sector agrícola provienen en gran parte de las medidas de frontera, en vez de políticas internas y/o subvenciones estatales, lo que conlleva consecuentemente a que el consumidor tenga que asumir mayores costos/gravámenes por los productos. En este sentido la protección que deben recibir los productores nacionales en el Tratado de Libre Comercio debe partir por la asignación de un mejor presupuesto destinado al sector, ello significaría una mejora en la asignación recursos para gastos de inversión, que sirvan para tecnificar el agro, mejorar las vías de acceso y dar solución a varios de los problemas que aquejan al sector. Pese a lo anterior, con la Ley 1815 del 7 de diciembre de 2016 (aprobatoria del Presupuesto General de la Nación)⁸⁸ demuestra una vez más que la reiterada caída, en los últimos dos años, en el presupuesto de inversión para el sector agropecuario impide sostener una política agrícola eficiente, acorde con las necesidades reales del sector.

3.4 Otras distorsiones (Excepciones, exenciones, inmunidades y regímenes sectoriales)

Las excepciones, exenciones e inmunidades siempre constituyen un capítulo especial de estudio en el comercio internacional. Aunque la tendencia internacional se dirige hacia la reducción de excepciones, se pueden encontrar países como EE.UU donde las mismas persisten ampliamente.

⁸⁸ De acuerdo a la Ley 1815 de 2016 (aprobatoria del Presupuesto General de la Nación) se puede observar que el presupuesto asignado para este año está por debajo, incluso, que el monto destinado para el agro en el año 2012. La reducción se sustenta en la disminución de la aprobación de recursos para gastos de inversión que pasarían de \$2.130.708 millones en la apropiación de 2016 a \$1.604.397 para 2017.

3.4.1 En Estados Unidos

Los estadounidenses clasifican sus exenciones en dos categorías: a) las de origen jurisprudencial y b) las de origen legal o estatutario (Cortázar, 2011,151)

Las *exenciones jurisprudenciales*, fueron formuladas por la Corte Suprema de Justicia, datan de 1940 y hacen referencia a las *inmunidades implícitas* que aparecen cuando se presenta incompatibilidad entre las leyes antimonopolio y otros regímenes sectoriales; en tal sentido, la Corte resolvió el caso de la Empresa Silver contra la Bolsa de Valores de Nueva York, aduciendo que no existe ilegalidad si una regulación determinada establece una forma de actuar contraria a la libre competencia (Cortazar, 2011).

Dentro de este tipo de inmunidades entran las exenciones por regulaciones territoriales, estatales y locales, caracterizadas por que se fundan en la organización política del país y otorgan la facultad de expedir regulaciones independientes, sin que por ello se viole el derecho antimonopolio. Para que puedan darse las inmunidades de este tipo, la regulación debe estar claramente establecida en la regulación estatal y ser objeto constante de supervisión activa por parte del Estado (American Antitrust Institute-Inmunities).

Por su parte, las *exenciones de origen legal o estatutario* aparecen especialmente durante los años de la gran depresión económica, para contrarrestar la crisis en la sociedad empresarial de la época. Durante este período, Estados Unidos erigió, y ha seguido haciéndolo, un conglomerado de leyes que establecen exenciones en numerosas actividades y sectores específicos de la economía nacional.

A continuación se ilustra el panorama de exenciones legislativas al régimen antimonopolios estadounidense. Se hace exclusivo énfasis en las exenciones del sector agrícola, por ser de especial interés para este trabajo:

Tabla 6. *Panorama de exenciones legislativas al régimen antimonopolios estadounidense.*

EXENCIONES	SECTOR	OBJETIVO
<i>Packers and Stockyards Act</i>	Agricultura	Ley de Empacadores y Corrales. Instituida en 1921 y referida a temas de competencia, prácticas comerciales y protección financiera. Su objetivo básico es mantener una competencia efectiva y prácticas justas de comercio en los mercados de ganado, carne y aves.
<i>Capper-Volstead Act.</i>	Agricultura	<p>Instituida en 1922. La ley refiere a la posibilidad de que los productores agropecuarios actúen en asociaciones con el fin de procesar, preparar, manipular y mercadear a través del comercio interestatal e internacional, en forma colectiva, sus productos.</p> <p>Conforme a lo anterior, la ley permite reducir la competencia entre productores agropecuarios cuando se unen y participan en el mercado como si fueran un solo agente económico; en consecuencia, éstos tendrían la capacidad para acordar legalmente precios de venta, distribuir mercados de manera implícita o explícita y recurrir a otras prácticas que son ilegales a la luz de las leyes de competencia.</p>
<i>Cooperative Marketing Act</i>	Agricultura	<p>Instituida en 1926. La ley de Comercialización Cooperativa permitió a los agricultores intercambiar información pretérita y futura de los cultivos, mercado, información estadística, económica y similares a los agricultores cooperados bajo la <i>Capper-Volstead Act</i>, sin romper por ello las leyes antimonopolio.</p> <p>Anteriormente, bajo la Ley <i>Capper-Volstead</i> se había permitido sólo el intercambio de información sobre precios.</p> <p>La ley creó la División de Comercialización Cooperativa dentro del Departamento de Agricultura de los Estados Unidos para ayudar a las cooperativas en la recopilación e intercambio de datos sobre la producción, los precios y la demanda de productos.</p>
<i>Fishermen's Collective Marketing Act</i>	Agricultura	Promulgada en 1934. Autoriza a los pescadores para organizar cooperativas y a través de ella llegar a la negociación para la venta de pescado y otros productos acuáticos. El objeto de esta ley es permitir una exención a las reglas antimonopolio a favor de los pescadores y otras cooperativas asociadas.

Tabla 6. (Continuación)

<i>Robinson-Patman Act</i>		Ley contra la discriminación de precios. Instituida en 1936. La ley prohíbe las prácticas contrarias a la libre competencia de los productores, específicamente en lo que atiende a la discriminación de precios entre los diferentes compradores de bienes similares en grado y calidad, cuando el efecto producido sea el de reducir la competencia o formar monopolios; sin embargo contiene una exención específica a favor de las asociaciones cooperativas y sin ánimo de lucro, ya que para estas los actos discriminatorios no son ilegales, siendo por ende permitidos.
<i>Anti-hog-Cholera Serum and Hog-Cholera Virus Act.</i>	Agricultura	Ley del código único de Estados Unidos. Se refiere a la facultad que tiene el Secretario de Agricultura para autorizar en audiencia acuerdos de comercialización respecto al manejo del suero anti-cólera contra el virus de cólera porcino, que normalmente obstruyen directamente el comercio interestatal o extranjero del suero anti- virus. En tal sentido, este tipo de acuerdos autorizados se consideran lícitos.
<i>Agricultural Marketing Agreement Act.</i>	Agricultura	La Ley de Acuerdos de Comercialización de Productos Agrícolas fue instituida en 1937. Esta normativa autoriza al Secretario de Agricultura para entrar en acuerdos de marketing con los productores y elaboradores de productos básicos agrícolas. Estos arreglos de acuerdo a la ley están explícitamente exentos de la aplicación de las leyes antimonopolio. Estos acuerdos no violan las leyes de competencia y tienen validez..
<i>Agricultural Fair Practices Act</i>	Agricultura	Instituida en 1967. Es una ley que resguarda la capacidad e independencia de los productores agropecuarios para pertenecer o celebrar contratos con las organizaciones de productores cobijadas por la ley Capper-Volstead Act. La ley considera que interferir el derecho de los productores a unirse voluntariamente en asociaciones cooperativas en la forma que autoriza la Capper-Volstead Act es contrario al interés público y perjudica el flujo libre y ordenado de bienes en el comercio interestatal e internacional.
<i>Federal Agriculture Improvement and Reform Act of 1996</i>	Agricultura	Esta ley intentó definir una política agrícola orientada hacia el mercado, disminuyendo la dependencia de los productores con respecto a los programas de subsidios gubernamentales.; sin embargo

Fuente: Realización propia.

Así las cosas, se puede encontrar que el modelo de protección general de la competencia Estadounidense corresponde con una visión dinámica de la economía, en donde las funciones del derecho antimonopolios están encaminadas a la eficiencia económica, esto es, a garantizar la existencia de competidores fuertes, cooperativas y asociaciones, bajo conductas exentas del derecho antimonopolios y con altos índices de avances tecnológicos que brinden mayor bienestar al consumidor y a la economía del país. De esta manera, el modelo parece haberse trasladado hacia la formulación de una política comercial proteccionista, donde la economía nacional adquiere un amplio poder de dominio en el mercado interno e internacional, siempre y cuando con ello se contribuya al mantenimiento de la eficiencia en el mercado de EEUU⁸⁹.

La revisión hecha sobre la regulación de competencia relacionada con el sector agrícola en Estados Unidos indica que a pesar de que el régimen de competencia es general en todos los sectores económicos, existe un cuerpo normativo específico para este sector, dirigido a incentivar la libertad de negociación y proteger a los productores y asociaciones en situaciones de asimetría comercial, garantizando de esta manera el uso de instrumentos de tipo sectorial que promueven finalmente elementos anticompetitivos en el mercado local e internacional. Todo ello aunado al hecho de la autorización de prácticas anticompetitivas de agentes económicos en los mercados de exportación, ocasionan turbación entre los actores económicos del mercado, y por lo tanto distorsiones del mercado.

En materia del comercio de exportaciones y asociaciones de exportadores también se presentan las siguientes inmunidades:

89 En torno a la regulación de las actividades exportadoras en Estados Unidos, se permite que las firmas se asocien para hacer exportaciones, aunque las prácticas y conductas en que incurran esas asociaciones puedan violar las leyes de competencia, a condición de que las firmas obtengan previamente un certificado de revisión, las actividades se orienten exclusivamente al mercado externo y no tengan efecto perjudicial sobre el mercado interno de los EEUU.

Tabla 7. *Otras inmunidades en materia de exportaciones y asociaciones de exportadores.*

EXENCIÓN	OBJETIVO
<i>Export Trading Company Act (Ley de Sociedades de Comercio de Exportación- ETC).</i>	<p>Instituida en 1982. La ley tiene como propósito aumentar las exportaciones de bienes y servicios mediante la eliminación de dos impedimentos: a) las restricciones a la inversión bancaria y financiación de exportaciones y b) la exención en cuanto a la aplicación de leyes antimonopolio a favor de las asociaciones de empresas exportadoras de bienes y servicios a mercados extranjeros.</p> <p>Promueve la formación de asociaciones de empresarios de bienes y servicios que se dediquen a la exportación de productos hacia mercados extranjeros, a través del otorgamiento de un certificado que otorga inmunidad frente a actos contrarios a la competencia y privilegios procesales en juicios privados⁹⁰.</p>
<i>Ley Webb-Pomerene (Ley de Comercio de exportación).</i>	<p>Instituida en 1918. La ley eximía de las leyes antimonopolio a las asociaciones de exportadores, concediendo inmunidad a las empresas que se combinaran para incentivar el comercio de exportación, en la época de la primera posguerra mundial. Las Exenciones Webb- Pomerene se mantuvieron hasta bien entrada la década de 1920, pero se exceptuaba de la inmunidad aquellos actos que tuvieran un efecto contrario a la competencia dentro de los Estados Unidos o que perjudicaran a los competidores nacionales.</p>

Fuente: Realización propia.

⁹⁰ Respecto a las restricciones horizontales, la oficina de Administración del Comercio Internacional refiere que el análisis para el otorgamiento del certificado de la actividad exportadora conjunta, se realizará estudiando si la actividad tiene un efecto contrario a la libre competencia en el mercado interno de Estados Unidos; de ser así no será otorgado el mismo. Revisado en: <http://www.trade.gov/mas/ian/etca/> el día 02 de diciembre de 2014.

3.4.2. En Colombia

El régimen protector de la libre competencia en Colombia⁹¹ regula dos eventos en los cuales las conductas restrictivas quedan por fuera de la ilegalidad per sé, los cuales se enuncian a continuación: a) *acuerdos que no son ilegales*: el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 señala los acuerdos que de entrada no son considerados ilegales. Dentro de éstos se encuentran: los que se hagan para cooperar en investigación y desarrollo de nuevas tecnologías, los relacionados con estándares, reglas y medidas no impuestos por autoridad, siempre que no limiten la entrada de competidores al mercado, y los relacionados con los procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de instalaciones comunes; b) *excepciones, exenciones, inmunidades y regímenes sectoriales*. En este aspecto se destaca que pese a disponer la Constitución de 1991 el principio de libre competencia económica que rige para todas las personas que participan en actividades económicas, así como para todos los sectores de la economía, estableció su aplicación bajo el principio de la *universalidad de sus preceptos*⁹². Pese a lo anterior, existen excepciones legales que quebrantan el principio de universalidad en ciertos sectores básicos, siempre que éstos produzcan bienes o servicios de interés para la economía general (Ley 155 de 1959. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. Artículo 1, parágrafo. Diciembre 14 de 1959).

⁹¹ Usualmente las leyes de promoción de la competencia, vigentes en los diferentes Estados, tienen un alcance limitado al mercado doméstico. Colombia no es ajena a esa dinámica, y de hecho sus normas sobre competencia, sólo se ocupan de combatir las prácticas que tienen efecto en el mercado nacional, tal como lo menciona el artículo 2º del Decreto 2153 de 1992: Funciones. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: “Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades.”

⁹² En torno a este punto es preciso destacar que, según los artículos 2.1 y 12.2 del decreto 2153 de 1992, la SIC procesará las violaciones de la ley de competencia que sean *significativas* o *importantes*. De esta forma, la Superintendencia puede abstenerse de emprender acciones contra las empresas que participen en conducta anticompetitiva, pero su cuota de mercado sea insignificante.

La determinación de los sectores básicos de la economía se dio en el artículo 1° del decreto 1302 de 1964 que adicionó la ley 155 de 1959 disponiendo que,

Para los efectos del parágrafo del artículo 1° de la ley 155 de 1959 considérense sectores básicos de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general y el bienestar social, todas aquellas actividades económicas que tengan o llegaren a tener en el futuro importancia fundamental para estructurar racionalmente la economía del país y abastecerlo de bienes o servicios indispensables para el bienestar general (Decreto 1302 de 1964. Por la cual se reglamenta la Ley 155 de 1959, en armonía con los Decretos 1653 de 1960 y 3307 de 1963. Artículo 1. Mayo 3 de 1964. D.O 31.922).

Al respecto el decreto enunció las siguientes: el proceso de producción y distribución de bienes destinados a satisfacer las necesidades de alimentación, vestido, sanidad y la vivienda de la población colombiana; la producción y distribución de combustibles y la prestación de los servicios bancarios, educativos, de transporte, energía eléctrica, acueducto, telecomunicaciones y seguros. Vale la pena aclarar que la presente investigación se concreta en el estudio del sector agrícola, sin embargo no puede dejarse a un lado la existencia de diversas exenciones a nivel de otros sectores, las cuales no serán tratadas en este documento, por no ser de su especial interés⁹³.

El sector agrícola, considerado por la ley 1340 de 2009 como sector básico de interés para la economía general,⁹⁴ contiene un régimen de excepción legal establecido en el artículo 5° de la

⁹³ En el panorama colombiano, el artículo 49 del decreto 2153 de 1992 estipula por ejemplo la excepción de los acuerdos que tengan por objeto la cooperación en investigaciones y desarrollo de nueva tecnología, los acuerdos sobre cumplimiento de normas, estándares y medidas no obligatorias siempre que no limiten la entrada de competidores al mercado, y aquellas conductas referidas a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes. En el sector financiero, los institutos de salvamento y protección de la confianza pública y las decisiones relacionadas con su ejecución y cumplimiento adoptadas por la Superintendencia Financiera cuentan con inmunidad antimonopolio.

⁹⁴ El artículo 5 de la ley 1340 de 2009 consideró al sector agropecuario como sector básico de interés para la economía general. En tal virtud expresó que “el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural deberá emitir concepto

misma ley⁹⁵ que a su letra ordena al Ministerio de Agricultura y Desarrollo rural emitir concepto previo, vinculante y motivado en relación con la autorización de acuerdos y convenios que sean pactados entre los competidores,⁹⁶ siempre que éstos tengan por objeto estabilizar ese sector básico de la economía, siendo éste un requisito de efectos sumamente relevantes para la Superintendencia de Industria y Comercio.

Al respecto, la Superintendencia de Industria y Comercio a través de la Circular Única del 19 de Julio de 2001, estableció un conjunto de requerimientos que debe cumplir quien haga la petición para autorización de acuerdos de este tipo, con miras a ser aprobado.⁹⁷ Cabe resaltar que desde el año 2001 no ha habido grandes pronunciamientos ni aclaraciones respecto de la circular mencionada.

Por otra parte en el ámbito sectorial, al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural le fueron estipuladas dentro de sus funciones:

Regular los mercados internos de productos agropecuarios y pesqueros, determinar la política de precios de dichos productos y sus insumos cuando considere que existan fallas

previo, vinculante y motivado, en relación con la autorización de acuerdos y convenios que tengan por objeto estabilizar ese sector de la economía”.

95 El artículo 5° de la Ley 1340 de 2009 sobre la aplicación del régimen general de competencia en el sector agrícola expresa: “Para los efectos del parágrafo del artículo 1° de la Ley 155 de 1959, considérese como sector básico de interés para la economía general, el sector agropecuario. En tal virtud, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural deberá emitir concepto previo, vinculante y motivado, en relación con la autorización de acuerdos y convenios que tengan por objeto estabilizar ese sector de la economía”.

96 Acuerdos y convenios que tienden a restringir la libre competencia.

97 Al respecto la Circular Única de la SIC expresa que “El interesado deberá demostrar que se trata de un sector básico de la producción de bienes y servicios de interés para la economía nacional. A su paso menciona que la petición deberá indicar los siguientes elementos: a) una descripción del acuerdo, convenio, práctica, procedimiento o sistema; b) las empresas que participan; c) el objeto del acuerdo y condiciones que serán aplicadas; d) la duración del mismo; e) Las normas específicas cuya inaplicación temporal se pretende; y f) la justificación del acuerdo, pormenorizando su efecto en defensa de la estabilidad del sector. Aunado a lo anterior, la Circular determina que deberá señalarse el mecanismo que permita que la Superintendencia vigile el comportamiento de las variables económicas del sector, en caso de que considere que las condiciones del mercado que llevaron a la celebración del acuerdo han sido superadas y el sector se encuentra estable, para proceder a dar por terminado el acuerdo (aun antes del plazo previsto) (Circular Única Superintendencia Industria y Comercio. Revisada en la página web de la Superintendencia: <http://www.sic.gov.co/drupal/titulos-circular-única>, el 20 de Septiembre de 2016)

en el funcionamiento de los mercados y proponer a los organismos competentes la adopción de medidas o acciones correctivas de distorsiones, en las condiciones de competencia interna de los mercados de dichos productos.

Corolario a lo anterior, ejerce una importante labor a la hora de “Formular y adoptar la política sectorial de protección de la producción nacional en coordinación con el Ministerio de Comercio Exterior, en las áreas de su competencia (Decreto 2478 de 1999. Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y se dictan otras disposiciones. Artículo 3 No. 13 y 14. (Aclarado por el artículo 1 del Decreto 967 de 2001. Diciembre 17 de 1999. D.O 43.819).

Con todo ello, puede avizorarse que en la práctica el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural ha hecho diversas intervenciones en materia de fijación de precios, pero no ha ido más allá en el uso de estas disposiciones, especialmente respecto de la función otorgada por el artículo 5° de la Ley 1340 de 2009.

Al lado del régimen nacional, el régimen Andino no consagra ninguna exención concreta (Cortázar, 2011), por lo que hasta el momento no puede hablarse de ello.

3.5 Actos de competencia desleal

El régimen de competencia desleal está encaminado a buscar el correcto funcionamiento del mercado, protegiendo la libre y leal competencia económica de todas aquellas conductas que constituyan un falseamiento de la misma y que atenten contra la transparencia del mercado (González & Moyano, 2005,83). En este sentido, todo acto o hecho que se realice en el mercado, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial y a los usos honestos en materia industrial o comercial, constituye competencia desleal y debe sancionarse.

La protección contra la competencia desleal ha sido reconocida como parte de la protección de la propiedad industrial desde hace casi un siglo. Es así, que en 1900, durante la Conferencia Diplomática de Bruselas para la Revisión del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, se manifestó por primera vez este reconocimiento mediante la inserción del Artículo 10*bis* en el Convenio (OMPI, 1994). De esta manera se tiene que, la protección contra la competencia desleal complementa eficazmente la protección de los derechos de propiedad industrial⁹⁸.

En el ámbito internacional, la necesidad de proteger la libre competencia ha sido latente y refleja particularmente las concepciones sociológicas, económicas y éticas de cada sociedad en particular (OMPI, 1994, 71). La experiencia demuestra que violaciones de las reglas básicas de competencia económica son frecuentes en el ámbito de las relaciones mercantiles, industriales, artesanales o agrícolas, siendo cometidas aún por el empresario más honesto y cuidadoso. Es por ello que un compromiso clave en el ejercicio del comercio internacional, es evitar todas aquellas circunstancias que constituyan una afectación de los intereses del empresario, del consumidor y del público en general.

98 A primera vista, parece que hay diferencias básicas entre la protección de los derechos de propiedad industrial, como las patentes, los diseños industriales registrados, las marcas registradas, etc., por una parte y la protección contra actos de competencia desleal, por la otra. Mientras que los derechos de propiedad industrial, como las patentes, se conceden previa solicitud en las oficinas de propiedad industrial y confieren derechos exclusivos respecto del objeto de la concesión, la protección contra la competencia desleal no se basa en la concesión de derechos, sino en la consideración- ya sea indicada en disposiciones legislativas o reconocida como un principio general de derecho- que los actos contrarios a los usos comerciales honestos deben prohibirse. En muchos países como Estados Unidos, la utilización no autorizada de una marca que no ha sido registrada se considera ilegal, sobre la base de principios generales que pertenecen al campo de la protección contra la competencia desleal. El anterior ejemplo muestra que la protección contra la competencia desleal complementa eficazmente la protección de los derechos de propiedad industrial, como patentes y marcas registradas. Por supuesto, hay otros casos de competencia desleal, por ejemplo, el caso mencionado en el Artículo 10 bis.3)2) del Convenio de París, a saber una aseveración falsa en el ejercicio del comercio capaz de desacreditar a un competidor, en cuyo caso la protección contra la competencia desleal no tiene esa función de complementariedad. Ello se debe a que la noción de competencia desleal abarca una gran diversidad de actos. (OMPI, 1994)

La necesidad anterior quedó plasmada en el Artículo 10*bis* del Convenio de París⁹⁹, adherido por EEUU en marzo de 1887 y por Colombia en Junio de 1996, que hizo expresa la obligación de los países contratantes de asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal.

Al respecto, el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial, administrado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) define competencia desleal como todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial, por lo que en particular los países deberán prohibir: 1. cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; 2. las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; 3. las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

Con todo lo anterior, los países han visto desarrollada su protección contra actos de competencia desleal de diversas maneras. Algunos países como Colombia, han aprobado una legislación especial sobre la materia¹⁰⁰, mientras que otros, como EEUU no se inclinaron por un estatuto específico sino que aluden su interpretación a través de los principios generales del derecho y

99 El artículo 10*bis* del Convenio de París refiere la obligación de los países contratantes de asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal. Refiere que constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial. Y manifiesta que en particular deberá prohibirse: 1. cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; 2. las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; 3. las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

100 Por medio de la Ley 256 de 1996 se dictan normas sobre competencia desleal en Colombia.

especialmente el acto ilícito de fraude comercial; de tal forma que, a la fecha no se encuentra una norma específica sobre competencia desleal en este país (OMPI, 1994). Pese a lo anterior, desde el año 1946 y en virtud de la disposición sobre la protección de marcas de la Sección 43.a) de la Ley de Marcas Estadounidense (Ley Lanham) se concedió una protección legal contra las alegaciones falsas o engañosas utilizando marcas de productos o servicios no autorizados, los cuales se consideran ilegales (fraude comercial) sobre la base de principios generales que pertenecen al campo de la protección contra la competencia desleal¹⁰¹.

Siendo lo anterior, se tiene que la base jurídica para la protección contra la competencia desleal se halla no solo en las legislaciones nacionales, sino también a nivel internacional en el Convenio de París, del cual hace parte no sólo EEUU sino Colombia.

3.5.1 La competencia desleal en Estados Unidos y Colombia

De conformidad con lo dispuesto en el Convenio de París, los países miembros deben proporcionar una protección eficaz contra la competencia desleal. Para cumplir con esta obligación, los países no están obligados a introducir legislación especial sobre la materia, sin embargo es menester que garanticen la protección a través de cualquier medio existente.

En Estados Unidos la base principal de protección de los competidores gira en torno a las acciones interpuestas por fraude comercial y por violación de secretos empresariales en los Tribunales de Justicia, siguiendo la tradición del *common law*. Siendo lo anterior, de acuerdo a la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI):

101 La Comisión Federal de Comercio (FTC) tiene jurisdicción para perseguir cualquier acto o práctica desleal o engañosa que afecte el comercio interestatal.

La limitada existencia de recursos legales de derecho consuetudinario contra la competencia desleal fue atendida inicialmente en una ley federal mediante el establecimiento de una autoridad administrativa (la Comisión Federal de Comercio) en 1914 y más recientemente, mediante la extensión de una disposición de la legislación federal de marcas (Artículo 43.a) de la Ley de marcas (Ley Lanham) a una amplia gama de indicaciones engañosas, con apoyo de leyes de protección al consumidor.

Por su parte en Colombia, la base de protección de los competidores gira entorno a la legislación especial que para tal respecto se promulgó en 1996. En este sentido, la Ley 256 del mismo año, tuvo por objeto garantizar la libre y leal competencia mediante el respeto del principio de la buena fe comercial, entendida como “los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rigen a los comerciantes en sus actuaciones” (Corte Constitucional, 1992). La legislación se caracteriza a su vez, por señalar los ámbitos objetivo, subjetivo y territorial del régimen como elementos de gran importancia dentro de la protección.

Siendo así, en el ámbito objetivo (Artículo 2 Ley 256 de 1996) los comportamientos previstos por la norma se consideran desleales si se realizan en el mercado y con fines concurrenciales. En cuanto a la finalidad concurrencial, se ha entendido que esta se presenta cuando el acto “por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero”.

El ámbito subjetivo determina la aplicación de la norma tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros partícipes en el mercado, por lo que la ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el pasivo en el acto de competencia desleal (Artículo 3 Ley 256 de 1996).

Finalmente el Artículo 4 define el ámbito territorial de la norma, aduciendo que la ley se aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a

tenerlos en el mercado colombiano; aspecto importante, dado que la sanción de los actos puede ser aplicada no solo a aquellos actos que tengan efectos en Colombia, sino aquellos que siendo realizados en lugar diferente, puedan tener efectos en el mercado nacional.

A continuación se examinarán aquellos actos que se consideran irreconciliables con la noción de lealtad en la competencia, tomando como fundamento la principal fuente de protección internacional del Derecho de la Competencia Desleal, esto es, el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial administrado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), revisando su contenido bajo la perspectiva de la normativa Colombiana y Estadounidense y a la luz del Tratado de Libre Comercio suscrito entre ambas naciones.

Al respecto cabe resaltar, que las categorías de actos de competencia desleal mencionados en el Artículo 10*bis* del Convenio de París¹⁰², no son únicas, y hoy por hoy varios otros actos vienen siendo reconocidos por los tribunales de justicia, siendo objeto de disposiciones legislativas.

3.5.1.1 Actos que causan confusión

De acuerdo a lo establecido por el artículo 10 *bis*.3)1 del Convenio de París y en concordancia, el artículo 10 de la Ley 256/1996 que regula la materia en Colombia, quedaron proscritas todas aquellas conductas que tengan por objeto o efecto crear confusión con la actividad, prestaciones o establecimiento ajenos; por su parte, los países miembros del Convenio de París se obligaron a combatir estos actos, siempre que éstos creen confusión respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor

¹⁰² El Convenio de París menciona expresamente en el Artículo 10*bis* los actos de confusión, inducción al error y los actos de descrédito.

El ámbito que resguarda estos artículos es bastante amplio, dado que ello implica la protección no sólo del competidor sino también del consumidor, contra cualquier tipo de acto que cree una confusión en la actividad comercial, cobijando además aquellos que involucren una marca, un signo distintivo, la procedencia de un producto o servicio, una etiqueta, un lema comercial, indicaciones y las formas de los productos.

Denotando la estrecha vinculación de ciertos actos de competencia desleal con la propiedad industrial, se tiene por ejemplo que la violación al derecho marcario a través de actos que sólo le están autorizados a su titular, puede además ser tipificado como competencia desleal. La confusión sería latente cuando: se reproduzca la marca sobre productos de un tercero, se suprima o modifique la misma con fines comerciales, se fabrique etiquetas, envases, envolturas u otros materiales que reproduzcan la marca sin autorización, se utilice un signo idéntico o similar a la marca cuando ello cause confusión o riesgo de asociación con el titular del registro.

En Estados Unidos, la Ley Lanham, Sección 43.a) también conocida como Ley de Marcas, incluye el concepto de confusión en cuanto al patrocinio, manifestando que en este tipo de confusión los consumidores aunque suponen que los productos o servicios no proceden de la misma fuente, sin embargo sí esperan, debido a la similitud de las marcas, que la utilización de la segunda se deriva de un contrato de autorización /patrocinio por cierto periodo de tiempo.

Frente al TLC Colombia-E.E.U.U. brilla la ausencia de una norma específica sobre competencia desleal por actos de confusión, y ello se debe a la expresa delegación que se hizo dentro del tratado a los países suscribientes para su regulación en materia de competencia

3.5.1.2 Actos de engaño

A través de los años, el engaño ha sido la forma más generalizada de competencia desleal. Se presenta cuando se induce al error creando una impresión falsa de productos o servicios ofrecidos

por el competidor, por lo que la conducta es contraria a los usos honestos y en consecuencia se haya proscrita.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 10 *bis*.3)3 del Convenio de París y en concordancia, el artículo 11 de la Ley 256 de 1996 que regula la materia en Colombia, quedaron prohibidas todas aquellas conductas que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos. Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

La anterior norma brinda una protección al consumidor promedio¹⁰³ y al competidor honesto, dado que la transparencia del mercado disminuye y los actores pueden recibir los efectos negativos de su comportamiento inducido. En consecuencia, se encuentra que tanto Colombia como EEUU analizan la conducta engañosa partiendo de la suposición de la existencia de un consumidor promedio que utiliza su capacidad crítica y no es fácilmente influenciado por declaraciones falsas. Partiendo de esta perspectiva se encuentra además, que mientras el acto de engaño se halla amparado en disposiciones especiales sobre competencia desleal en Colombia, en otros países como EEUU el acto engañoso queda cubierto bajo el rubro de la confusión (o fraude comercial) de la legislación especial sobre marcas y nombres comerciales de ese país.

103 Entiéndase por consumidor promedio, aquel que está bien informado y es suficientemente inteligente para estar inmunizado contra la mayoría de los riesgos del engaño.

En el TLC Colombia-E.E.U.U. brilla la ausencia de una norma específica sobre competencia desleal por actos de engaño, y ello se debe a la expresa delegación que se hizo dentro del tratado a los países suscribientes para acudir a su regulación propia.

3.5.1.3 Actos de descrédito

De acuerdo a la OMPI (1994), el descrédito (o la denigración) normalmente se define como

Cualquier aseveración falsa relativa a un competidor que pueda dañar su activo intangible comercial. Al igual que el engaño, el descrédito trata de atraer clientes con información incorrecta. Sin embargo, a diferencia del engaño, esto no se hace mediante declaraciones falsas o engañosas sobre el propio producto, sino lanzando afirmaciones falsas sobre un competidor, sus productos o sus servicios. (OMPI, 1994, 49)

En este sentido, y de acuerdo a lo establecido por el artículo 10 *bis*.3)2 del Convenio de París y en concordancia, el artículo 12 de la Ley 256 de 1996 que regula la materia en Colombia, quedaron prohibidas todas las “aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor”.

Al respecto es importante resaltar, que la norma en comento protege tanto los intereses del consumidor y especialmente los del competidor (prohibición de la denigración), trayendo consigo una excepción a la prohibición en el caso Colombiano y Estadounidense, dado que se considera que si las aseveraciones son ciertas, exactas y pertinentes no serán objeto de sanción¹⁰⁴.

104 En el caso Colombiano, el artículo 12 de la Ley 256 de 1996 y en el caso Estadounidense, la Sección 43.a) de la Ley Lanham así lo conciben. En Estados Unidos por ejemplo, este tipo de afirmaciones ciertas no caen dentro del ámbito de la normativa general sobre el acto ilícito de denigración, ni dentro de las medidas estatutarias previstas sobre prácticas comerciales.

3.5.1.4 Violación de secretos empresariales

La protección contra la divulgación ilícita, no autorizada de información, parte del presupuesto de que algunas técnicas innovadoras y conocimientos técnicos en el campo industrial y/o comercial no siempre pueden ser protegidas mediante la ley de patentes. Dado que constituyen una ventaja comercial valiosa para cualquier comerciante, las legislaciones de diversos países han considerado reconocer su necesidad (OMPI, 1994).

De acuerdo a lo establecido en el artículo 10bis del Convenio de París y el artículo 39 de las normas sobre propiedad intelectual dictadas en el marco del GATT, conocidas internacionalmente como TRIPS, se debe garantizar una protección eficaz a la información no divulgada o secreta, gozando de la posibilidad de impedir que la información sea adquirida o utilizada por terceros sin consentimiento y de manera contraria a los usos comerciales honestos.

En el caso Colombiano, la defensa contra violación de secretos se hizo palpable en el Artículo 16 de la Ley 256 de 1996, que considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva. Por su parte, la Ley Uniforme de Secretos Comerciales de los Estados Unidos de América, que data del año 1979 y sido aprobada por cerca de cuarenta Estados, define que un secreto comercial es cualquier información que puede ser utilizada en la operación de un negocio u otra empresa y que es lo suficientemente importante y secreto para producir un beneficio económico real o potencial sobre otros. La responsabilidad que surge por la apropiación ilegal de un secreto comercial se basa entonces en un abuso de confianza o cualquier otra conducta ilícita en adquirir, utilizar o revelar información secreta, por lo

que las acciones legales van encaminadas a resarcir el agravio, las cuales pueden protegerse por vía penal¹⁰⁵ y civil.

En el caso del TLC Colombia-E.E.U.U. brilla la ausencia de una norma específica sobre competencia desleal por violación de secretos, y ello se debe a la expresa delegación que se hizo dentro del tratado a los países suscribientes para su regulación en materia de competencia.

3.5.1.5 Aprovechamiento injusto del esfuerzo ajeno (“gorrear”)

Además de la posibilidad de comisión de actos de confusión, engaño y descrédito, existe otro tipo de conductas que se hallan descritas en lo que se conoce doctrinariamente como: aprovechamiento injusto del esfuerzo ajeno. Dentro del aprovechamiento injusto se puede incluir la explotación de la reputación ajena, los actos de imitación y la desorganización interna de la empresa.

Sobre la explotación de la reputación ajena, la doctrina se ha referido diciendo que la deslealtad de la conducta comprende no solo el acto de aprovechar indebidamente o “gorrear” un logro ajeno reconocido por los consumidores y participantes del mercado, sino que tal aprovechamiento comporta además el riesgo de daño a la reputación del negocio existente, todo ello sin ningún esfuerzo propio. (OMPI, 1994)

En Colombia por ejemplo, el artículo 15 de la Ley 256 de 1996 refiere que el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado es desleal, además del empleo no autorizado de signos distintivos

¹⁰⁵ La ley de espionaje económico federal Estadounidense dispone que el hurto o la apropiación indebida de un secreto comercial constituye un delito federal cuando se benefician potencias extranjeras, o cuando existan intereses comerciales o económicos.

ajenos o de denominaciones de origen falsas o engañosas aunque estén acompañadas de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto.

En tales casos la noción comparte varias características comunes con los conceptos de confusión y engaño; siendo así, su protección conlleva el análisis desde perspectivas que se robustecen gracias a la jurisprudencia.

En Estados Unidos la protección contra esta conducta se ubica al interior de la doctrina de los actos ilícitos, siendo así, frente a la utilización del prestigio de una marca o un producto por parte de un tercero, acto que se supone es en principio desleal, sólo se genera la violación, en los casos en que se determine una posibilidad de confusión, por ejemplo, en cuanto al patrocinio¹⁰⁶.

En torno a los actos de imitación, la Ley 256 de 1996 en su artículo 14 manifiesta que la imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por la ley, y siempre que no se genere con ellas confusión en el consumidor. Por su parte, y dado que en Estados Unidos la protección contra esta conducta se ubica al interior de la doctrina de los actos ilícitos, la simple copia del producto por un tercero no es reconocida como competencia desleal, salvo cuando se copien características no funcionales que fuesen distintivas o que hayan adquirido un significado secundario (OMPI, 1994, 66).

En torno a los actos de desorganización, en Colombia el artículo 9 de la Ley 256 de 1996 considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno. Siendo lo anterior, el acto de desorganización se configura cuando se ejecuta toda conducta que, contrariando el principio de

106 En Estados Unidos, la Ley Lanham, Sección 43.a) también conocida como Ley de Marcas, incluye el concepto de confusión en cuanto al patrocinio, manifestando que en este tipo de confusión los consumidores aunque suponen que los productos o servicios no proceden de la misma fuente, sin embargo sí esperan, debido a la similitud de las marcas, que la utilización de la segunda se deriva de un contrato de autorización /patrocinio por cierto periodo de tiempo.

buena fe mercantil, tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente una empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, tales como: la sustracción intempestiva de empleados, la utilización de los signos distintivos que el competidor registró debidamente, el aprovechamiento de las ventajas de la imagen de aquel y la generación de confusión en el mercado (SIC, 2012, 5). En Estados Unidos, la desorganización de la empresa se encuentra inmersa dentro de la protección que se brinda en legislación estatal sobre el acto ilícito.

En el caso del TLC Colombia-E.E.U.U. brilla la ausencia de una norma específica sobre competencia desleal por explotación a la reputación ajena y actos de imitación, ello se debe a la expresa delegación que se hizo dentro del tratado a los países suscribientes para su regulación en materia de competencia.

3.5.1.6 Actos de comparación

La comparación basada en declaraciones falsas o engañosas sobre el producto propio o que involucren declaraciones falsas sobre el producto del competidor están prohibidas en todos los países. Dado que mejora la transparencia del mercado, países como Colombia y EEUU vienen manejando una actitud más bien moderada hacia las declaraciones verdaderas pero no por ello menos denigrantes, tolerándose en general la publicidad comparativa siempre y cuando lo dicho sea cierto. Lo anterior constituye una visión más positiva hacia la publicidad comparativa, y un pleno reconocimiento de que las comparaciones verdaderas pueden reducir los costos de búsqueda de información para el consumidor y facilitarle la toma de decisiones, lo que conlleva a efectos positivos sobre la economía. (OMPI; 1994, 68).

En Estados Unidos la protección contra esta conducta se ubica al interior de la doctrina de los actos ilícitos; por su parte Colombia maneja una legislación especial contra los actos desleales de comparación, estipulando en el artículo 13 de la Ley 256 de 1996 lo siguiente:

Se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas. Así mismo, se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos, ni comprobables.

En el TLC Colombia-E.E.U.U. brilla la ausencia de una norma específica sobre los actos de comparación, ello se debe a la expresa delegación que se hizo dentro del tratado a los países suscribientes para su regulación en materia de competencia.

3.5.1.7 Actos de desviación de la clientela, inducción a la ruptura contractual, violación de normas y pactos desleales de exclusividad

La constante evolución de las técnicas y estrategias de comercialización es una fuente inagotable de nuevos actos que se realizan en el marco, también cambiante, de lo que es considerado permitido, posible, moral o ético en la práctica mercantil. (Otamendi, 1998, 2).

Siguiendo el análisis sustancial y dogmático de las conductas desleales, se dilucidan a continuación cuatro actos de alta importancia en éste ámbito: los actos de desviación de la clientela, inducción a la ruptura contractual, actos de violación de normas y pactos desleales de exclusividad.

En Colombia la protección contra estos cuatro actos puede encontrarse en los artículos 8, 17, 18 y 19 de la Ley 256 de 1996. Sobre la desviación de la clientela, el artículo 8 considera que esta es desleal siempre y cuando sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial. Lo anterior permite dilucidar que por lo que la ley propugna es por la pulcritud y honestidad en todas las actuaciones que se lleven a cabo en el mercado; de tal forma que no se sanciona el interés por obtener mayores ingresos o por buscar incidir en la decisión de la clientela, por ser éstos fines legítimos en un mercado competitivo, sino la utilización de medios

indebidos para competir, que distorsionen la realidad del mercado y generen perjuicios injustificados a quienes los sufren (Superintendencia de Industria y Comercio, concepto 171068 de 2015).

Sobre la inducción a la ruptura contractual, el artículo 17 considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena solo se califica desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos.

Las tres hipótesis que menciona el artículo 17 determinan por un lado el elemento básico de la inducción¹⁰⁷ como estímulo necesario para animar a violar cláusulas del contrato firmado, irrumpir en la esfera de las relaciones contractuales y dar por terminada la relación contractual existente entre dos personas, esto es, la ruptura regular a la luz de cláusulas del contrato; y por otro lado la conducta del agente que en beneficio propio o de un tercero se aprovecha de una infracción contractual ajena (SIC, 2005).

Sobre la violación de normas, el artículo 18 considera desleal “la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa”. En torno a este artículo puede denotarse, como lo menciona la Superintendencia de Industria y Comercio en el auto 04422 de septiembre 23 de 2005, que la competencia desleal no sanciona el hecho violatorio de la ley, sino la adquisición

107 De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española: Inducir: “(Del lat. *inducĕre*). Tr. Instigar, persuadir, mover a alguien.

de una ventaja competitiva significativa dentro del mercado, como consecuencia de la violación de una norma jurídica, por lo que la ventaja competitiva se refleja en una disminución de costos o el acceso privilegiado de quien obtiene la ventaja frente a los demás participantes en el mercado, quienes cumpliendo cabalmente la ley, se enfrentan a costos significativamente superiores que le impiden competir con el infractor en igualdad de condiciones.

Respecto de los pactos desleales de exclusividad, el artículo 19 de la Ley 256 de 1996 considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, siempre que dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras éstas sean de propiedad de los entes territoriales. De acuerdo al concepto 02072496 del 30 de septiembre de 2002, es necesario aclarar que la norma en comento no considera desleales de manera general todos los pactos de exclusividad, sino únicamente aquellos que, tengan la capacidad de producir “un efecto sustancial en la disminución de la competencia”, de no ser así, los pactos de exclusividad tendrán la connotación de pactos lícitos.

Por su parte, la protección en Estados Unidos contra los actos de desviación de la clientela, inducción a la ruptura contractual, actos de violación de normas y pactos desleales de exclusividad se ha desarrollado a partir de sentencias judiciales, en especial del derecho consuetudinario sobre el acto ilícito de fraude comercial, no habiendo a la fecha una norma general sobre estos temas.

4. Capítulo IV. El derecho de la competencia en Colombia y su interacción con el Tratado de Libre Comercio Colombia-EEUU, el caso del sector agrícola

El interés por la interacción del derecho de la competencia con el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos generó un importante debate político y académico desde el inicio de sus negociaciones en Colombia, el cual se sigue manifestando hasta la actualidad.

La interacción, entendida como la relación o influencia recíproca entre dos o más personas o cosas, está dada por

1. El trato entre dos regímenes jurídicos de competencia que aunque diferentes, están destinados a relacionarse bajo un mismo marco legal, contenido en el texto del TLC, con efectos entre las partes.
2. El interés por la maximización del bienestar de cada parte.
3. La existencia de prácticas que distorsionan la libre competencia, con efectos en la zona de libre comercio y el papel de los estados a la hora de combatir este tipo de prácticas¹⁰⁸.

El análisis planteado en este capítulo propone un estudio de dicha interacción que integre las perspectivas del derecho y la metodología del Análisis Económico del Derecho (AED), para comprender los resultados sobre la interacción del conjunto de normas presentes en el Tratado. Lo anterior generará indefectiblemente conclusiones respecto de la eficiencia de la norma¹⁰⁹, más concretamente permitirá discriminar si la ley que rige las relaciones en el TLC Colombia-EEUU es eficiente en términos del bienestar de los intervinientes. Al respecto, los precursores del AED han adecuado el criterio de eficiencia económica para aplicarlo a la interpretación de la ley, partiendo de la definición general de eficiencia u óptimo *de Pareto*, según la cual, una ley es Pareto-eficiente si es imposible mejorar la satisfacción de al menos un agente sin disminuir la de

108 Según la OECD, la internacionalización de la actividad comercial en los procesos de integración incrementa la posibilidad de ejecución de prácticas anticompetitivas.

109 La escuela tradicional del AED apela a la eficiencia como criterio de valoración de las situaciones. De esta manera, recomendará la adopción de aquellas que permitan alcanzar situaciones eficientes. (Arjona, A. M., Rubio, M., & Motta, J. E. L., 2014).

otro; otra opción es el criterio conocido como *eficiencia de Pareto-Superior*, según el cual, lo cumple la ley que "...mejora la posición de al menos una persona, sin desmejorar la de otra". Una tercera opción es la *eficiencia Kaldor-Hicks* conocido también como el criterio de *Maximización de la riqueza* o de mejora potencial de Pareto, el cual explica que, una ley es eficiente siempre que el daño causado a terceros no exceda los beneficios totales, por lo cual, como afirma Posner en la obra precitada: "los ganadores podrían compensar a los perdedores, aunque no lo hagan efectivamente". Constituye un tipo de eficiencia social, en el cual el excedente podría mejorar potencialmente la situación de los destinatarios: "...permite cambios donde hay ganadores y perdedores pero exige que los ganadores *ganen más que lo que pierden los perdedores*, por lo cual los ganadores pueden, en principio, compensar a los perdedores y quedarse todavía con un excedente. Para una mejora Kaldor-Hicks no tiene que hacerse efectivamente la compensación, pero ella debe ser posible en principio" (Cooter, & Ulen, 1999, p.66).

Teniendo en cuenta lo desarrollado hasta este punto, el presente capítulo estudiará las reglas contenidas en el capítulo XIII de competencia del tratado, para identificar los problemas en el derecho de la competencia que surgirán de las relaciones entre Colombia y Estados Unidos, así como las medidas asumidas y potenciales riesgos que cada parte se comprometió a contrarrestar para garantizar la competencia y el logro de sus finalidades.

Una vez lo anterior, y con miras a comprender las tensiones jurídicas generadas entre los dos regímenes inmersos y la forma en que se interrelacionan con el tratado, se presentará de manera organizada y sintética una evaluación de los elementos que intervienen en la interacción de las regulaciones. Finalmente, habiendo identificado la interacción entre los sistemas jurídicos inmersos en el acuerdo bilateral y a la luz del criterio de eficiencia económica de Pareto, se presentará una propuesta para la superación de obstáculos y las conclusiones sobre el tema.

4.1 La eficiencia como criterio de valoración de la norma jurídica

Si tenemos en cuenta que la “eficiencia es el principal instrumento para evaluar y comparar decisiones económicas” (Posner, 2011, 47) y que el objetivo del AED es aplicar el razonamiento económico a la evaluación de casos y normas jurídicas (Trujillo, 2009), es claro que la eficiencia se erige entonces como el principal criterio de valoración del derecho. No obstante se aclara que no es el único criterio de valoración; consideraciones sobre la equidad, igualdad, solidaridad, valores morales, entre otros, parecen necesarias a la hora de analizar y recomendar leyes (Arjona & Rubio, 2001).

Los precursores del AED han adecuado el criterio de eficiencia económica para aplicarlo a la interpretación de la ley partiendo de la definición general de *eficiencia de Pareto*, según la cual, una ley es Pareto-eficiente si es imposible mejorar la satisfacción de al menos un agente sin disminuir la de otro. Más exigente que el criterio anterior, es el conocido como *eficiencia de Pareto-Superior*, según el cual, lo cumple la ley que “...mejora la posición de al menos una persona, sin desmejorar la de otra”. Un tercera opción es la *eficiencia Kaldor –Hicks* conocido también como el criterio de *Maximización de la riqueza* o de mejora potencial de Pareto, el cual explica que una ley es eficiente siempre que el daño causado a terceros no exceda los beneficios totales, por lo cual, como afirma Posner en la obra precitada: “los ganadores podrían compensar a los perdedores, aunque no lo hagan efectivamente”. Constituye un tipo de eficiencia social, en el cual el excedente podría mejorar potencialmente la situación de los destinatarios: “...permite cambios donde hay ganadores y perdedores pero exige que los ganadores *ganen más que lo que pierden los perdedores*, por lo cual los ganadores pueden, en principio, compensar a los perdedores y quedarse todavía con un excedente. Para una mejora Kaldor-Hicks no tiene que hacerse efectivamente la compensación, pero ella debe ser posible en principio” (Cooter, & Ulen, 1999, p. 66).

Cabe ahora presentar un breve recorrido sobre las dos dimensiones en las que se basa la metodología del AED, explicación que adquiere relevancia para este estudio y justifica la aplicación de las teorías del AED al ámbito de la interacción surgida gracias al Tratado de Libre Comercio Colombia-EEUU. En el ámbito de una dimensión Positiva del AED, ésta intentaría “explicar las reglas y los resultados legales, tal como son, en lugar de cambiarlos para volverlos mejores” (Posner, 2007, 57); por su parte la dimensión normativa del AED de acuerdo a la obra de 2012 de Amador Cabra “se orienta a estudiar el deber ser de las cosas; esto dentro del marco del AED, hace que los estudios se enfoquen en determinar cuál sería la estructura legal deseable a partir de un contexto dado” (p.223).

En esta investigación se dejó de presente las dos dimensiones del AED, de esta manera además de analizar la interacción de dos reglas y los resultados legales tal como en la actualidad se presentan, el estudio propuso una estructura legal deseable a partir del contexto dado.

4.2 El tratado de libre comercio Colombia-Estados Unidos

En épocas recientes la República de Colombia ha venido celebrando acuerdos multilaterales, subregionales y bilaterales de libre comercio; uno de ellos es el Acuerdo de promoción comercial con los Estados Unidos de América¹¹⁰, el cual fue suscrito en Washington el 22 de Noviembre de 2006. Luego de aprobados los acuerdos por el congreso de cada país, realizado el proceso de incorporación a la legislación interna de Colombia y EEUU, sancionado presidencialmente y

¹¹⁰ La doctrina señala que en los acuerdos de promoción comercial: “... se deben tener en cuenta los objetivos y los instrumentos de la ley de competencia. Hay dos conjuntos de objetivos: uno es la eficiencia económica, a través de la cual se puede promover el bienestar del consumidor; otro es el interés o bienestar público, entendido como el conjunto de objetivos más amplios” (Kemany. S, 1998).

hecho el canje de notas entre los dos países, finalmente el Acuerdo entra en vigor en el mes de mayo de 2012¹¹¹.

El texto del Acuerdo de Promoción Comercial entre Estados Unidos y Colombia, tiene 23 capítulos y varios anexos. En el preámbulo, el texto plantea que estas dos naciones están decididas a fortalecer la amistad y la cooperación, a promover la integración y el desarrollo económico, crear nuevas oportunidades de empleo, mejorar las condiciones laborales y generar otros cultivos alternativos y sostenibles que reemplacen los de la droga. Se habla de evitar las distorsiones del comercio y establecer un marco jurídico y comercial claro. Se plantea también la importancia de la transparencia, de la protección y conservación del medioambiente, el desarrollo sostenible, la cooperación ambiental y el bienestar público, entre otros aspectos.

Por su parte, cada capítulo del tratado especifica en su orden las disposiciones iniciales y definiciones importantes, el trato nacional y acceso de mercancías al mercado, las reglas de origen, el procedimiento aduanero y la facilitación del comercio, las medidas sanitarias y fitosanitarias, los obstáculos técnicos al comercio, la defensa comercial y contratación pública, el comercio transfronterizo, los servicios financieros, políticas de competencia, telecomunicaciones, comercio electrónico, derechos de propiedad intelectual, asuntos laborales, de medio ambiente, transparencia, el fortalecimiento de las capacidades comerciales, la solución de controversias, excepciones y disposiciones finales del acuerdo. El capítulo XIII sobre Políticas de competencia, monopolios y empresas del Estado constituye el objeto de nuestro estudio.

111 Véase el Decreto 993 del 15 de mayo de 2012, mediante el cual se promulga el "Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América", sus "Cartas Adjuntas" y sus "Entendimientos". Téngase en cuenta que la proclama es un requisito necesario para la entrada en vigor del Tratado.

4.3 Capítulo Trece del Tratado de Libre Comercio: Política de Competencia, Monopolios designados y Empresas del Estado.

A continuación se analizan los aspectos que conforman el marco regulatorio de la competencia al interior del Tratado de Libre Comercio; elementos que permitirán dilucidar su interacción con el régimen legal de competencia de cada país (estudiado en el capítulo III) y su influencia a la hora de determinar la eficiencia de relaciones jurídicas que los vinculan:

4.3.1 Reconocimiento de que las conductas anticompetitivas tienen el potencial de restringir el comercio y la inversión bilateral.

Dentro de éste acápite los países contratantes reconocieron que las conductas anticompetitivas generan daños importantes al restringir el comercio y la inversión, por lo cual consideran necesarias proscribirlas, implementando políticas de competencia que no choquen con las prácticas económicas consistentes e incentivando el principio de cooperación entre los países, todo lo cual ayudará a asegurar los beneficios del acuerdo.

Corolario a lo anterior, requisito necesario a efectos de cumplir con el objetivo de protección de la competencia tanto para los agentes económicos colombianos como estadounidenses, es que cada país cuente con normas nacionales sobre competencia, donde se dispongan las conductas y los instrumentos legales para atacar dichas conductas y obtener su represión y castigo por parte del aparato estatal correspondiente. Con base en lo anterior, el tratado estipula que cada parte contratante mantendrá su legislación nacional y promoverá la eficiencia económica y el bienestar del consumidor, manteniendo una autoridad responsable de hacer cumplir la legislación, sin discriminar sobre la base de la nacionalidad de los sujetos investigados; en ellos se garantizará el debido proceso y el derecho de contradicción ante una Corte o Tribunal independiente que haga las veces de revisor; así mismo este capítulo resalta de manera importante el principio de

cooperación y coordinación afectiva entre las respectivas autoridades de ambos países (Tratado Libre Comercio Colombia- EE.UU. Capítulo XIII. Artículo 13.2 numeral 1, 2 y 3, 2012)

Un aspecto importante que no se contempla dentro del tratado es que, a pesar de la importancia que reviste el sistema de cooperación en ambos países, no se vislumbra una adecuada regulación del mismo,¹¹² dado que resulta fundamental en el marco de las políticas de competencia que se determine, además del compromiso de notificación de los casos que afecten intereses de ambas partes y las consultas e intercambio de información, un elemento importante como lo es la vía que será utilizada para la cooperación, que bien puede ser, por ejemplo, a través de la suscripción de un acuerdo de cooperación independiente entre las agencias de competencia de cada país miembro para aunar esfuerzos para lograr la aplicación efectiva de la legislación de libre competencia en la zona de libre comercio.¹¹³ Sin embargo, el tratado no menciona la vía a utilizar para el ejercicio del sistema de cooperación.

4.3.2 Los Monopolios designados

Dentro de éste acápite se encuentra la disposición sobre los monopolios designados por el Estado, y en general permite la creación o mantenimiento de monopolios privados y gubernamentales siempre que, de conformidad con el artículo 13.5

112 El Tratado de libre comercio México- Canadá- Estados Unidos, por sus siglas en inglés: NAFTA (North American Free Trade Agreement) en su artículo 1501 dispone que la cooperación y coordinación entre autoridades resulta de vital importancia para la efectiva aplicación de las políticas de competencia en la zona de libre comercio generada, considerando que esta es de interés común para los estados miembros. El tratado determina a su vez, que dicha cooperación podría incluir temas como asistencia legal, la comunicación mutua e intercambio de información relativos a la aplicación sobre leyes y políticas de competencia (North American Free Trade Agreement. Artículo 1501. Enero 1 de 1994. Canadá, México y EE.UU).

113 Así lo han hecho otros países como Brasil y la Unión Europea, quienes sus agencias de competencia se han ocupado de celebrar acuerdos de cooperación con la potencia económica.

actúen de manera que no sean incompatibles con las obligaciones en materia de competencia de cada parte contratante y no utilicen su posición monopólica en el mercado relevante hacia prácticas anticompetitivas en mercados no monopolizados en su territorio, afectando negativamente a las inversiones. El artículo finalmente establece que estas indicaciones no se aplicarán a la contratación pública (TLC Colombia- EE.UU. Artículo 13.5. 2012).

4.3.3 Empresas del Estado

En torno a ellas, el artículo 13.6 parte de su aceptación y reconoce que las empresas del Estado no deben operar de tal forma que creen obstáculos a la inversión y el comercio de las partes. En tal forma permite la creación y mantenimiento de las mismas, siempre que se garantice: que la empresa actúa de manera que no sea incompatible con las obligaciones de las partes contratantes en materia de competencia, y no otorguen trato discriminatorio en la venta de bienes o servicios a inversiones cubiertas (TLC Colombia- EE.UU. Artículo 13.6. 2012).

4.3.4 Diferencias de Precios

El artículo 13.7 otorga facultades a las Empresas del Estado y los monopolios designados para que manejen cobros diferenciados dentro de un mismo mercado o en diferentes, siempre que las diferencias se basen en consideraciones comerciales normales, enunciando como tales, las condiciones de oferta y la demanda de bienes y servicios. Se identifica entonces, que con este trato preferencial la medida busca excluir a los monopolios y las empresas estatales del régimen antimonopolios, acrecentando su capacidad en los mercados ampliados, al permitirse realizar cobros diferenciados en los mercados, basando su actuación en consideraciones comerciales de oferta y demanda (TLC Colombia- EE.UU. Artículo 13.7).

4.3.5 Transparencia y Solicitudes de Información

El artículo 13.8 enuncia disposiciones importantes sobre transparencia, intercambio y solicitudes de información al otro país. Al respecto las partes reconocen el valor de la transparencia en las políticas de competencia gubernamentales y se comprometen, previa solicitud de parte, a poner a disposición información de naturaleza pública que la otra parte requiera (TLC Colombia-EE.UU. Artículo 13.8).

La información incluirá básicamente los siguientes puntos: (a) Las actividades realizadas para hacer cumplir sus leyes de competencia; (b) las empresas del Estado y monopolios designados, sean públicos o privados, en cualquier nivel de gobierno; indicando las entidades, las mercancías, servicios y mercados involucrados; (c) las asociaciones de exportación registradas o certificadas como tales por el gobierno central, incluyendo las condiciones específicas que le hayan sido impuestas a cada una de ellas, y elucidando a su vez, las mercancías o servicios particulares involucrados.

Con todo, también quedó estipulado que previa solicitud, cada parte deberá poner a disposición de la otra, información concerniente a las excepciones dispuestas de conformidad con la legislación de libre competencia, especificando las mercancías, servicios y mercados de interés. Respecto a este último punto, vale la pena recordar, tal como se estudió en el capítulo anterior, que en Estados Unidos los cárteles de exportación y las asociaciones de empresas que se unen para competir se encuentran legalmente autorizados y reciben un especial tratamiento e incentivos de ley. En consecuencia, los agentes económicos cartelizados o por cartelizar de los Estados Unidos podrán repartirse el mercado o fijar los precios de sus productos y servicios libremente en el mercado

colombiano¹¹⁴; condiciones que no lograron ser modificadas durante las negociaciones del Tratado, como quiera que fue determinante la negativa estadounidense, al decir que ello podría atentar contra la seguridad nacional.

Considerando el hecho anterior y aunado a las llamadas barreras no arancelarias impuestas preponderantemente por Estados Unidos (la mayor locomotora del mundo) al agro, tales como subsidios, apoyos económicos, subvenciones a la exportación y algunas barreras fitosanitarias para el ingreso de productos agrícolas colombianos¹¹⁵, puede decirse que éstas medidas distorsionan la competencia, ocasionando un desequilibrio comercial frente a la nación estadounidense, conforme a la amenaza que representa a la ya deficiente estabilidad de este sector económico.

4.3.6 Consultas

Al respecto en el artículo 13.9 se acordó que para el fomento del entendimiento entre los contratantes, cada parte deberá iniciar consultas a la otra sobre asuntos que pueden afectar al comercio y la inversión, frente a lo cual la otra parte otorgará la mayor consideración posible para resolver las inquietudes generadas (TLC Colombia- EE.UU. Artículo 13.9. 2012). Este aspecto se considera un elemento importante en materia de cooperación institucional.

114 Sea necesario resaltar para los propósitos de esta tesis que el régimen antitrust norteamericano en el campo internacional contempla una excepción expresa a favor de los carteles de exportación, a los cuales protege a través de una presunción de legalidad frente a las leyes antitrust. En efecto, la Web-Pomerene Act de 1918 exceptúa de la aplicación de la Sherman Act y de la Clayton Act, a las asociaciones de empresas, creadas con el único fin de realizar exportaciones y cuya actividad exclusiva, sea la venta de bienes o de servicios, con destino a mercados externos. Para gozar de la exención referida, es preciso demostrar que la actividad de las compañías en cuestión, no tendrán efectos perjudiciales en los Estados Unidos (Ibarra, 2004, 162). Unos años más tarde, la Foreign Trade Company Act (1982), vino a complementar la legislación anterior, recalando la imposibilidad de iniciar proceso alguno bajo la ley Sherman, a cualquier actividad de exportación que no tuviera un efecto directo, sustancial y razonablemente predecible, en el comercio de los Estados Unidos.

115 Las barreras no arancelarias son obstáculos diferentes a los aranceles, que suelen utilizar algunos países para impedir el libre acceso de los productos de otros países. Entre ellos están las licencias previas, las barreras técnicas al comercio, las barreras sanitarias y fitosanitarias, las subvenciones y apoyos a la exportación, entre otras.

4.3.7 Solución de Controversias.

En relación a la solución de controversias relativas a la interpretación o aplicación del acuerdo, en el artículo 13.10 se acordó que respecto de los asuntos que se mencionarán en el párrafo siguiente, ninguna parte podrá recurrir al mecanismo de solución de controversias contemplado en el capítulo veintiuno del Tratado; lo anterior conforme a que para dichos asuntos se prevé la aplicación de la legislación nacional de cada parte contratante (TLC Colombia- EE.UU. Artículo 13.10. 2011).¹¹⁶

Los asuntos exentos de la aplicación del mecanismo de solución de controversias contemplado en el capítulo veintiuno del Tratado son: i) controversias sobre libre competencia y práctica de negocios anticompetitivos; ii) controversias sobre sistema de cooperación en el área de política de competencia; iii) controversias sobre el grupo de trabajo conformado para promover el mayor entendimiento, comunicación y cooperación entre las partes, en relación con asuntos de libre competencia; iv) controversias sobre la iniciación y resolución de consultas entre las partes (TLC Colombia- EE.UU. Artículo 13.10. 2012. Capítulo XIII. Artículo 13.3: Cooperación. Artículo 13.4: Grupo de Trabajo. Capítulo XIII: Artículo 13.9: Consultas. 2012).

Lo anterior tiene una alta significancia para las partes, más aún si se contemplan importantes circunstancias que se presentan en la relación entre ambos regímenes de competencia, como las que se enuncian a continuación: a) las diferencias normativas y exenciones que en una y otra legislación de competencia son llamativamente distintas, todo lo cual hace que a su vez el

¹¹⁶ Tres etapas tiene el proceso de solución de controversias en el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos: a) una fase consultiva; b) intervención de la Comisión de Libre Comercio; c) intervención de un Panel Arbitral. La característica predominante es la de que no se produce una solución con carácter vinculante u obligatorio para las partes. Ello le resta seguridad al proceso y lo puede hacer inútil y dispendioso, lo cual tiene que ver con el costo que conlleva para las partes, en especial para los gobiernos y empresas. Expresamente se han exceptuado las controversias referentes a las prácticas desleales de comercio como el "dumping" remitiéndolas a las legislaciones nacionales (Ministerio del Comercio, Industria y Turismo, tomado de: <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=12764>, visto el 02 de Enero de 2015).

cumplimiento de la ley y las sanciones impuestas sean diametralmente diferentes¹¹⁷; b) los altos niveles de subvenciones, apoyos a la exportación y ayudas internas del gobierno Estadounidense a favor de los comerciantes y agricultores de ese país, causan importantes distorsiones a la competencia y al comercio internacional; c) la ausencia de plenitud legislativa y disposiciones claras en Colombia sobre cárteles de exportación, hacen que sus efectos se tornen calamitosos en el esquema de integración comercial entre ambos países¹¹⁸. Al respecto, EE.UU contempla una excepción expresa para los cárteles de exportación en la *Web-Pomerene Act* (1918), y posteriormente en la *Foreing Trade Company Act* o Ley de Sociedades de Comercio de Exportación (1982), las cuales permiten a las asociaciones de empresas exportadoras obtener un certificado de revisión de la Secretaría de Comercio del país y obtener protección frente a cualquier posibilidad de ser condenado por una acción contraria a la Sherman Act o de incurrir en responsabilidad penal¹¹⁹; d) la carencia de medios y la precariedad que caracteriza a las autoridades de competencia de los países en vías de desarrollo como Colombia; todo lo cual determina por un lado, la ardua tarea de combatir y constreñir las prácticas que tienen efecto en el mercado colombiano, cuando ellas se originan o producen en territorio extranjero, debido a que se está expuesto a barreras territoriales y de infraestructura que imponen límites para el ejercicio de la jurisdicción de las autoridades de la competencia; y por el otro, la dificultad de aplicar las leyes de

117 Al respecto EE.UU fue cuna del Derecho Antitrust en el mundo, mientras que en Colombia apenas avizoramos los albores del derecho antimonopolios desde el año de 1959.

118 En cuanto a los cárteles internacionales, el de exportación amerita especial atención por cuanto en ocasiones éstos son apoyados, y a veces promovidos por los gobiernos de los países de origen. Puede mencionarse por ejemplo la *Web-Pomerene Act* Estadounidense, que exceptúa de la aplicación de la Sherman Act y de la Clayton Act, a las asociaciones de empresas creadas con el único fin de realizar exportaciones y cuya actividad exclusiva sea la venta de productos, bienes o servicios con destino a mercados externos. La ley expresa que para gozar de la exención referida, es preciso demostrar que la actividad de las compañías en cuestión, no tendrán efectos perjudiciales en los Estados Unidos.

119 A la *Web-Pomerene Act* (1918) le siguió la *Foreing Trade Company Act* o Ley de Sociedades de Comercio de Exportación (1982), que estableció la imposibilidad de iniciar proceso alguno bajo la ley Sherman, en los casos en que la actividad de exportación ejercida no tenga un efecto directo, sustancial y razonablemente predecible, en el comercio de los Estados Unidos.

competencia nacionales a aquellas conductas anticompetitivas que se originan en territorio extranjero. Con referencia a esto último, el Ministerio de Comercio, industria y Turismo Colombiano expresó que con base en el TLC con Estados Unidos y sus efectos en la zona de libre comercio,

Si se pretende que la ampliación del mercado implique una mejoría del nivel de vida de los colombianos, las prácticas que nos deberían preocupar son aquellas que teniendo la posibilidad de desmejorar a los consumidores y enredar la asignación eficiente de recursos, no pueden ser investigadas y sancionadas por las autoridades nacionales de Colombia o de los Estados Unidos. (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, s.f, párrafo 4).

4.3.8 Definiciones

Finalmente el artículo 13.11 unifica, a efectos de mejorar su comprensión, los significados de, i) delegación, ii) designar, iii) consideraciones comerciales, iv) mercado, v) monopolio, vi) monopolio gubernamental y vii) trato no discriminatorio.

4.4 Aspectos que intervienen en la interacción

Después de analizar los aspectos que conforman el marco regulatorio de la competencia al interior del Tratado de Libre Comercio y avanzando en la determinación de su interacción con el régimen legal de competencia de cada país, corresponde ahora elucidar los elementos que se involucran, para lo cual se tomará en cuenta las premisas de análisis propuestas en el estudio presentado por la Superintendencia de Industria y Comercio en el año 2004.

Vale la pena precisar que la interacción (entendida como la relación o influencia recíproca entre dos o más personas o cosas) está dada por tres elementos importantes: i) el trato entre dos regímenes jurídicos de competencia que aunque diferentes, están destinados a relacionarse bajo un mismo

marco legal, contenido en el texto del TLC, con efectos entre las partes; ii) El interés por la maximización del bienestar de cada parte; y iii) La existencia de prácticas que distorsionan la libre competencia, con efectos en la zona de libre comercio y el papel de los estados a la hora de combatir este tipo de prácticas. Las tres premisas anteriores serán estudiadas a continuación:

4.4.1 El trato entre dos regímenes jurídicos de competencia que aunque diferentes, están destinados a relacionarse bajo un mismo marco legal, contenido en el texto del TLC, con efectos entre las partes:

Del estudio realizado en el capítulo III sobre los regímenes de competencia que interactúan en el marco del tratado, pudo constatarse las diferencias más representativas entre ambos. En el cuadro que sigue se sintetizan estas diferencias, proponiéndose realizar un estudio de su eficiencia en el sentido de Pareto, para lo cual se catalogará cada ítem como *Eficiente/Ineficiente*, de acuerdo a la existencia o no de situaciones en las cuales sea imposible mejorar la satisfacción de al menos un agente sin disminuir la de otro.

Cuando los precursores del AED adecuaron el criterio de eficiencia económica para aplicarlo a la interpretación de la ley partieron de la definición general de eficiencia *de Pareto*, según la cual, una ley es Pareto-eficiente si es imposible mejorar la satisfacción de al menos un agente sin disminuir la de otro. En todas las situaciones, siempre que una parte se beneficie, la otra parte se verá desmejorada, por lo que de acuerdo a Vilfredo Pareto se tratará de una situación óptima o eficiente.

Tabla 8. *Análisis del cumplimiento del Criterio de Eficiencia Paretiana en los regímenes de competencia de Colombia y EEUU*

Colombia	Estados Unidos	Cumplimiento del Criterio de Eficiencia Paretiana
Políticas de Competencia		
La política de competencia colombiana se ha definido como un componente de una política industrial más amplia del Estado colombiano (en función del artículo 333 constitucional se han desarrollado los objetivos de la política de competencia). Las mismas forman parte de las políticas de promoción del desarrollo del Estado, a través de sus Planes de Desarrollo.	La competencia provee el fundamento sobre el cual se construye la economía de ese país (Nihoul, 2005, 37). Es considerada como un asunto de seguridad estratégica nacional.	Eficiente La situación generada por la dimensión e importancia otorgada a las políticas de Estados Unidos garantiza en mayor medida la adopción de prácticas que favorecen el desarrollo de su economía en todos los ámbitos (incluyendo el agrícola). El establecimiento de la competencia como fundamento sobre el cual se construye la economía genera una mejora potencial para Estados Unidos, sin embargo, dadas las reglas de juego estipuladas en el TLC, constituye una desmejora potencial para Colombia, ya que sus políticas son sólo componentes de una política industrial más amplia que tiene igual importancia que las demás que adopte el país.
Las leyes tienen un carácter <i>ex post</i> - actúan una vez tiene conocimiento de la formación de estructuras anticompetitivas. Las sanciones conllevan la aplicación de multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.	Las leyes tienen un carácter <i>ex ante</i> - preventiva de la formación de estructuras anticompetitivas. Incentiva las denuncias desde los consumidores, ya que el objetivo de las mismas (trátese de empresas o de consumidores) es obtener una reparación.	Ineficiente El carácter <i>ex ante</i> es considerado favorable, dada su inclinación a prevenir la aparición de prácticas anticompetitivas, lo cual genera una ventaja/mejora potencial para Estados Unidos, por el ahorro de recursos, disminución de procesos judiciales, y menores controversias que resolver por parte del aparato judicial. Por su parte el programa de delación y su finalidad de incentivar las denuncias en pro de obtener una reparación, ocasiona una mejor alternativa a favor de Estados Unidos, que no desmejora a Colombia.
Acompañada de un programa de delación.	Acompañada de un programa de delación.	

Observaciones:

En la interacción entre las dos políticas de competencia conviene no olvidar la aplicación diversa de teorías económicas relativas al funcionamiento de los mercados, la organización industrial de ambos países y el derecho de la competencia, los cuales influyen en gran medida en el desarrollo económico que cada país ha tenido, y el grado de proteccionismo que maneja en beneficio de sus sectores económicos. Particularmente el sector agrícola ha sido uno de los más afectados en el caso Colombiano, no siendo así en el caso Estadounidense.

La situación sería diferente si el gobierno Colombiano implementara políticas mucho más robustas, comprendiendo las dinámicas internacionales y garantizando mejores condiciones para incentivar el cambio tecnológico indispensable para desarrollar una agricultura dinámica, ratificando de esta forma la necesidad de que la producción agrícola sea concebida como un asunto de importancia estratégica nacional y no un simple derecho de todo ciudadano.

Tabla 8. (Continuación)

Prácticas Restrictivas de la Competencia		
Acuerdos Anticompetitivos		
<p>Ilegalidad absoluta (<i>per se</i>) de los acuerdos, sin importar la intención de los autores, las circunstancias particulares, y tampoco los efectos generados en el mercado. Están prohibidos todos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos (artículo 1° de la Ley 155 de 1959). Se exceptúan los convenios sobre investigación y desarrollos de nuevas tecnologías, los relacionados con estándares no impuestos por autoridad, siempre que no limiten la entrada de competidores al mercado, y los relacionados con la utilización de instalaciones comunes (Artículo 49 decreto 2153 de 1992).</p>	<p>El criterio “<i>per se</i>” ha ido cediendo paso ante el criterio “<i>rule of reason</i>”, según el cual es necesario un estudio de los efectos de la práctica a juzgar. El régimen antitrust Estadounidense en el campo internacional contempla una excepción expresa a favor de los cárteles de exportación, a los cuales protege a través de una presunción de legalidad frente a las leyes antitrust. (La <i>Web-Pomerene Act</i> de 1918 exceptúa de la aplicación de la <i>Sherman Act</i> y de la <i>Clayton Act</i>, a las asociaciones de empresas, creadas con el único fin de realizar exportaciones y cuya actividad exclusiva, sea la venta de bienes o de servicios, con destino a mercados externos. Para gozar de la exención referida, es preciso demostrar que la actividad de las compañías en cuestión, no tendrán efectos perjudiciales en los Estados Unidos¹²⁰ (Ibarra, 2004).</p> <p>La ley <i>Foreing Trade Company Act</i> (1982), vino a complementar la legislación anterior, recalcando la imposibilidad de iniciar proceso alguno bajo la Ley <i>Sherman</i>, a cualquier actividad de exportación que no tuviera un efecto directo, sustancial y razonablemente predecible, en el comercio de los Estados Unidos¹²¹.</p>	<p>Eficiente</p> <p>La interpretación judicial de la ley antitrust en Estados Unidos se realiza bajo un criterio finalista, según la cual antes de sancionar una conducta, es necesario un estudio de los efectos generados por la misma. Esta interpretación judicial difiere de la ilegalidad absoluta con la que son juzgados los acuerdos anticompetitivos en Colombia, lo cual ocasiona la minimización de costos en controversias y procesos judiciales por parte del Estado y de los empresarios.</p>
		<p>En el campo internacional, el régimen antitrust Estadounidense contempla una excepción expresa a favor de los cárteles de exportación (de acuerdo a la OCDE una de las prácticas más perjudiciales en materia de comercio internacional, dadas las desventajas que en materia competitiva genera), lo que fomenta relaciones comerciales asimétricas y mercados anticompetitivos que generan desmejoras potenciales para el competidor colombiano, lo cual constituye una eficiencia en el sentido de Pareto.</p>

¹²⁰ Tal como lo menciona Gabriel Ibarra Pardo (2004) en su artículo: El derecho de la competencia en las relaciones comerciales internacionales, gracias a la *Web-Pomerene Act* este tipo de compañías pueden obtener un certificado de revisión de la Secretaría de Comercio, el cual protege al exportador de cualquier posibilidad de ser condenado por la realización de alguna práctica restrictiva o de incurrir en responsabilidad penal, y confiere la presunción de legalidad a las actividades cubiertas por el certificado. Para ampliar este punto véase a GUZMÁN ANDREW T., Is international Antitrust possible?, New York University Law Review, n° 5, vol. 73 (1998,1514).

¹²¹ De acuerdo al Departamento de Comercio de los Estados Unidos, “La Ley de comercio exterior de la empresa fue creada por el Congreso para permitir a las empresas estadounidenses colaborar entre sí para reducir sus costes de exportación, ser más eficientes en la exportación, y, a su vez, competir más eficazmente en el mercado de exportación. Es el Departamento de la Oficina de Comercio y la Oficina de Análisis Económico del Departamento de Comercio de los Estados Unidos quien administra el Certificado de Exportación en el Comercio exterior.”.(traducción propia).

Tabla 8. (Continuación)

Observaciones:

La interacción de los regímenes de competencia en el campo de la regulación de los Acuerdos Anticompetitivos presenta serias diferencias en el TLC. Dado que en Estados Unidos la balanza regulativa se inclina hacia un criterio finalista y sus jueces pueden aplicar exenciones a la prohibición de conformación de cárteles, la balanza colombiana persigue la ilegalidad per se de todos los acuerdos anticompetitivos pactados. La regla anterior fomenta la aparición de asimetrías y distorsiona la competencia entre ambos países, lo que genera una desventaja competitiva para el campesino/productor agrícola colombiano. De acuerdo al Criterio de Eficiencia Paretiana, se dice que la situación es “óptima” cuando no es posible mejorar una parte sin que se desmejore la otra. Para el caso en mención podría decirse que la desventaja de Colombia genera situaciones de eficiencia de acuerdo al Óptimo de Pareto.

Integraciones Empresariales		
Obligación de información y notificación previa, siempre que hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada, ingresos operacionales y activos totales superiores a 60.000 SMLMV ¹²² .	Obligación de notificación previa, siempre que los montos de la operación rebasen los \$76.3 millones y hasta \$305.1 millones de dólares.	Eficiente Dentro de las relaciones comerciales vigentes entre ambos países, Estados Unidos se ha caracterizado hace largo tiempo, por poseer grandes concentraciones empresariales en todos los sectores de su economía, incluyendo el agrícola. Corporaciones alimentarias altamente tecnificadas como Monsanto (fabricante de semillas) y DuPont Corporation (dedicada a varias ramas industriales de la química, con operaciones en el sector agrícola, electrónica, tecnologías textiles y tintes) poseen un gran poder de mercado. Esto significa, comparado con la agroindustria colombiana, menos opciones para los agricultores colombianos y menos diversidad en los campos. La falta de competencia es una situación que va en desmedro del impulso innovador, generando una desmejora para Colombia, lo que de acuerdo a Vilfredo Pareto sería una situación eficiente, dado que mientras EEUU mejora se desmejora una de las partes.

¹²² Tal como lo menciona Gabriel Ibarra Pardo (2004) en su artículo: El derecho de la competencia en las relaciones comerciales internacionales, gracias a la *Web-Pomerene Act* este tipo de compañía

Tabla 8. (Continuación)

Observaciones:

Las integraciones empresariales en ambos países se caracterizan por ser un recurso importante de la gestión empresarial, por lo que su regulación propugna por controlar sólo aquellas integraciones que generan reproches en el campo antimonopolios. Sin embargo, en su interacción se resalta que la obligación de información y notificación previa en cada país está sujeta a la reunión de requisitos diferentes. El mercado estadounidense difiere del colombiano y se caracteriza por poseer grandes concentraciones empresariales en todos los sectores de la economía, incluyendo el agrícola. De esta forma, corporaciones alimentarias altamente tecnificadas como Dupont Corporation y Dow Chemical han ganado la aprobación antimonopolio de Estados Unidos para su fusión por US\$73.000 millones de dólares, lo que las convierte en un gigante mundial de productos agroquímicos.

Los valores más amplios establecidos como requisito para cumplir con la obligación de notificación previa a la fusión de empresas estadounidenses giran por el monto de los 76.3 hasta los 305.1 millones de dólares, lo que hace que las empresas fusionadas adquieran con posterioridad una amplio poder de mercado, status que no adquieren las empresas fusionadas en Colombia, por lo que las relaciones surgidas difieren en este aspecto, generándose situaciones Pareto-eficientes.

De acuerdo a Arguello (2006) “Cuanto más integrada es una cadena productiva, menor es el número de mercados abiertos y competitivos y con un proceso transparente de formación de precios” (2006, 232)

Abuso de la posición dominante/Poder de dominio		
En Colombia la posición de dominio no es sancionable; sin embargo el Decreto 2153 de 1992 establece ciertas conductas sancionables que, desplegadas cuando existe posición dominante, constituyen abuso de la misma. Tales conductas se basan en la utilización de precios predatorios, discriminaciones, subordinación de suministros so pena de la aceptación de obligaciones adicionales en los negocios, obstrucción del acceso a los mercados o canales de comercialización, las ventas en condiciones y precios diferenciados entre compradores de diferentes partes del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.	En Estados Unidos la posición de dominio ¹²³ no es sancionable; siendo así, los monopolios solo pueden ser calificados como ilegales cuando se demuestre que no promueven la eficiencia, restringiendo la producción en detrimento de los consumidores y sin una “justificación económica racional”.	Eficiente Mercados altamente concentrados generan desincentivos entre los competidores, facilitando ambientes óptimos para la aparición de empresas con poder de dominio que pueden influir en el precio y las condiciones ofrecidas para un producto en el mercado colombiano. El control abusivo de su posición de dominio genera condiciones distintas a las que el mercado arrojaría en libre competencia, afectando el grado de confianza entre las partes. Dado el contexto anterior, desde el punto de vista de la eficiencia Paretiana, no se podría hablar de competencia en el contexto del Tratado de Libre Comercio, ya que como se ha visto, el mercado se encuentra altamente distorsionado por prácticas llevadas a cabo por empresas estadounidenses que son anticompetitivas, lo cual ocasiona desmejoras en competitividad para Colombia, siendo por ende una situación Eficiente de acuerdo a Vilfredo Pareto.
Las leyes de competencia colombianas no establecen para la definición del dominio de una empresa, cuotas de participación en el mercado.	Una empresa tiene poder de dominio cuando posee una cuota de mercado del 50% o más.	

123 En estados Unidos este término es conocido como Monopolización.

Tabla 8. (Continuación)

Observaciones:		
La interacción generada por el TLC deja ver un vacío importante en la normatividad colombiana, toda vez que aunque es claro que la posición de dominio no es reprochable, tampoco establece cuotas de participación en el mercado para poder determinarla. Siendo lo anterior, no se encuentra un criterio claro para determinar qué tipo de empresa y cuándo las conductas desplegadas por la misma constituyen un abuso de su posición y por lo tanto ameritan ser sancionadas. Dado que en Estados Unidos no se acude a calificar de ilegal a las empresas con poder de dominio que abusen de su posición, a no ser que se demuestre que no promueven la eficiencia y sin una justificación económica racional, ello genera condiciones e incentivos distintos a los que arroja el mercado colombiano, donde no existe tal exención; por lo anterior, la estructura se muestra mucho más sancionatoria en Colombia, generando desincentivos importantes.		
Finalmente, puede decirse que éstas diferencias a favor de las empresas con poder de dominio Estadounidenses generan situaciones Pareto-eficientes.		
Prácticas desleales		
Prohibición de prácticas desleales en el comercio de importación (dumping y subvenciones). Se considera que un producto es objeto de dumping cuando importa en el mercado colombiano a un precio inferior a su valor normal, esto es, cuando su precio de exportación al exportarse hacia Colombia es menor que el precio comparable de un producto similar destinado al consumo en el país investigado por la práctica desleal (Artículo 5 Decreto 2550 de 2010). Para efectos de la determinación del dumping en una investigación es preciso considerar entre otros, el precio de exportación (realmente pagado o por pagar), el valor normal del producto en operaciones comerciales normales (valor realmente pagado o por pagar, por un producto similar al importado a Colombia, cuando éste es vendido para consumo en el mercado interno del país de origen,	Prohibición de las siguientes prácticas en el comercio de importación: i) la utilización de métodos y actos desleales en la importación y venta de artículos en los EEUU, realizadas por el propietario, importador o consignatario cuyo efecto sea destruir o dañar sustancialmente a una industria, evitar su establecimiento, restringir o monopolizar el comercio de los Estados Unidos, infringir patentes establecidas o violación de copyright y marcas registradas en el país. En torno a las subvenciones, el elemento indispensable para que se tipifique esta práctica desleal en EEUU son los subsidios ¹²⁴ . Siendo lo anterior, las subvenciones serán objeto de medidas compensatorias en todos los casos, exceptuando los siguientes: subvenciones a la investigación, subvenciones a regiones desfavorecidas	Eficiente Mientras Estados Unidos cuenta con una amplia gama de subvenciones que proporciona a sus productores agrícolas, Colombia resulta en una situación asimétrica (que le causa desmejora a sus competidores domésticos, dada la imposibilidad de competir en igualdad de condiciones y obtener las mayores utilidades). Dado que ambos países acordaron desgravación arancelaria y libre acceso al mercado del otro, EEUU mantiene ayudas internas que vulneran la reciprocidad que debe surgir gracias al ejercicio del comercio, convirtiéndose en un comercio abusivo e inequitativo para una de las partes: Colombia. Bajo el criterio de Eficiencia, podría llamarse a esta situación Pareto-eficiente.

124 En los términos del Artículo 1° del Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de la OMC, se considerará que existe subvención: a) 1) cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un miembro (denominados en el Acuerdo "gobierno"), es decir: i) cuando la práctica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y aportaciones de capital) o posibles transferencias directas de fondos o de pasivos (por ejemplo, garantías de préstamos); ii) cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales)¹; iii) cuando un gobierno proporcione bienes o servicios -que no sean de infraestructura general- o compre bienes; iv) cuando un gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación, o encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) supra que normalmente incumbirían al gobierno, o le ordene que las lleve a cabo, y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos; o a) 2) cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994; y b) con ello se otorgue un beneficio.

Tabla 8. (Continuación)

<p>en operaciones comerciales normales) y la realización de una comparación entre el valor normal y precio de exportación, lo cual determinará positivamente una investigación por dumping cuando afecte o amenace afectar una rama de la producción nacional.</p>	<p>, subvenciones para la adaptación de instalaciones existentes a nuevas exigencias ambientales y las pertenecientes al programa de subvenciones notificadas previamente al Comité de la OMC. Desde la década de 1930 y hasta la fecha Estados Unidos ha contado con una rama amplia de subvenciones y ayudas al productor agrícola. Algunas de sus más recientes legislaciones son:</p>
<p>a) En Colombia, la suma de las transferencias por concepto de protección en frontera y las ayudas específicas por producto constituyen lo que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD) denomina: "Estimativo de Subsidios al Productor", más conocido como el ESP.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Farm security and Rural Investment Act of 2002 • The Food, Conservation, and Energy Act of 2008 • The Farm Bill Act of 2014
<p>b) Podríamos hacernos a una idea del ESP en Colombia, a partir del ESP promedio en el período 2002, el cual ascendió a US\$ 945 millones al año, de los cuales el 93% correspondió a protección en frontera y sólo 7% a ayudas internas por producto.</p>	<p>Autoridad competente para conocer de las investigaciones por dumping y subsidios es la Comisión de Comercio internacional y el Departamento de Comercio Internacional.</p>
<p>Autoridad competente para conocer de las investigaciones por dumping y subsidios es la Dirección de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, a través de la Subdirección de Prácticas Comerciales.</p>	<p>Observaciones: La interacción generada por el TLC ocasiona tensiones entre los dos regímenes de competencia, gracias a la disparidad latente en materia de apoyo y subvenciones al productor agrícola se ha convertido en el común denominador de las negociaciones de acuerdos comerciales pactados por Estados Unidos (el tratado de libre comercio con Colombia no fue la excepción), especialmente en lo referente a las subvenciones que proporciona el gobierno a diferentes sectores de su economía. En este sentido, mientras Estados Unidos cuenta con una amplia gama de subvenciones que proporciona al sector agrícola, Colombia resulta en una situación asimétrica (lo que genera desventajas a sus competidores domésticos y distorsiones a la competencia). Dado que ambos países acordaron desgravación arancelaria y libre acceso al mercado del otro, EEUU mantiene ayudas internas que vulneran la reciprocidad que surge del comercio, convirtiéndose en un comercio abusivo e inequitativo entre una de las partes: Colombia.</p>

Tabla 8. (Continuación)

Otras distorsiones (Excepciones, exenciones, inmunidades y regímenes sectoriales)		
<p>El régimen protector de la libre competencia en Colombia¹²⁵ regula dos eventos en los cuales las conductas restrictivas quedan por fuera de la ilegalidad <i>per se</i>, los cuales se enuncian a continuación: a) <i>acuerdos que no son ilegales</i>: los que se hagan para cooperar en investigación y desarrollo de nuevas tecnologías, los relacionados con estándares, reglas y medidas no impuestos por autoridad, siempre que no limiten la entrada de competidores al mercado, y los relacionados con los procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de instalaciones comunes (art. 49 Decreto 2153 de 1992); b) <i>excepciones, exenciones, inmunidades y regímenes sectoriales</i>. Se destacan las excepciones en ciertos sectores básicos, siempre que éstos produzcan bienes o servicios de interés para la economía general: aquellos destinados a satisfacer las necesidades de alimentación, vestido, sanidad y la vivienda de la población colombiana, la producción y distribución de combustibles y la prestación de los servicios bancarios, educativos, de transporte, energía eléctrica, acueducto, telecomunicaciones, seguros y el sector agrícola¹²⁶ (Ley 155 de 1959 art. 1 parágrafo).</p>	<p>Los Estadounidenses clasifican sus exenciones en dos categorías: a) las de origen jurisprudencial y b) las de origen legal o estatutario (Cortázar, 2011,151). Las <i>exenciones jurisprudenciales</i>, fueron formuladas por la Corte Suprema de Justicia, datan de 1940 y hacen referencia a las <i>inmunidades implícitas</i> que aparecen cuando se presenta incompatibilidad entre las leyes antimonopolio y otros regímenes sectoriales. Dentro de este tipo de inmunidades entran las exenciones por regulaciones territoriales, estatales y locales, caracterizadas por que se fundan en la organización política del país y otorgan la facultad de expedir regulaciones independientes, sin que por ello se viole el derecho antimonopolio. Por otra parte, gracias a las <i>exenciones de origen legal o estatutario</i>, Estados Unidos erigió, y ha seguido haciéndolo, un conglomerado de leyes que establecen exenciones en numerosas actividades y sectores específicos de la economía nacional. A continuación se ilustra el panorama de exenciones legislativas al régimen antimonopolios estadounidense. Se hace exclusivo énfasis en las exenciones del sector agrícola, por ser de especial interés para esta investigación:</p>	<p>Ineficiente</p> <p>La subsistencia de exenciones de origen legal en el sector agrícola estadounidense no produce mejoras en los resultados del acuerdo comercial, sin embargo, los costos de tener que asumir exenciones legales de este tipo, ocasionan un menor desgaste administrativo, dado que las mismas leyes dejan en firme su autorización y las partes ahorrarían los costos de tener que acudir a otras instancias para recibir concepto previo y autorización (como sucede en el caso colombiano).</p>
		<p>En este escenario la competencia se reduce y ello es favorecido por las mismas legislaciones de cada país (quienes permiten exenciones, exclusiones y otras distorsiones de la competencia), por lo que no se puede hablar de situaciones eficientes para una de las partes, ya que ambos países están ante situaciones que desmejoran su propia competencia. Estamos hablando entonces de una situación Ineficiente.</p>

125 Usualmente las leyes de promoción de la competencia, vigentes en los diferentes Estados, tienen un alcance limitado al mercado doméstico. Colombia no es ajena a esa dinámica, y de hecho sus normas sobre competencia, sólo se ocupan de combatir las prácticas que tienen efecto en el mercado nacional, tal como lo menciona el artículo 2° del Decreto 2153 de 1992: Funciones. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: “Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades.”

126 El artículo 5 de la ley 1340 de 2009 consideró al sector agropecuario como sector básico de interés para la economía general. En tal virtud expresó que “el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural deberá emitir concepto previo, vinculante y motivado, en relación con la autorización de acuerdos y convenios que tengan por objeto estabilizar ese sector de la economía”.

Tabla 8. (Continuación)

El sector agrícola contiene un régimen de excepción legal establecido en el artículo 5° de la ley 1340 de 2009¹²⁷, que sólo procede a petición de la parte interesada. El artículo antes mencionado ordena al Ministerio de Agricultura y Desarrollo rural emitir concepto previo, vinculante y motivado en relación con la autorización de acuerdos y convenios que sean pactados entre los competidores, siempre que éstos tengan por objeto estabilizar ese sector básico de la economía; requisito de efectos relevantes para la autorización brindada por la Superintendencia de Industria y Comercio¹²⁸.

Exenciones	Objetivo
<i>Packers and Stockyards Act (1921)</i>	Referida a temas de competencia, prácticas comerciales y protección financiera. Su objetivo básico es mantener una competencia efectiva y prácticas justas de comercio en los mercados de ganado, carne y aves.
<i>Capper-Volstead Act(1922)</i>	La ley refiere la posibilidad de que los productores agropecuarios actúen en asociaciones, con el fin de procesar, y mercadear a través del comercio interestatal e internacional, en forma colectiva, sus productos. Permite reducir la competencia entre productores agropecuarios cuando se unen y participan en el mercado como si fueran un solo agente económico.

127 El artículo 5° de la Ley 1340 de 2009 sobre la aplicación del régimen general de competencia en el sector agrícola expresa: “Para los efectos del parágrafo del artículo 1° de la Ley 155 de 1959, considérese como sector básico de interés para la economía general, el sector agropecuario. En tal virtud, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural deberá emitir concepto previo, vinculante y motivado, en relación con la autorización de acuerdos y convenios que tengan por objeto estabilizar ese sector de la economía”.

128 De acuerdo al Proyecto de Investigación y Apoyo del Equipo Negociador de Colombia en el ALCA y la OMC-Universidad de los Andes (2003): “Si bien es cierto que la Ley 155 de 1959 prevé la posibilidad de autorizar la celebración de ciertos acuerdos específicos que podrían, como regla general, resultar lesivos de la competencia, el país está muy lejos de contar con un sistema ágil y efectivo para establecer excepciones a la aplicación de las normas sobre competencia. Pensamos que es necesario buscar mecanismos ágiles en esta materia, con el fin de dar al Estado instrumentos más efectivos para la formulación y aplicación de sus políticas en materia de competencia”

Tabla 8. (Continuación)

<i>Cooperative Marketing Act (1926)</i>	La ley de Comercialización Cooperativa permitió a los agricultores intercambiar información pretérita y futura de los cultivos, mercado, información estadística, económica y similar a los agricultores cooperados bajo la <i>Capper-Volstead Act</i> , sin romper por ello las leyes antimonopolio. La ley creó la División de Comercialización Cooperativa dentro del Departamento de Agricultura de los Estados Unidos para ayudar a las cooperativas en la recopilación e intercambio de datos sobre la producción, precios y la demanda de productos.
<i>Fishermen's Collective Marketing Act (1934)</i>	Autoriza a los pescadores para organizar cooperativas y a través de ella llegar a la negociación para la venta de pescado y otros productos acuáticos. El objeto de esta ley es permitir una exención a las reglas antimonopolio a favor de los pescadores y otras cooperativas asociadas.

Tabla 8. (Continuación)

<i>Robinson-Patman Act (1936)</i>	Ley contra la discriminación de precios. La ley prohíbe las prácticas contrarias a la libre competencia de los productores, específicamente en lo que atiende a la discriminación de precios entre los diferentes compradores de bienes similares en grado y calidad, cuando el efecto producido sea el de reducir la competencia o formar monopolios; sin embargo contiene una exención específica a favor de las asociaciones cooperativas y sin ánimo de lucro conformadas, ya que para éstas los actos discriminatorios no son ilegales, siendo por ende permitidos.
<i>Anti-hog-Cholera Serum and Hog-Cholera Virus Act.</i>	Ley del código único de Estados Unidos. Se refiere a la facultad que tiene el Secretario de Agricultura para autorizar en audiencia acuerdos de comercialización respecto al manejo del suero anti-cólera contra el virus de cólera porcino, que normalmente obstruyen directamente el comercio interestatal o extranjero del suero anti- virus. En tal sentido, este tipo de acuerdos autorizados se consideran lícitos.

Tabla 8. (Continuación)

<i>Agricultural Marketing Agreement Act. (1937)</i>	La Ley de Acuerdos de Comercialización de Productos Agrícolas autoriza al Secretario de Agricultura para entrar en acuerdos de marketing con los productores y elaboradores de productos básicos agrícolas. Estos arreglos de acuerdo a la ley están explícitamente exentos de la aplicación de las leyes antimonopolio, ya que no violan las leyes de competencia y tienen validez.
<i>Agricultural Fair Practices Act (1967)</i>	Ley que resguarda la capacidad e independencia de los productores agropecuarios para pertenecer o celebrar contratos con las organizaciones de productores cobijadas por la ley Capper-Volstead Act. La ley considera que interferir en el derecho de los productores a unirse voluntariamente en asociaciones cooperativas en la forma que autoriza la Capper-Volstead Act es contrario al interés público y perjudica el flujo libre y ordenado de bienes en el comercio interestatal e internacional.

Observaciones:

La existencia de excepciones, exenciones y regímenes sectoriales ofrece para ambos países la posibilidad de excluir ciertas conductas restrictivas de las sanciones por ilegalidad, sin embargo ello tiene una incidencia importante bajo el marco de la interacción generada por el TLC, más allá de seguir intereses de eficiencia de terminado sector excluido, puede influir negativamente en el desarrollo del acuerdo y terminar por desequilibrar los resultados que inicialmente buscaban las partes, haciendo que no puedan maximizar sus beneficios y reduciendo la posibilidad de competir. Bajo el criterio de Eficiencia Paretiana, podría llamarse a esta situación Óptima o Eficiente.

Fuente: realización propia

4.4.2 El interés por la maximización del bienestar de cada parte

La economía ha utilizado el concepto moderno de hombre como un sujeto racional y maximizador de su interés propio, por lo que cada parte en el Tratado busca la maximización de sus intereses. El Estado debe propender por mecanismos coercitivos que logren conciliar dicha maximización de intereses particulares con los intereses colectivos, de tal manera que se generen escenarios de bienestar social con beneficios para todos los partícipes del juego de las relaciones sociales.

4.4.3 La existencia de prácticas que distorsionan la libre competencia, con efectos en la zona de libre comercio y el papel de los estados a la hora de combatir este tipo de prácticas

De acuerdo a la Superintendencia de Industria y Comercio existen prácticas restrictivas que son usuales en los procesos de integración comercial y distorsionan la libre competencia, por ejemplo, los Acuerdos, Cáteles y Abusos de la posición dominante. Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos-OCDE, la internacionalización de la actividad comercial incrementa las posibilidades de su aparición.

Siendo lo anterior, los acuerdos anticompetitivos representan una de las prácticas a las que más acuden los empresarios en la actividad comercial internacional; pero pese a estar proscritos, algunos países muestran una especial tolerancia hacia los mismos. Este es el caso de Estados Unidos, donde en el campo internacional se contempla la excepción expresa a favor de los cárteles de exportación, a los cuales protege a través de una presunción de legalidad frente a las leyes antitrust. La *Web-Pomerene Act* de 1918 y posteriormente la ley *Foreing Trade* son ejemplos de ello. Ya lo había dicho desde hace varios lustros la OCDE, cuando subrayó que los cárteles son considerados el tipo de conducta empresarial más dañina para la competencia, por lo que la

conducta colusiva o coordinada resultan en mayores precios, menores cantidades y reducciones en la variedad de productos y ritmo de innovación, con lo que se genera una clara pérdida de bienestar (OCDE, 2011).

Frente al Abuso de la posición dominante en la zona de libre comercio creada con el Tratado, hay que mencionar que la práctica es sancionable *per sé* en Colombia, siempre que en ella se utilicen precios predatorios, discrimine, subordine suministros so pena de la aceptación de obligaciones adicionales en los negocios, obstruya el acceso a los mercados o canales de comercialización, las ventas en condiciones y precios diferenciados y se venda en condiciones y a precios diferenciados entre compradores. Sin embargo, para Estados Unidos el poder de dominio solo puede ser calificado como ilegal cuando se demuestre que no promueve la eficiencia, restringiendo la producción en detrimento de los consumidores y sin una justificación económica racional; aspecto que obedece a la influencia de los postulados de la Escuela de Chicago que acoge la teoría de Milton Friedman, bajo la metodología del “*Economic Analysis of Law*”.

Ahora bien, aunque dentro de los objetivos claros de cualquier tratado de libre comercio está el acceso preferencial al mercado del otro país con la remoción de barreras arancelarias al comercio de bienes y servicios, de acuerdo a la Dirección de Estudios Económicos del Departamento Nacional de Planeación de Colombia-DNP (2005), existe una aparente doble moral en las negociaciones comerciales internacionales, lo que ha impulsado con frecuencia la adopción de barreras que no son del tipo arancelario, como: ayudas internas, subsidios a la exportación y producción, entre otras, para proteger sectores económicos como el agrícola, en donde los países más pobres pueden tener una ventaja comparativa. Es así, que “un tratado de libre comercio en donde el país se comprometa a eliminar únicamente el arancel, pero no las demás barreras, generará una ventaja comparativa aparente frente a sus demás competidores” (DNP, 2005). Este es el caso que nos ocupa, dado que las aparentes ventajas generadas por el acceso preferencial al mercado de

Estados Unidos y la eliminación arancelaria, sin equilibrar las barreras no arancelarias, generan un impacto considerable en el equilibrio del bienestar social que se esperaba lograr con el acuerdo.

Por otro lado, existen también otras distorsiones que generan barreras a la competencia en la zona de libre comercio, dentro de ellas se enuncian las excepciones, exenciones, o inmunidades y los regímenes sectoriales. En el análisis de interacción en este punto, los dos regímenes de competencia divergen, por cuanto mientras en Colombia sólo existen las exenciones *legales* (destacándose dos eventos específicos en los cuales las conductas quedan por fuera de la ilegalidad per se: 1. caso de los acuerdos pactados para cooperar en investigación y desarrollo de nuevas tecnologías, estándares, reglas y medidas no impuestos por autoridad, y los relacionados con los procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de instalaciones comunes, y 2. exclusiones a favor de ciertos sectores básicos determinados en la ley, tales como el de la agricultura, siempre que éstos produzcan bienes o servicios de interés para la economía general, previo concepto vinculante y motivado del Ministerio de Agricultura y desarrollo Rural y autorizado por la Superintendencia de Industria y Comercio), en Estados Unidos las exenciones pueden tener dos orígenes: uno jurisprudencial y otro legal o estatutario.

Gracias a las exenciones de origen legal o estatutario, Estados Unidos erigió y ha seguido haciéndolo, un conglomerado de normas estableciendo inmunidades en numerosas actividades y sectores específicos de la economía nacional; se ponen de presente en este punto las exenciones del sector agrícola, por ser de especial interés para la investigación, dentro de las cuales se enuncia la *Packers and Stockyards Act (1921)*, *Capper-Volstead Act.(1922)*, *Cooperative Marketing Act (1926)*, *Fishermen's Collective Marketing Act (1934)*, *Robinson-Patman Act (1936)*, *Anti-hog-Cholera Serum and Hog-Cholera Virus Act, Agricultural Marketing Agreement Act. (1937)* y *Agricultural Fair Practices Act (1967)*.

Por su parte las exenciones jurisprudenciales fueron formuladas por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos y datan del año 1940; hacen referencia a las *inmunidades implícitas* que aparecen cuando se presenta incompatibilidad entre las leyes antimonopolio y otros regímenes sectoriales. No se hará pausa para el análisis particular de las exenciones legales y jurisprudenciales en Estados Unidos, habida cuenta de que fueron estudiadas en el capítulo III.

4.4.3.1 El papel de los Estados a la hora de combatir las prácticas anticompetitivas

De acuerdo a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos-OCDE el impacto que tienen las prácticas restrictivas en un acuerdo de integración comercial puede ser mayor que el impacto generado por las prácticas en un solo país, dado que el poder de mercado de las empresas envueltas es mayor y su papel en los niveles de concentración nacional e internacional también pueden serlo, por ende es de vital importancia el análisis del papel que tienen los estados a la hora de combatir este tipo de prácticas.

Por su parte, la Agencia de Comercio Internacional (OMC, 2012) expresó que las prácticas anticompetitivas en el plano local, nacional e internacional menoscaban el bienestar de los consumidores y de las empresas, ocasionando ineficiencias; pese a lo anterior, no existe una respuesta de tipo global sobre el mejor método a seguir para luchar contra estas prácticas, por lo que es importante que las autoridades nacionales encargadas de la protección de la competencia velen por su defensa en todos los casos en que ésta se vea afectada.

En el caso Colombiano, de acuerdo al artículo 28 de la Ley 1340 de 2009 la protección y promoción de la competencia en el ámbito nacional se halla en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, por lo que en caso de situaciones externas que afecten la libre competencia, el artículo 32 de la Ley 1340 de 2009 estipula que el Estado podrá intervenir cuando situaciones externas o ajenas a los productores nacionales afecten o distorsionen las condiciones de

competencia en los mercados de productos nacionales. De hacerse, tal intervención se llevará a cabo a través del Ministerio del ramo competente, mediante la implementación de medidas que compensen o regulen las condiciones de los mercados garantizando la equidad y la competitividad de la producción nacional.

Los procedimientos empleados por la Superintendencia a la hora de investigar prácticas comerciales restrictivas se hallan prescritos en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, los cuales se llevarán directamente ante la autoridad administrativa quien resolverá. Agotada la investigación administrativa, las resoluciones expedidas pueden ser objeto de control judicial ante el Tribunal administrativo correspondiente y posteriormente apeladas ante el Consejo de Estado.

En el caso de Estados Unidos, la aplicación de las leyes antimonopolio depende de la actividad de dos organismos diferentes: por una parte la *División Antimonopolística del Departamento de Justicia* (*Antitrust Division of the Department of Justice*), y por otra, la *Comisión Federal de Comercio* (*Federal Trade Commission*). Las decisiones tomadas son apelables ante la Corte de Apelaciones en Washington y la Corte Suprema de Estados Unidos. Cuando los fallos emitidos no son cumplidos, la FTC podrá acudir ante los tribunales para solicitar la imposición de multas previstas en la ley, y la compensación a los afectados por el incumplimiento.

Dentro de las facultades del Departamento de Justicia y la FTC se resaltan las atribuciones exclusivas que en materia penal tiene el Departamento, mientras que comparte atribuciones con la FTC respecto de asuntos de naturaleza civil, de esta manera ambas coordinan su trabajo mediante una concertación constante con miras a la no duplicación de las investigaciones; el intercambio de información entre ambas es reiterado, por lo cual cada una realiza sus investigaciones pertinentes, todo ello sin perjuicio de que el Departamento de Justicia pueda reservarse para sí ciertos casos en particular.

Valga la pena aclarar, respecto de la interacción de las autoridades encargadas de la protección de la competencia en ambos países, que dentro del marco del TLC toda controversia sobre libre competencia y práctica de negocios anticompetitivos, sistemas de cooperación, e iniciación y resolución de consultas, será resuelta por medio de la aplicación de la legislación nacional de cada parte contratante (TLC Colombia- EE.UU. Artículo 13.10. 2012).¹²⁹

De acuerdo a la Superintendencia de Industria y Comercio (2004),¹³⁰ lo anterior tiene una significancia representativa para las partes, teniendo en cuenta dificultades como: a) la carencia de medios y la precariedad que caracteriza a las autoridades de competencia de los países en vías de desarrollo como Colombia; todo lo cual determina por un lado, la ardua tarea de combatir y constreñir las prácticas que tienen efecto en el mercado colombiano, cuando ellas se originen o produzcan en territorio extranjero, debido a que se está expuesto a barreras territoriales y de infraestructura que imponen límites para el ejercicio de la jurisdicción de las autoridades de competencia; b) La reunión de información completa que no se encuentra bajo la jurisdicción de un país; c) la tarea de adelantar y concluir un proceso, involucrando actividades de investigación en diversas jurisdicciones; d) hacer cumplir las decisiones adoptadas bajo una jurisdicción sobre empresas sujetas a otra jurisdicción.

129 Tres etapas tiene el proceso de solución de controversias en el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos: a) una fase consultiva; b) intervención de la Comisión de Libre Comercio; c) intervención de un Panel Arbitral. La característica predominante es la de que no se produce una solución con carácter vinculante u obligatorio para las partes. Ello le resta seguridad al proceso y lo puede hacer inútil y dispendioso, lo cual tiene que ver con el costo que conlleva para las partes, en especial para los gobiernos y empresas. Expresamente se han exceptuado las controversias referentes a las prácticas desleales de comercio como el "dumping" remitiéndolas a las legislaciones nacionales (Ministerio del Comercio, Industria y Turismo, tomado de: <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=12764>, visto el 02 de Enero de 2015).

130 En el informe presentado por la Superintendencia de Industria y Comercio en el año 2004, sobre las dificultades que plantea la realización de un proceso de investigación en Colombia contra sujetos que no se encuentran bajo su jurisdicción, expresó que uno de los retos por superar, consiste en las restricciones presupuestales y de infraestructura con que cuenta la SIC.

5. Conclusiones

El presente escrito no pretende poner fin al debate académico sobre las implicaciones del Tratado de Libre Comercio para Colombia, el impacto de la norma en la economía nacional o la eficiencia de las leyes que interactúan en el acuerdo. Por el contrario, su intención es motivar a los investigadores a que sigan utilizando las metodologías del análisis económico del Derecho (AED)¹³¹ en el estudio de la relación entre el sistema jurídico y la economía, ya que si bien fue posible realizar algunas conjeturas válidas sobre el derecho de la competencia en Colombia y su interacción con el TLC suscrito con Estados Unidos-caso específico del sector agrícola, es necesario continuar realizando estudios sobre la eficiencia de la ley y la forma en que ésta opera como modificadora de incentivos de agentes racionales en cualquier campo del derecho.

El derecho de la competencia, como rama del derecho económico tuvo sus raíces en la Norteamérica de finales del siglo XIX, y desde allí como quedó de presente en este estudio, se ha convertido en un cuerpo normativo con relevancia jurídica y efectos directos en los fenómenos económicos.

De acuerdo a los hallazgos encontrados alrededor de esta investigación se pone de presente la existencia de importantes vacíos, generados por un marco jurídico débil en el ámbito de la protección de la competencia en el sector agrícola colombiano. Siendo lo anterior, el derecho de la

131 De acuerdo a Doménech Pascual (2014), en su artículo denominado: ¿Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho? existen variadas herramientas avanzadas para hacerlo. En este sentido menciona que se puede analizar económicamente el Derecho de muchas maneras válidas. Una variante típica consiste en aprovechar los resultados en que se describen las consecuencias que pueden tener ciertas normas jurídicas, aplicándolos para resolver un problema concreto relevante de mayor o menor actualidad, usando un lenguaje natural, sin fórmulas, ni números. Otro modo más problemático consiste en la utilización directa de dos herramientas metodológicas cuyo manejo no suele enseñarse ni aprenderse en las Facultades de Derecho, una es las matemáticas y otra es la obtención de datos mediante métodos empíricos, basándose en la percepción sensorial de los hechos reales, los cuales son analizados mediante técnicas estadísticas o cuantitativas.

competencia y las políticas adoptadas son bastante frágiles en comparación con las de Estados Unidos, y esta debilidad puede estar siendo aprovechada para menoscabar la situación económica del sector.

La investigación permite concluir también que Estados Unidos se encuentra en una situación privilegiada en el goce de los beneficios generados por el acuerdo. Dado que los regímenes de competencia de EEUU y Colombia contienen diferencias marcadas, ello hace que la interacción de sus normas con el tratado sea compleja, generando situaciones que a la luz del Análisis Económico del Derecho se podrían llamar Pareto-eficientes.

Aunque las políticas de competencia en ambos países persiguen fines similares, el presente trabajo encontró que el mercado Estadounidense se encuentra ampliamente distorsionado por prácticas anticompetitivas (tales como: acuerdos colusivos, abuso de la posición dominante y prácticas desleales, todas ellas en su mayoría autorizadas por la ley), las cuales benefician al empresario Estadounidense, especialmente en sectores protegidos como la agricultura.

Las diferencias regulativas que enmarcan la interacción entre ambos países, hacen del Tratado de Libre Comercio una herramienta compleja, más aún si se recuerda que la apertura del mercado Estadounidense al competidor agrícola Colombiano se hizo bajo un régimen legal de competencia que favorece la aparición de cárteles de exportación y acuerdos asociativos que no están proscritos, y se goza de un programa especial de exenciones y subvenciones en el sector, algo con lo que los competidores colombianos están en clara desventaja.

Lo anterior representa un factor distorsionante de la competencia frente a Estados Unidos, ocasionando que sus empresas no sean competitivas y se generen barreras de acceso para una de las partes. Frente a este punto se aclara, que no se trata de tener iguales condiciones materiales (dado que no sería factible frente a un país con el desarrollo económico que tiene Estados Unidos),

sino legales, para así poder equiparar las reglas de juego al interior de las relaciones comerciales surgidas.

Teniendo en cuenta que el Tratado de Libre Comercio respeta y mantiene las políticas, legislación y autoridades de competencia de las partes contratantes bajo el principio de no discriminación, la OMC y OCDE han manifestado una preocupación constante alrededor de las desventajas comparativas que ocasionan los generosos subsidios a la producción agrícola que brinda el gobierno Estadounidense (como parte de su política sectorial interna), tema que ha ocupado la agenda de numerosas mesas de acuerdos comerciales, sin que para el caso del TLC con Colombia haya podido llegarse a un desmonte¹³².

Por otra parte, no es posible olvidar que la política agrícola Estadounidense a diferencia de la Colombiana, ha estado enmarcada en el papel estratégico que le asigna el gobierno al sector dentro de la política de seguridad nacional, de modo que desde la tercera década del siglo XX, Estados Unidos ha asumido la tarea de apoyar el ingreso de los agricultores a través de diversas prácticas como el otorgamiento de precios de soporte, pagos directos y subsidios, lo que lo impulsa en pro de los objetivos de una economía eficiente, convirtiéndolo en un sector anticompetitivo frente a sus adversarios comerciales.

Sin embargo, y a pesar de haber demostrado situaciones tensionantes en la relación de las normas que rigen el acuerdo entre los países, los supuestos beneficios del tratado pueden seguir siendo defendidos por quienes ven mayores aprovechamientos con su implementación, pues, de acuerdo al Criterio de Eficiencia de Kaldor- Hicks puede darse la posibilidad de que tales

132 Al respecto, vale la pena recordar el hecho de que Estados Unidos haya manifestado, como lo hizo en otras negociaciones bilaterales, que el tema de las ayudas internas y subsidios a los sectores agrícolas sólo se discutiría en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y no en el marco de las negociaciones bilaterales de un TLC.

beneficios sean suficientes para cubrir las pérdidas de la otra parte o sector afectado, entonces nos encontraríamos ante una solución eficiente, aunque ello no implique que la compensación se lleve finalmente a cabo.

En este sentido, de acuerdo a Aldana (2015)

Podemos sostener que las teorías del análisis económico del derecho son incompletas, porque abordan el problema de la eficiencia en los intercambios sin que esto implique alguna consideración sobre la distribución de los beneficios conseguidos mediante transacciones eficientes. Además, el criterio de maximización de la riqueza sostiene que una asignación eficiente de los recursos se garantiza cuando estos son adquiridos por quien más los valora, y dicha valoración se manifiesta en la intención de pagar un precio. Esta teoría aplicada al comercio bilateral, permite justificar que los recursos queden en manos de las empresas transnacionales más que en manos de los campesinos, pues son estas quienes tienen la capacidad de valorarlos cuantitativamente mejor en términos de pagar un precio mayor (p.128).

De lo anterior se colige que para la efectiva comprensión de la forma en que interactúan los regímenes de competencia en el Tratado de Libre Comercio suscrito por Colombia y EEUU, es necesario estar abiertos a la interdisciplinariedad y a la comunicación con otras disciplinas científicas para alimentar la creación de nuevo conocimiento en el Derecho y en particular, en el área del derecho de la competencia y el análisis económico de las leyes. Esta fue la propuesta del presente trabajo de investigación, el cual se quiso acotar en la mejor medida posible.

Siendo aún una disciplina novedosa en Colombia, la misma ha tenido desarrollos sectoriales interesantes como en el campo de los servicios públicos y las telecomunicaciones; sin embargo sus avances en el comercio internacional son todavía muy escasos, aspecto que hay que fortalecer en un mundo globalizado, dado los futuros acuerdos comerciales que Colombia suscriba. Así mismo

el ejercicio más enérgico de la abogacía de la competencia, como instrumento para el fomento de la cultura y promoción de actividades de socialización de las normas y educación en materia de derechos en asuntos relacionados con la competencia en el comercio internacional, contribuiría grandemente al conocimiento sobre la defensa y mecanismos de protección del sector agrícola, para que de esta manera el amparo de los derechos que puedan estar siendo vulnerados sea más palpable.

Finalmente se puede decir, que si no hay condiciones jurídicas equitativas en los acuerdos comerciales, se perpetúa la desigualdad económica y se vulnera la reciprocidad que surge del comercio, por lo que no podría hablarse de un comercio internacional recíproco, como la teoría económica pretende, sino de un comercio internacional abusivo; y es aquí donde media el derecho para fomentar situaciones que generen la equidad y reciprocidad necesarios para que la economía se desarrolle por medio del comercio internacional.

Algunas propuestas para el logro de una estructura legal deseable a partir del contexto dado son las siguientes:

1. La estructura legal en materia de políticas de competencia y políticas sectoriales colombianas debe ser robustecida a través de ayudas específicas que disminuyan los costos de producción, en consonancia con alternativas que incentiven la productividad e implementen la utilización de herramientas tecnológicas que pongan a la vanguardia al sector agrícola y lo hagan más competitivo internacionalmente.
2. La reciente promulgación de la Ley 1868 del 01 de septiembre de 2017 constituye un avance importante en el mejoramiento de la estructura legal deseable al interior del país, ya que el rendir informe anual sobre los impactos (negativos y positivos) y presentar la balanza comercial de Colombia con los países con los que se tienen acuerdos comerciales, permite que se pueda atacar

aquellos aspectos donde hay falencias y preparar mejor al sector productivo para los retos a que se enfrentan.

3. En lo que respecta al sector agrícola, el papel del Estado colombiano es fundamental para equilibrar el intercambio de bienes y servicios¹³³, para lo cual debe basar sus políticas macroeconómicas de forma que facilite resultados más eficientes en materia de competencia, ahorrando costos judiciales en la resolución de conflictos de empresarios agrícolas y campesinos.
4. La estrategia legal de apoyo a la investigación y el desarrollo tecnológico se constituye en una maniobra que debe promover el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para mejorar la competitividad de las cadenas productivas, fortalecer su sostenibilidad, abrir o mejorar el acceso a los mercados internacionales y mejorar productividad. En Colombia, la Corporación Colombiana de Investigación Agropecuaria (CORPOICA) y el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) son entidades que en convenio con el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural se encargan de ejecutar actividades de investigación, tecnología y transferir procesos de innovación tecnológica al sector agropecuario. Estas entidades requieren un impulso económico fuerte para ejecutar eficientemente sus funciones.
5. La estrategia para mejorar la competitividad tiene que pasar por cambios sustanciales en materia de políticas bilaterales, debido a que los efectos arrojados por la interrelación de normas en el TLC dependen no solamente de la diversificación del mercado, sino también del grado de protección que se brinde al productor y su labor. Más allá de la eliminación de barreras arancelarias, se requiere la supresión de barreras no arancelarias, dominantes actualmente en los

¹³³ Las ineficiencias institucionales y económicas de la parte débil siempre generarán mayor vulnerabilidad, lo que incluso puede impedir el cumplimiento de las normas y disciplinas comunes que se acuerden en los tratados de libre comercio.

Estados Unidos, que sin lugar a dudas constituyen un serio impedimento para encontrar situaciones que satisfagan a las partes dentro del acuerdo comercial, de allí la necesidad de armonización de las leyes sustantivas de competencia, entre los distintos países¹³⁴.

6. La mejora en la estrategia de comunicación y cooperación entre las diferentes autoridades de competencia, con el propósito de aplicar las leyes nacionales en el interior de los mercados de cada país y facilitar el intercambio de información se constituye en un factor de peso que contribuiría a facilitar en mayor medida la aplicación y el respeto por las normas de competencia¹³⁵.
7. Una recomendación importante a la hora de hacer efectivos los derechos del productor agrícola colombiano en su interacción con los productores Estadounidenses, tiene que ver con la materialización fáctica de los mecanismos de solución de controversias establecidos en el TLC, para atender las controversias surgidas por violación a la competencia. Ahora bien, dados los posibles inconvenientes de tipo económico, de recursos humanos e infraestructura para juzgar violaciones a la competencia en el comercio internacional con efectos en nuestro territorio (los cuales han sido reconocidos por la Superintendencia de Industria y Comercio en sus informes), brindarse la posibilidad de que pueda optarse por recurrir a los mecanismos de resolución de controversias establecidos por la OMC, como una salida a los conflictos que Colombia no pueda solucionar de manera efectiva en nuestro país.

134 Esta propuesta surgió en el seno de la OCDE, del grupo de trabajo sobre comercio y competencia creado en el marco de la OMC.

135 La propuesta de mejora en el intercambio de información entre las diferentes autoridades de competencia surgió en el seno de la OCDE, del grupo de trabajo sobre comercio y competencia, creado en el marco de la OMC.

Referencias

Acuerdo de Promoción Comercial (2012) suscrito en Washington el 22 de noviembre de 2006 entre la república de Colombia y los Estados Unidos de América.

Adam S. (1794). *Las riquezas de las naciones*. Tomo I. Consultado de la URL: https://www.marxists.org/espanol/smith_adam/1776/riqueza/smith-tomo1.pdf el 10 de Junio de 2014.

Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, USAID (2008). *Una perspectiva de la Competitividad Agrícola de Colombia*. Bogotá.

Amín, D. (2004). *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Valencia, Edit. Universidad de Valencia.

Archila, E., Miranda, A., Ibarra, G., (2002). Revista Ciencias Jurídicas Centro de Estudios de Derecho de la Competencia “CEDEC”. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana.

Argain, L. (1999) *Política y legislación de la competencia*. Boletín Latinoamericano de Competencia, No. 9. Unión Europea. p. 87 – 89

Avatar A y Tineo L. (1997) *Políticas de competencia e integración: opciones y necesidades*. Centro de información para la integración regional, (training center for regional integration).

Banco Mundial. Consultado el día 18 de Enero de 2015, URL, <http://datos.bancomundial.org/indicador/NV.AGR.TOTL.ZS/countries>

Bardey, D., Becerra, A., & Cabrera, P. (2013). *Análisis económico de la normativa de libre competencia en Colombia*. Fedesarrollo. Centro de Investigación Económica y Social. Cuaderno Número 44.

Barón, G. (2010). *El Derecho de la competencia en los grupos empresariales*. Bogotá, Colección Maestrías 2. Grupo Editorial Ibáñez.

Blanco O. L., Maíllo G. J., Ibáñez C.P., y Lamadrid de Pablo, A. (2008). *Manual de Derecho de la Competencia*. España, Editorial Tecnos.

Boisier, S. (2003) *Globalización, Geografía política y fronteras*, Anales de Geografía de la Universidad Complutense. ISSN: 0211-9803 (Pp. 28).

Cachanosky, J. C. Economía, derecho y el “Análisis económico del derecho” Disponible en <http://www.hacer.org/pdf/Cachanosky00.pdf> recuperado el 28 de junio de 2015

Cárdenas, E. Santamaría E, y Calderón J. (2007) *El tratado de Libre Comercio, la integración comercial y el derecho de los mercados*. Colección textos de jurisprudencia. Bogotá D.C. Editorial Universidad del Rosario. Primera Edición.

Carlos, S. (1973). *Historia del pensamiento político: El Estado liberal Moderno*. Vol. VII. Buenos Aires, Editorial Plus Ultra.

Carnelutti, Francesco (2002). *Cómo nace el derecho*. Bogotá, Editorial Temis.

Clavijo S. (2004). “*Crecimiento, comercio internacional e instituciones, reflexiones a raíz del TLC-ALCA*”. (Pp. 2; 29-34). Banco Central de Colombia. República Colombia, Bogotá.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCTAD). Capítulo 3°. Naciones Unidas. Nueva York, 1987.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2004). SERIE Estudios y Perspectivas-. Revista No. 6

Comisión Federal de Comercio (S.f). Consultado el día 20 de Junio de 2014, de URL: <http://www.consumidor.ftc.gov/>

Comisión Federal de Comercio. (S.f) Consultado el día 20 de Junio de 2014, de URL: <http://www.ftc.gov/es/acerca-de-la-ftc/lo-que-hacemos>

Comisión Federal de Comercio. Consultado el día 25 de Octubre de 2014, de URL:

<http://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/price-discrimination-robinson-patman>.

Constitución Política de Colombia. Artículos 333 y 334. Julio 6 de 1991.

Cortázar, J. (1987). *Curso de Derecho de la Competencia (Antimonopolios)*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Editorial Temis.

Corte Constitucional, Sentencia T-469 de 1992. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero. 17 de Julio de 1992.

Cooter, R., & Ulen, T. (1999). *Law and Economics*. Reading, MA, Addison-Wesley, Inc.

De León, I. (2002) *Manual para la Formación y Aplicación de las Leyes de Competencia*, Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD). Bruselas.

Decreto 1302 de 1964. Por la cual se reglamenta la Ley 155 de 1959, en armonía con los Decretos 1653 de 1960 y 3307 de 1963. Artículo 1. Mayo 3 de 1964. D.O 31.922

Decreto 1687 de 2010. Por el cual se modifica el Decreto 3523 de 2009. Mayo 14 de 2010. D.O. 47.709.

Decreto 201 de 1974. Por el cual se revisa la organización administrativa de la Superintendencia Nacional de Precios. Julio 19 de 1974. D.O. 34.125

Decreto 2153 de 1992. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio. Decreto 149 de 1976. Por el cual se suprime la Superintendencia Nacional de Producción y Precios, se redistribuyen sus funciones y se revisa la organización administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio. Junio 11 de 1976. D.O. 34.570

Decreto 2153 de 1992. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. Diciembre 31 de 1992. D.O. 40.704.

Decreto 2478 de 1999. Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y se dictan otras disposiciones. Artículo 3 No. 13 y 14. (Aclarado por el artículo 1 del Decreto 967 de 2001. Diciembre 17 de 1999). D.O 43.819.

Decreto 2896 de 2010. Por el cual se reglamenta el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009. Agosto 5 de 2010. D.O. 47.792.

Decreto 2897 de 2010. Por el cual se reglamenta el artículo 7 de la ley 1340 de 2009. Agosto 5 de 2010. D.O 47.792.

Decreto 2974 de 1968. Por el cual se reorganiza el Ministerio de Fomento se dictan otras disposiciones. Diciembre 23 de 1968. D.O. 32.678.

Decreto 3280 de 2005. Por el cual se reglamenta el parágrafo del artículo 1o. de la Ley 155 de 1959 para el sector agropecuario. Septiembre 20 de 2005. D.O. 46.037.

Decreto 3523 de 2009. Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio y se determinan las funciones de sus dependencias. Septiembre 15 de 2009. D.O. 47.473.

Decreto 993 del 15 de mayo de 2012. Por medio del cual se promulga el "Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América", sus "Cartas Adjuntas" y sus "Entendimientos", suscritos en Washington D.C., el 22 de noviembre de 2006, y el "Protocolo modificadorio al Acuerdo de promoción comercial Colombia-Estados Unidos", suscrito en Washington D.C., el 28 de junio de 2007 y su "Carta Adjunta" de la misma fecha. Mayo 15 de 2012. D.O 48.431.

Decreto ley 019 de 2012. Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Enero 10 de 2012. D.O. 48.308.

Decreto Reglamentario 1653 de 1960. Superintendencia de regulación económica. Julio 15 de 1960.

Díaz V. (2012). *Impacto del TLC con Estados Unidos en el sector agrícola colombiano, más riesgos que oportunidades (caso arroz)*. (Pp. 61). Revista CIFE: Lecturas de Economía Social. ISSN: 22484914.

Diccionario de la Lengua Española (2014) Madrid. España.

Dilorenzo, T. J. (2003). *The Case Against All Antitrust Legislation*. Cátedra en Mises University 18, Ludwig Von Mises Institute.

Dromi, R. (1999) *Competencia y monopolio: Argentina, MERCOSUR y OMC*. España:

Federación Nacional de Cultivadores de Cereales (Fenalce). (2006). *Política Agrícola de Subsidios y Ayudas internas en Estados Unidos, México y Brasil*. (Pp. 6-15). Departamento económico de Fenalce. Bogotá

Federal Trade Commission-*Protecting America's Consumers*. Consultado en Julio de 2014, de la URL: <http://www.ftc.gov/enforcement/statutes/federal-trade-commission-act>.

Freedom Holdings, Inc. V. Spitzer. Citado en American Antitrust Institute-Inmunities. Consultado el día 30 de noviembre de 2014, de la URL: <http://www.antitrustinstitute.org>

Garstnag R. *Fisheries Antitrust Law Journal*. (1967). Vol. 33 (Pp. 14-19). Consultado de la URL: <http://www.jstor.org/discover/10.2307/40839211?uid=3737808&uid=2&uid=4&sid=21105567771473>, el 05 de Noviembre de 2014.

Giesze, C. (s.f) La revisión y la solución de controversias en materia de antidumping y cuotas compensatorias a la luz del capítulo XIX del Tratado de Libre comercio de América del Norte. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México.

Gómez H., Restrepo J., Nash J., Valdés A., Reina M, Zuluaga S. Bermúdez W. Oviedo S. Perfetti

J.J. (2011) *Cuaderno No. 38 “Política comercial del sector Agrícola en Colombia”, Fedesarrollo*. Centro de investigación Económica y Social. ISBN: 978-958-57092-0-1.

Gómez, D. (1998). *De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica*. Bogotá. Cámara de Comercio.

González, A & Moyano, V. (2005). *Análisis comparativo de las normas de competencia en la legislación colombiana, el Acuerdo de complementación económica entre Mercosur y los países miembros de la Comunidad Andina, las decisiones de la CAN en materia de prácticas comerciales restrictivas, el tercer borrador del ALCA, el TLC Chile- EEUU y el CAFTA y proyección del capítulo de competencia del TLC Colombia- EEUU*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. Disponible en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2009.pdf>

Hargain, D. (1999). *Sugerencias para el estudio del Derecho de la Competencia*. (Pp. 91 – 96) Boletín Latinoamericano de Competencia, No. 9. Unión Europea.

Hayek, F. (2000). *Camino de servidumbre*, Título Original: “The Road to Serfdom”. Madrid., Editoriales de Derecho Reunidas, S. A.

Ibáñez, O. (2005). *El modelo de competencia económica practicable en el TLC entre Colombia y Estados Unidos*. Revista Civilizar-Universidad Sergio Arboleda. Bogotá.

Ibarra, G. (2005). *El TLC, aspectos jurídicos generales. Aproximación jurídica al Tratado de libre comercio*, 36.

Kalmanovitz, S. (2003) *Economía y nación. Una breve historia de Colombia*. Bogotá, Editorial Norma.

Kaplow, L. & Shapiro C. (2007), *Antitrust, en Handbook of Law and Economics*. Consultado de la URL: http://papers.ssrn.com/abstract_id=961264 el 12 de Diciembre de 2014.

Killick J. en Adams, W.P. (1977). *La revolución industrial en los Estados Unidos Los Estados Unidos de América*. (Pp. 142) Historia Universal, Siglo XXI. España Editores S.A.

Kovacic y Shapiro. (1999). *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*. Competition Policy Center. (Pp. 3-4). University of California, Berkeley.

Ley 1 de 1991. Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones. Artículo 22, 41. Enero 11 de 1991. D.O. 39.626.

Ley 1340 de 2009. Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. Julio 24 de 2009. D.O. 47.420.

Ley 1340 de 2009. Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. Julio 24 de 2009. D.O. 47.420.

Ley 142 de 1994. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Artículo 34. Julio 11 de 1994. D.O 41.433.

Ley 1507 de 2012. Por la cual se establece la distribución de competencias entre las entidades del Estado en materia de televisión y se dictan otras disposiciones. Enero 10 de 2012. D.O. 48.308.

Ley 155 de 1959. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. Diciembre 14 de 1959. D.O 30.138.

Ley 178 de 1994. Por medio de la cual se aprueba el Convenio de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial. Artículo 10. Diciembre 28 de 1994. D.O. 41.656.

Ley 256 de 1996. Por el cual se dictan normas sobre competencia desleal. Artículo 7, 8, 9,11, 14, 15, 16 y 19. Enero 15 de 1996. D.O. 42.692.

Ley 446 de 1998. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas, decretos, entre otros. Artículo 144. Julio 7 de 1998. D.O. 43.335.

Ley 472 de 1998. Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. Artículo 2 y 4. Agosto 5 de 1998. D.O. 43.357.

Ley 590 de 2000. Por el cual se dictan disposiciones para promover el desarrollo de la micro, pequeñas, y mediana empresa. Artículo 1. Julio 10 de 2000. D.O. 44.078.

Ley 590 de 2000. Por el cual se dictan disposiciones para promover el desarrollo de la micro, pequeñas, y mediana empresa. Artículo 1. Julio 10 de 2000. D.O. 44.078.

Ley 640 de 2001. Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones. Artículo 33. Enero 24 de 2001. D.O. 44.303.

Ley 962 de 2005. Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos. Septiembre 6 de 2005. D.O. 46.023.

Martínez, R. (2000). *Legislación del comercio exterior*. México, D.F. Editorial Mc Graw Hill.

Martorell, E. (2013). *Los Grupos económicos y de sociedades*. Argentina, Editorial Ad-hoc.

Merkin, R (1984) *Competition Law in the United Kingdom and the EEC* (Pp. 1) Editorial: Sweet & Maxwell, London, ISBN 10: 0421307307 / ISBN 13: 9780421307308

Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (2004). *“El agro colombiano frente al TLC con los Estados Unidos”* (Pp. 104 - 121). Bogotá.

Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. (2004). *“Políticas sectorial y transferencias al sector agropecuario”*. Bogotá.

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. *Comité de Economía y Desarrollo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OECD) para 2015.*

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. *Importaciones colombianas y balanza comercial.*

(Enero-Junio de 2014), Consultado en:

<http://www.mincit.gov.co/publicaciones.php?id=15833>

Ministerio del Comercio, Industria y Turismo. Consultado el día 02 de Enero de 2015, URL:

<http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=12764>

Miranda A. & Gutiérrez R. (2006). “*Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia:*

Los beneficios del Monopolio Vs. los beneficios de la Competencia”. (Pp. 294-295). Revista

Derecho de la Competencia. Vol. 2, n° 2. Editorial. Universidad Pontificia Javeriana. Bogotá.

Miranda A. (2002). *Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de*

Norteamérica, en CEDEC III. (Pp. 147) Colección Seminarios 10, Fundación Cultural

Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAFI, reimpresión, Bogotá.

Miranda A. (2011). *El Derecho de la Competencia en la Constitución Política de 1991.* (Pp. 51).

Vol. 7. Revista Derecho Competencia. Universidad Pontificia Javeriana. Bogotá. Ed: 7

ISSN: 1900-6381

Miranda, A. (1997) Conferencia: *El Régimen General de La Libre Competencia. Características*

Principales. En el segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial. Bogotá.

Miranda, A. (1999) *Compilación documentos sobre derecho de la competencia.* Centro de Estudios

de Derecho de la Competencia. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.

Núñez, J. A. (2000). Antecedentes y principios fundamentales del Análisis económico de la ley.

En: Colección de Derecho Económico: homenaje a Enrique Low Murtra. Universidad

Externado de Colombia, vol. II.

Olaechea, J. (s. f). El surgimiento del Derecho de la Libre competencia y sus Escuelas Básicas. Bogotá: Editorial Themis.

Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura- *Food and Agriculture organization of the United Nations* (FAO). Naciones Unidas, Nueva York, 1987.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1994). Protección contra la competencia desleal: análisis de la situación mundial actual.

Ortega S, J. (2008). Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales: Medidas antidumping de Estados Unidos. Universidad de Chile. Santiago de Chile.

Ortiz L., González J., Ibáñez P. & Lamadrid A. (2008). *Manual de Derecho de la competencia*. Madrid, Editorial Tecnos.

Otamendi, J. (1998). La competencia desleal. Revista Jurídica. Universidad de Palermo, Argentina.

Pérez, A. (2009). *Iluminados de Lucifer*. United Kingdom. Consultado en Septiembre de 2014, URL Ebook: <http://books.google.com.co/books?id=uuw8AgAAQBAJ&lpg=PA220&ots=7UeG2acj78&dq=libro%20los%20iluminados%20de%20lucifer%20editorial&hl=es&pg=PA220#v=onepage&q=libro%20los%20iluminados%20de%20lucifer%20editorial&f=false>.

Posner, R. (1975). *Análisis económico del derecho*. Bogotá. Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar. Siglo del hombre editores.

Presupuesto General de la Nación (2014). Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española* (22.^a ed.). Consultado en <http://www.rae.es/rae.html>

Rivera, E y Schatan, C. (2006). *Los mercados en el Istmo Centroamericano y México: ¿qué ha pasado con la competencia?* Economic Commission for Latin America and the Caribbean,

Mexico City, Mexico. Serie Estudios y perspectivas No. 4. Recuperado el 19 de Junio de 2014 del sitio web <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/7/26687/L695-Rev.1.pdf>.

Riviére, J. (1997) *La política de competencia en América Latina: una nueva área de interés para la Unión Europea*. (Pp. 23 – 28) En Boletín Latinoamericano de Competencia, No. 1. Unión Europea.

Samper, J.M. (1945). *Ensayo sobre las revoluciones políticas y la condición social de las Repúblicas colombianas (hispano-americanas): con un apéndice sobre la orografía y la población de la Confederación Granadina*. Capítulo VII: *Sistema comercial; el monopolio en las colonias colombianas. Organización artificial del comercio. Consecuencias políticas y sociales de ese régimen. Ruina de las plazas fuertes. Censuras infundadas*. Bogotá, Editorial Centro, Biblioteca Popular de Cultura Colombiana. Consultado en Julio de 2014, del URL: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/historia/revpol/indice.htm>

Schatan C. y Avalos M. (2006). *Condiciones y Políticas de Competencia*. México, Editorial Fondo de cultura Económica.

Schumpeter, J. A. (1968). *Capitalismo, socialismo y democracia* (No. 330.122 S424c). Madrid, ES: Aguilar.

Smih, A. (1776). *Ensayo sobre la naturaleza y las causas de las riquezas de las naciones (An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations)*. Reino Unido, Editorial. W. Strahan & T. Cadell.

Smith, A. (1958). *Investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones*. México, Fondo de cultura Económica.

Soros G. (1999). *La crisis del capitalismo global.. La sociedad abierta en peligro*, trad. Fabián Chueca, Plaza & Janes, México, 1999,

Superintendencia de Industria y Comercio (S.f). *La Historia de la Superintendencia de industria y comercio*. Consultado en Julio de 2014, URL: <http://www.sic.gov.co/drupal/historia>

Superintendencia de Industria y Comercio, Auto No. 04422 de 2005 del 23 de Septiembre de 2005.

Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto No.02072496 del 30 de Septiembre de 2002.

Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto No.171068 del 8 de Septiembre de 2015.

Superintendencia de Industria y Comercio, Ministerio de comercio, industria y turismo. (2014).

Guía práctica para la Resolución de preguntas sobre el Régimen de protección de la competencia.

Superintendencia de Industria y Comercio, Sentencia 0005 de 2005. Superintendente Jairo Rubio Escobar. 29 de Junio de 2005.

Superintendencia de Industria y Comercio, Sentencia 3289 de 2012. Superintendente Adolfo León Varela Sánchez. 29 de Junio de 2012.

Superintendencia de valores. Circular Externa 25 de 1999. Certificación sobre las acciones que clasifican en las categorías de alta y media bursatilidad para efecto de lo previsto en el artículo 36-1 del Estatuto Tributario. Noviembre 25 de 1999.

Superintendencia Industria y Comercio. Circular Única. Revisada en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio. Circular única. Recuperado el 20 de Noviembre de 2014, URL: <http://www.sic.gov.co/drupal/titulos-circular-unica>

Tratado de Libre Comercio (TLC) Colombia- EE.UU. Artículo 13.10. 2011. Capítulo XIII. Artículo 13.2 numeral 1, 2 y 3., Artículo 13.3: Cooperación. Artículo 13.4: Grupo de Trabajo. Capítulo XIII: Artículo 13.9: Consultas. 2011).

Tratado de libre comercio México- Canadá- Estados Unidos, por sus siglas en inglés: NAFTA (*North American Free Trade Agreement*). (North American Free Trade Agreement. Artículo 1501. Enero 1 de 1994. Canadá, México y EE.UU).

U.S. Supreme Court. *United States vs Socony Vacuum Oil Co*, 310 U.S. 150 (1940) Argued February 5, 6, 1940. Decided May 6, 1940.

Uribe P. (2009). *Reforma al Régimen de Libre competencia en Colombia: perspectivas y retos*. Editorial: U. Javeriana. ISBN: 9789587490039

Velandia, M (2011). Derecho de la competencia y el consumo. Universidad Externado de Colombia.

Velandia, M. (2001). Competencia desleal por uso de signos distintivos. *Revista La Propiedad Inmaterial*. Universidad Externado de Colombia, (2).

Witker, J. (2000). *Derecho de la competencia en América (Canadá, Chile, Estados Unidos y México)*. Chile, Fondo de Cultura económica.