

LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR COMO FINALIDAD PRIMORDIAL DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA: LA EXPERIENCIA DE ESTADOS UNIDOS, LA UNIÓN EUROPEA Y COLOMBIA*

CONSUMER PROTECTION AS THE PRIMARY
PURPOSE OF DEFENSE OF COMPETITION:
THE UNITED STATES, EUROPEAN UNION
AND COLOMBIAN EXPERIENCE

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR COMO
FINALIDADE PRIMORDIAL DA DEFESA DA
CONCORRÊNCIA: A EXPERIÊNCIA DOS
ESTADOS UNIDOS, DA UNIÃO EUROPEIA
E DA COLÔMBIA

JESÚS ALFONSO SOTO-PINEDA**

* Artículo resultado del proyecto de investigación titulado "La defensa de la competencia", que adelanta el autor como miembro del Grupo de Investigación en Derecho y Economía del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia.

** Profesor investigador, Derecho de la competencia y el consumo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (Colombia). jesusalfonso.soto@gmail.com

RECIBIDO: 21 DE ENERO DE 2014. ENVÍO A PARES: 22 DE ENERO DE 2014.
APROBADO POR PARES: 23 DE MAYO DE 2014. ACEPTADO: 8 DE JUNIO DE 2014.

DOI: 10.5294/DIKA.2014.23.2.7



Universidad de
La Sabana

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO REFERENCE THIS ARTICLE / PARA CITAR ESTE ARTIGO
SOTO-PINEDA JESÚS ALFONSO, LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR COMO FINALIDAD PRIMORDIAL
DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA: LA EXPERIENCIA DE ESTADOS UNIDOS, LA UNIÓN EUROPEA
Y COLOMBIA, EN DÍKAION, 23-2 (2014), PP. 351-421. DOI: 10.5294/DIKA.2014.23.2.7

351

RESUMEN

Como parte del debate acerca del objetivo fundamental de la defensa de la competencia, este artículo confronta las concepciones doctrinales que han tenido sobre el tema la escuela de Chicago —en defensa de la eficiencia económica— y la escuela de Harvard —que atribuye a la protección del ecosistema competitivo una función social que excede la argumentación económica—. El documento realiza, del mismo modo, una valoración acerca de la relación inflexible que existe entre la protección al consumidor y las normas *antitrust*, estima el alcance de erigir aquella como finalidad última y universal del Derecho de la competencia, y comprueba, gracias a la normativa surgida en Estados Unidos, la Unión Europea y Colombia, así como también a la jurisprudencia, que la prioridad de legisladores y falladores en los territorios elegidos es salvaguardar por medio de las normas *antitrust*, los intereses de los consumidores.

PALABRAS CLAVE

Derecho de la competencia, objetivo fundamental, propósito principal, protección al consumidor, ley, jurisprudencia, Estados Unidos, Europa, Colombia.

ABSTRACT

As part of the debate on the fundamental objective of defending competition, this article compares the concepts in the Chicago School doctrine on the subject –in defense of economic efficiency– and the Harvard School doctrine, which attributes a social function to protecting the competitive ecosystem that goes beyond the economic argument. The inflexible relationship that exists between consumer protection and antitrust laws is assessed, and the scope of making consumer protection the ultimate and universal purpose of the law on competition is calculated. Thanks to the regulations that have emerged in the United States, the European Union and Colombia, and in light of case law, the article confirms the priority of lawmakers and those who hand down rulings or judgments in the selected regions is to safeguard the interests of consumers through antitrust rules and regulations.

KEYWORDS

Right to competition, fundamental objective, main purpose, consumer protection, law, jurisprudence, United States, Europe, Colombia.

RESUMO

Como parte do debate sobre o objetivo fundamental da defesa da concorrência, este artigo confronta as concepções doutrinárias que têm tido a Escola de Chicago (em defesa da eficiência econômica) e a Escola de Harvard (que atribui à proteção do ecossistema competitivo uma função social que excede a argumentação econômica). Este documento realiza, do mesmo modo, uma avaliação acerca da relação inflexível que existe entre proteção do consumidor e as normas antitruste, e estima o alcance de erigir aquela como finalidade última e universal do direito da concorrência; além disso, comprova, graças à normativa surgida nos Estados Unidos, na União Europeia e na Colômbia, assim como à jurisprudência, que a prioridade de legisladores e sentenciadores nos territórios eleitos é salvaguardar, por meio das normas antitruste, os interesses dos consumidores.

PALAVRAS-CHAVE

Direito da concorrência, objetivo fundamental, propósito principal, proteção do consumidor, lei, jurisprudência, Estados Unidos, Europa, Colômbia.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. DIMENSIÓN SOCIAL VS. EFICIENCIA ECONÓMICA; 1.1. LOS PROPÓSITOS NO ECONÓMICOS: LA DIMENSIÓN SOCIAL DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA; 1.2. PROPÓSITOS ECONÓMICOS: LA EFICIENCIA; 1.3. LA POSIBLE UNIFICACIÓN DE PROPÓSITOS DE LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA; 2. EL OBJETIVO FUNDAMENTAL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES; 3. LA DISPOSICIÓN LEGAL; 3.1. LA PRIORIDAD DE ACUERDO CON LA NORMATIVA *ANTITRUST* ESTADOUNIDENSE; 3.2. MERCADO ÚNICO Y PLURALIDAD DE OBJETIVOS DE LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA EUROPEAS; 3.3. EL ALCANCE DE LOS PROPÓSITOS DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA; 4. LA REALIDAD DEL PRECEDENTE Y DE LA JURISPRUDENCIA DE LA LIBRE COMPETENCIA; 4.1. EL PROPÓSITO PRINCIPAL DEL DERECHO *ANTITRUST* DE ACUERDO CON LA JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE; 4.2. LAS PRIORIDADES DE LA PROTECCIÓN EJERCIDA POR LA JURISPRUDENCIA EUROPEA EN MATERIA DE *ANTITRUST* AL MARGEN DEL MERCADO ÚNICO; 4.3. LA AFINIDAD SOCIAL DE LA JURISPRUDENCIA DE LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA; 5. CONCLUSIONES; 6. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Resulta difícil de creer que tras un largo periodo de acoplamiento jurídico y económico que ha generado iniciativas y sistemas suficientemente articulados de defensa de la competencia a nivel global, aún al día de hoy el debate en torno a los objetivos¹ del derecho de la libre competencia esté inconcluso.

A diferencia de lo que ocurre con otras áreas y campos del Derecho en las cuales, además de los objetivos, están suficientemente estructuradas y consensuadas las fuentes, los principios y las instituciones, en el derecho de la competencia aún no ha sido posible estructurar un catálogo claro, inequívoco e irrefutable, que unifique los propósitos que el derecho de la competencia al completo, independientemente de su emplazamiento y condiciones particulares, desea llevar a buen puerto.²

El enfrentamiento doctrinal que se ha mantenido acerca del tema en los sistemas de defensa de la competencia de mayor relevancia a nivel global ha generado ese escenario, pues ha sido firme involucrando argumentos —en ocasiones inflexibles— que no han favorecido el consenso.

Así las cosas, por un lado han estado aquellos que desde la conocida Escuela de Chicago —que influencia firmemente el sistema vigente en Estados Uni-

1 En lo sucesivo, en el presente trabajo, al referirse a “objetivos”, “derroteros”, “finalidades”, “propósitos”, “fines” y “metas” de la defensa de la competencia y de las normas en torno a las cuales se estructura la protección, se estará haciendo referencia a la misma cuestión.

2 De hecho, en los últimos 17 años no se ha avanzado suficientemente al respecto de los objetivos que debe perseguir el derecho de la competencia. Valentine KORAH, “EEC Competition Policy, Legal Form or Economic Efficiency”, en *Current Legal Problems*, 39 (1) (1986), p. 85; Mark FURSE, “The role of competition policy: A survey”, en *European Competition Law Review*, 17 (4) (1996), p. 225; así como también Fernando DIEZ ESTELLA, “Los objetivos del Derecho Antitrust”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, 224 (2003), p. 34.

dos³— han entendido la eficiencia económica como concepto absoluto y exclusivo en el cual debe sustentarse el derecho de la competencia; y por el otro, los miembros de la no menos connotada e influyente Escuela de Harvard —de creciente pujanza en una esfera más íntima de Estados Unidos y en la Europa continental⁴— que han pretendido adherir a la defensa de la competencia una función social enfocada a la satisfacción de intereses colectivos.

Como resultado de aquella realidad, otros países que también han asumido el reto de adoptar concepciones acerca de los objetivos del derecho *antitrust* en sus respectivos sistemas de defensa de la competencia, además de “abrazar” un modelo ajustado a las características de su emplazamiento, han tenido que hacerle frente a la decisión de adherirse a alguna de las dos corrientes doctrinales mencionadas. Desde Estados Unidos y Europa se han ejercido presiones contundentes en ambas direcciones que han podido influenciar muchas de las decisiones que al respecto se han tomado alrededor del globo. Aquella situación ha favorecido la proliferación de una dualidad de objetivos del derecho de la competencia que no responde en exclusiva, como podría llegar a pensarse, a las desavenencias naturales que existen entre las tradiciones jurídicas del *common law* y el *civil law*, sino, especialmente, a las distintas prioridades que se le han otorgado en algunos territorios a los conceptos económicos sobre los sociales, o a estos últimos sobre los de naturaleza económica.

El conflicto mencionado, a día de hoy, ha dado muestras de agotamiento, generando voces que recomiendan su planteamiento desde un enfoque distinto en el que lo importante no sea excluir variables económicas o no económicas de la “ecuación concurrencial”, sino la creación de argumentos de avenencia que permitan emprender una protección efectiva de todos y cada uno de los caracteres involucrados, sea cual sea su origen.⁵ En virtud de esa dinámica, en la actualidad tanto los argumentos económicos como los sociales cobran importancia, pues si bien en principio puede parecer que el impacto que le es atribuible a los ilícitos anticoncurrenciales suele centrarse en las empresas o los mercados, no pueden ser olvidados los consumidores, la estabilidad o la propia libertad, como posibles afectados, ya que el alcance de las conductas contrarias a las normas de competencia, de acuerdo con su dimensión, así lo recomienda.

Así pues, que la defensa de la competencia deje de lado y olvide objetivos sociales de connotado impacto, es claramente temerario. Aunque lo realmente imprudente es omitir los criterios sociales de mayor trascendencia, como podría pensarse, esto ocurre al desplazar la protección al consumidor del catálogo de objetivos de las normas de competencia, a pesar de que la jurisprudencia y la doctrina han reco-

3 Una reseña sobre dicha influencia excepcional en Estados Unidos puede encontrarse en Douglas GINSBURG, “An introduction to Bork (1966)”, en *Competition Policy International*, 2 (2006) pp. 227 y 228.

4 Aquellas diferencias entre territorios de gran impacto económico a nivel global en lo concerniente a las finalidades del derecho de la libre competencia son remarcadas por Ramón MULLERAT BALMAÑA, “El arbitraje y el derecho de la competencia”, en *Revista Derecho de los Negocios*, 248 (2011), p. 20.

5 Thomas PIRAINO, “Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century”, en *Indiana Law Journal*, 82 (2), p. 348.

nocido una estrecha relación entre ambas “materias”. Tanto la afinidad procesal que identifica a la competencia y al consumo, como la similitud de sus principios rectores y el proyecto conjunto que suelen emprender en busca de la generación de escenarios que promuevan el bienestar general, recomiendan su adhesión a un hipotético catálogo que incorpore igualmente derroteros de naturaleza económica.

Sin embargo, no obstante la sensatez de aquella premisa, aún son muchos los que a pesar de comprender y reconocer la cercanía que existe entre ambas materias, interpretan que la misma no significa *per se*, que la protección al consumidor deba ser adherida como objetivo a la defensa de la competencia, pues en su opinión, los márgenes de protección ejercidos por ambas sendas jurídicas están suficientemente definidos. Más allá de esa impresión, otros seguimos pensando, tal y como se intentará argumentar a lo largo de este texto, que así como la protección al consumidor es un campo jurídico autónomo que en oportunidades complementa la defensa de la competencia, es también un concepto que debe ser promulgado como objetivo propiamente dicho del amparo ejercido por las normas *antitrust*, toda vez que como eslabón final de las relaciones económicas, los consumidores merecen una posición privilegiada y una tutela especial ante hipotéticas infracciones a la normativa mencionada.

En la tarea de aplicación de la normativa de libre competencia, es importante otorgarle suficientes herramientas a los distintos *enforcement bodies*⁶ para que estos diriman controversias surgidas en su entorno de custodia. Proteger a los consumidores no complica esa tarea de aplicación, sino que al contrario, la favorece, pues le confiere a la defensa de la competencia una protección material que el simple amparo de la eficiencia económica no le proporciona.⁷

Dadas todas aquellas razones por las cuales en el presente trabajo se intentará precisar cuál es la verdadera finalidad del derecho *antitrust*, y al definir por qué puede resultar conveniente adherir la protección al consumidor y otros objetivos de naturaleza social de “mayor especialización” a los derroteros puramente económicos —más difundidos— del derecho de la competencia, se hace un especial

6 Acerca de aquella denominación anglosajona véase, *Enforcement Bodies*, los comentarios de Silke BRAMMER, *Co-operation Between National Competition agencies in the enforcement of EC Competition Law*, Oxford y Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009, p. 1, quien plantea que la misma debe incorporar a todos aquellos cuerpos colegiados, o no colegiados, públicos o privados, con poder para aplicar en el marco de un proceso, la normativa de defensa de la competencia, a saber: las autoridades públicas “administrativas” supranacionales, nacionales o regionales de competencia, los jueces nacionales y los árbitros. La mencionada expresión también puede ser utilizada como *enforcers*, y su uso se defiende en razón de la exactitud del concepto, toda vez que en lengua castellana resultaría necesario utilizar varios conceptos, para hacer referencia a la misma figura que en una única expresión anglosajona acoge concepciones institucionales y funcionales de la defensa de la competencia.

7 El sistema de evaluación de los objetivos, articulado con la intención de determinar la conveniencia de la adhesión de cada derrotero en un catálogo plural, fue estructurado por Christopher TOWNLEY, *Article 81 EC and Public Policy*, Oxford y Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009, p. 15; y a su vez desarrollado en Jesús Alfonso SOTO PINEDA, *Vías de aplicación del Derecho de la competencia*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2012, pp. 78 y 79. El mismo se basa en descartar cada uno de los objetivos en la evaluación de un supuesto de hecho concreto, para de tal forma evaluar si la tarea de protección ejercida por las normas de competencia se facilita o se entorpece con dicha exclusión.

hincapié en las prioridades que sistemas de relevancia como el estadounidense, el europeo y el colombiano han plasmado sobre el tema, toda vez que en dicha dirección resultará posible delimitar, ahí cuando el bienestar social pugne con la eficiencia económica en el marco de decisión de un caso que se deba dirimir por medio de la aplicación de las normas de libre competencia, cuál es el bien jurídico que prevalece.⁸

En el logro de este cometido, se expondrán las prioridades normativas que al respecto se han marcado a los dos lados del Atlántico —en Estados Unidos y en Europa—, siempre a la sombra de las escuelas de Harvard y Chicago, y se intentarán adaptar de forma conjunta en el sistema implementado en Colombia, con énfasis en la necesidad de consolidar ese proceso cuanto antes.

De igual manera, el presente texto prestará especial atención a la jurisprudencia que se ha generado en las economías de mayor trascendencia alrededor del globo, y a la colombiana, intentando demostrar —como es posible percibir gracias a los precedentes— un cambio de perspectiva que recomienda reconocer a la defensa de la competencia como una fuente de derechos colectivos, digna de un grado de importancia equivalente al que se le otorga a las iniciativas que plantean y desarrollan derechos o libertades individuales.

1. DIMENSIÓN SOCIAL VS. EFICIENCIA ECONÓMICA

Son muchas las disputas profesionales y académicas que en los últimos treinta años se han suscitado en el seno de la “comunidad de defensa de la competencia” a nivel global en lo concerniente a la determinación de los propósitos del derecho *antitrust*. La división se ha basado en un cuestionamiento claro que actualmente continúa sin respuesta, en virtud de la imposibilidad que ha exhibido la doctrina para consensuar si las normas de libre competencia abarcan el cumplimiento de objetivos no económicos, o están limitadas a la obtención de derroteros exclusivamente económicos como la eficiencia.⁹

En el marco de la disputa doctrinal, más allá de la influencia ascendente de la que han gozado los argumentos económicos sobre los sociales gracias a la rigurosidad

8 Es exactamente aquel el epicentro en torno al cual giran todos los argumentos que serán expuestos a continuación, pues al existir conductas (por evaluar en el marco de un proceso) que: i) pueden resultar altamente eficientes en términos económicos pero a su vez profundamente dañinas para los consumidores, u otras ii) que generan excedentes de importancia a favor de los consumidores, pero a su vez resultan perjudiciales para el tránsito económico y los mercados en general al ser ineficientes, es necesario analizar qué debe prevalecer en el marco de solución de una cuestión que acoja una pugna como la descrita. Son de relevancia los argumentos de Neil AVERITT y Robert LANDE, “Using the ‘consumer choice’ approach to antitrust law”, en *Antitrust Law Journal*, 74 (2007), p. 240; la totalidad del artículo de Maurice STUCKE, “Reconsidering antitrust goals”, en *Boston College Law Review*, 53 (2012), pp. 551-629; así como también John KIRKWOOD y Robert LANDE, “The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, not Increasing Efficiency”, en *Notre Dame Law Review*, 84 (2008), p. 192, donde puede encontrarse una formulación del conflicto, en otros términos, claramente enfocados al caso de Estados Unidos.

9 Joseph BRODLEY, “The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress”, en *New York University Law Review*, 62 (1987), p. 1020.

y al proceso científico que se presume de una materia como la económica,¹⁰ los factores no económicos se han venido asentado como parte importante del discurso en torno al *antitrust*. Prueba de ello es que el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica son, al día de hoy, los conceptos dominantes de la defensa de la competencia que se ejerce en múltiples emplazamientos,¹¹ muy a pesar de la ausencia de acuerdo acerca del alcance y significado de aquellos criterios.

De tal forma, en el tránsito hacia el establecimiento de los propósitos no económicos, los sectores de la doctrina que con variados niveles de intensidad han defendido dicha postura, han dado argumentos de importancia al debate, que merecen ser reseñados a continuación, como también las réplicas de los opositores, pues, tal y como se verá, las posibilidades de conflicto de ambos criterios en el marco de un supuesto de hecho particular en ocasiones pueden ser muy altas. Por lo que resulta imperativo precisar el alcance de ambas teorías para definir cuál de los dos criterios en disputa viene siendo, y debe ser, el propósito preferente, tanto en el ámbito normativo como en el de aplicación en el curso de un proceso.¹²

1.1. Los propósitos no económicos: la dimensión social de la defensa de la competencia

Para una parte importante de la doctrina especializada a nivel global, uno de los aspectos cruciales del debate en torno a los propósitos de las normas de libre competencia es el referente al entorno innato en el cual debe enmarcarse el derecho de la competencia. En su opinión, una vez delimitada con claridad la afinidad jurídico-pública inquebrantable del *antitrust*—que se mantiene inalterable hasta nuestros días a pesar de las variadas iniciativas emprendidas alrededor del globo para modernizar y descentralizar sus propiedades—, será posible lograr claridad acerca de las finalidades más profundas de las normas en las cuales se sustenta. Tanto la estrecha relación con el derecho administrativo como el impulso que han ejercido sus principios básicos al estar orientados de forma natural a la concepción y custodia del beneficio colectivo o el bienestar general¹³ han favorecido—según este sector— el surgimiento de ese vínculo inherente.

10 Concepto debatible pero igualmente imperante. Donald DEWEY, "The Economic Theory of Antitrust: Science or Religion?", en *Virginia Law Review*, 50 (3) (1964), pp. 413 y ss. Siendo igualmente importantes los comentarios de George STIGLER, "Economics - The Imperial Science?", en *The Scandinavian Journal of Economics*, 86 (3) (1984), pp. 301-313.

11 Neelie KROES, "European Competition Policy — Delivering Better Markets and Better Choices", discurso pronunciado en Londres el 15 de septiembre de 2005, como parte del día europeo del consumidor y de la competencia, en http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2007_11_en.pdf. Así como también el ejemplo que al respecto se configura en ALEMANIA, *The act against unfair competition, UWG*, 43-7, sección primera.

12 Al respecto, los comentarios de Thomas PIRAINO, "Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century", *op. cit.*, p. 351, quien determina que es básico conocer los derroteros de la protección concurrencial y de los efectos anticompetitivos, pues sin ellos difícilmente podrá definirse la legalidad de una conducta.

13 A pesar de un panorama como el descrito, la doctrina a nivel global le ha dado continuidad a una disputa en virtud de la cual la naturaleza misma del derecho de la competencia se ha mantenido extraviada. Son muchos los que han hallado una relación estrecha entre la defensa de la competencia y la concepción puramente pública del Derecho, pero igualmente ha sido plural la intención de

Aquellos que defienden dicha realidad la interpretan como el epicentro principal sobre el cual deben girar todos los debates relativos a la defensa de la competencia, toda vez que consideran que la relación público-concurrencial mencionada cumple una función social palmaria y de largo alcance, que resulta incontrovertible.¹⁴ Bajo esa óptica, entienden igualmente que resulta imperativo proceder cuanto antes a la remoción de la concepción convencional, en virtud de la cual la eficiencia económica se erige como derrotero exclusivo y primordial de las normas de competencia¹⁵ en múltiples sistemas alrededor del globo.

El mencionado sector de la doctrina,¹⁶ surgido de los conceptos esgrimidos por la Escuela de Harvard,¹⁷ ha venido defendiendo con ahínco que son objetivos igualmente fundamentales del derecho de la competencia,¹⁸ —y tal vez incluso más importantes que la eficiencia económica— los propósitos de naturaleza social, pues según su percepción, los destinatarios de las deformidades concurrenciales que se presentan en los mercados suelen ser siempre los consumidores¹⁹ y pe-

vincular de forma inequívoca el área jurídico-privada con la protección concurrencial. Sobre el tema véanse los comentarios que se realizarán en apartados posteriores del presente trabajo.

- 14 Robert LANDE, "Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretations Challenged", en *Hastings Law Journal*, 34 (1982), p. 65.
- 15 Así, por ejemplo, son de esta opinión, Simon BISHOP y Mike WALKER, *The Economics of EC Competition Law*, London, Sweet & Maxwell, 2002, pp. 23-27. Igualmente, Massimo MOTTA, *Competition Policy. Theory and Practice*, New York, Cambridge University Press, 2004, pp. 17-30. Este último interpreta que la búsqueda de objetivos distintos a la eficiencia económica no solo es poco recomendable, sino incompatible, pues interpreta que si bien los objetivos de política pública son importantes, el logro de ellos se debe basar en instrumentos políticos que distorsionen la competencia lo menos posible. *Contrariu sensu*, el concepto de Giuliano AMATO, *Antitrust and the Bounds of Power. The dilemma of liberal democracy in the history of the market*, Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 119, quien interpreta que en oportunidades concretas, los objetivos de naturaleza pública ajenos a la eficiencia, pueden ser de mayor relevancia. Igualmente importantes, acerca de la relación que une a la defensa de la competencia y a la economía, desde donde se ha elaborado la teoría en torno a la cual gira la eficiencia, puede consultarse Roger VAN DER BERGH y Peter CAMESASCA, *European Competition Law and Economics: a comparative perspective*, Antwerpen, Intersentia-Hart, 2001.
- 16 "Pro público", que basa su defensa, por ejemplo, en iniciativas como la de UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), *Model Law on Competition* (en lo sucesivo Ley tipo de la UNCTAD), en http://www.unctad.org/en/docs/trdrbpconf5d7rev3_en.pdf, pp. 13 y ss, la cual en su capítulo 1 (objetivos y propósitos de la ley), hace una referencia acerca de los distintos objetivos que se buscan cumplir con las normativas de competencia a nivel global. Resaltando un catálogo de territorios como Armenia, Canadá, Suráfrica y otros, pues en ellos la protección al consumidor, las condiciones equitativas de competencia para los nacionales, la defensa y seguridad por otorgar a las pequeñas y medianas empresas, la promoción del empleo como instrumento de avances económicos y de bienestar social, la búsqueda de una participación más plural y amplia, entre otros, son también objetivos de envergadura que deben acompañar a la búsqueda de la eficiencia económica.
- 17 Cabe acotar que la mención que se realiza en este y otros textos acerca de la "Escuela de Harvard", se basa en una terminología ampliamente reconocida en el ámbito de defensa de la competencia, que permite, por su significado histórico, unificar un compendio de ideas sobre el Derecho *antitrust* que no han nacido en exclusiva del bagaje de los estudiosos de la mencionada escuela estadounidense, ya que se complementan con las concepciones doctrinales afines que han surgido en otras latitudes. Algo similar ocurre con las alusiones a la Escuela de Chicago, que también se nutre de las concepciones afines a su doctrina que surgen en otros emplazamientos y centros de investigación.
- 18 Al margen de la eficiencia económica sobre la cual se ha expresado, en referencia a su recorrido, Pinar AKMAN, "Searching for the long-lost soul of article 82 EC", *CCP working paper 07-5*, Centre for Competition Policy and School of Law (ESRC), University of East Anglia, en https://www.uea.ac.uk/polopoly_fs/1.104585!ccp07-5.pdf.
- 19 Ana VIDE, *Derecho Español de la Competencia. Comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002*, Miguel ODRIOZOLA (dir.), Belén IRISSARRY (coord.), Barcelona, Bosch, 2008, t. II, pp. 1114-1115.

queños emprendedores, y no como algunos pretenden hacer creer, las empresas o el mercado en sí mismo.²⁰

Cualquier conducta empresarial, de acuerdo con la percepción de este grupo doctrinal, puede ser susceptible de impactar al ciudadano de a pie (comprador o usuario) o a la empresa en formación; máxime en aquellos casos en los cuales las involucradas sean las compañías de mayor tamaño que con su mera presencia desaceleran el sector económico en el cual participan.

Con el ánimo de corregir ese peligro “inminente” que perciben en los mercados, los miembros de esta corriente han defendido la enorme utilidad que tendría para el sistema de defensa de la competencia y, por consiguiente, para la efectiva protección de los intereses de los consumidores, que se presumiese siempre la ilegalidad de las conductas de “los campeones nacionales” que dominan el mercado, incluso cuando la actuación pueda acarrear reducciones de costos y precios que a la larga benefician a los consumidores. Este sector cree que siempre, tarde o temprano, en los casos de concentración de poder²¹ —a pesar de que el supuesto de hecho particular pueda sugerir que la conducta de la “gran empresa” además de generar eficiencias también beneficia a los consumidores—, se terminan presentando impactos negativos en los “ciudadanos de a pie”. Siendo aquella la razón por la cual defienden que se le otorgue a los particulares y a las pequeñas empresas²² un amparo especial surgido de las finalidades básicas de las normas de libre competencia.²³

20 En virtud de aquella concepción, se han presentado fallos alrededor del globo de una novedad manifiesta, marcada por la toma de decisiones claramente “prosociales”, en las cuales los argumentos económicos han pasado a un segundo plano, como es el caso de *United States v. Brown University* y otros (Universidades: Columbia, Cornell, Dartmouth, Harvard, Princeton, Yale y Pennsylvania), *United States Court of Appeals, Third Circuit*. - 5 F.3d 658 (3d Cir. 1993), con decisión de 17 de septiembre de 1993, en el que, en principio, se procesó a las instituciones educativas enunciadas por violación de la Ley Sherman, al haber realizado un acuerdo colusorio en virtud del cual se limitaron las ayudas financieras que dichas Universidades podrían otorgar a los estudiantes, trasladando así una parte importante de la aleatoriedad propia de la actividad competitiva nacida de la actuación individual, por un consenso en capacidad de deformar el sector. El Tribunal que conoció del caso interpretó que su objetivo no debía ser determinar si el acuerdo entre las universidades resultaba eficiente en términos económicos, ya que según sus argumentos, el propósito principal de la Ley Sherman era beneficiar a los consumidores en términos generales y a la sociedad de la cual formaban parte. Razón por la cual falló, de forma insólita para muchos —adeptos a la escuela de Chicago— aceptando que el acuerdo en mención mejoraba la calidad de la educación y que a su vez favorecía el acceso a la misma, brindando nuevas oportunidades a los ciudadanos. El Tribunal defendió que todos aquellos elementos eran parte del bienestar social, esencial en los sistemas de defensa de la competencia y que, por tanto, el acuerdo no resultaba contrario a la Ley de Defensa de la Competencia norteamericana. Esenciales en el fallo son los apartados del 674 al 678, donde se encuentran consignados los argumentos expuestos, así como también la reseña que realiza sobre dicho asunto Robert FRANCIOSI, “United States v. Brown University Et Al.: Why Do Nonprofits Fix Prices?”, *Discussion paper 92-99*, Universidad de Arizona, 1994, pp. 1-22.

21 Así lo explica Herbert HOVENKAMP, “The Rationalization of Antitrust”, en *Harvard Law Review*, 116 (3) (2003), pp. 920.

22 Sobre la importancia de defender las pequeñas y medianas empresas, así como también a los emprendedores, en uso de herramientas de defensa de la competencia, en Kenneth ELZINGA, “The Goal of Antitrust: Other Than Competition and Efficiency, What else Counts?”, en *University of Pennsylvania Law Review*, 125 (6) (1977), pp. 1196-1202.

23 Defiende que el Derecho *antitrust* debe hacer algo más por los consumidores, Katalin Judit CSERES, “What has competition done for consumers in liberalised markets?”, en *The Competition Law Review*, 4 (2) (2008), pp. 77 y ss.

Por este motivo, dicha corriente ha estimado que poner a disposición de agentes económicos, autoridades y particulares una clasificación inequívoca de propósitos de la normativa *antitrust* que concilie todos los extremos sociales y colectivos involucrados, otorgándole importancia tanto a los efectos que se generan en virtud de la presencia de grandes empresas en los mercados como al entorno jurídico-público de la materia, además de hacer más disuasorio y seguro el sistema de defensa de la competencia,²⁴ puede facilitar la labor de aplicación de las normas; en gran parte, por estar más cercanas a los ciudadanos.²⁵

Para los miembros del sector descrito, además, es importante reivindicar el papel de los precedentes para dar una respuesta contundente acerca de la importancia de los objetivos sociales del *antitrust*. En su opinión, resulta incongruente que en el proceso de organización de un catálogo de derroteros del derecho de la libre competencia, no sean tomados en cuenta suficientemente los fallos generados en aplicación de dichas normas, pues entienden que son precisamente esos antecedentes los que permiten demostrar que el legislador —independientemente del territorio— ha preferido depositar la confianza del *enforcement* de la normativa de competencia en autoridades de naturaleza pública,²⁶ y que estas han recogido el testigo, otorgándole, por medio de sus decisiones, prioridad a la creación de excedentes colectivos. Precisamente, entre otras razones, por la importancia de la protección ejercida y por la sensibilidad social que comporta.²⁷

Manifiestan también, que todos y cada uno de los aspectos que permiten evidenciar la dimensión social de la defensa de la competencia deben quedar consignados en

24 Este sector entiende que cualquier objetivo que se adhiera a una política pública como la de competencia, debe tomar en cuenta de forma imperativa las circunstancias particulares del emplazamiento en el cual se esté ejerciendo la protección. Siendo igualmente importante, según su perspectiva —de tomarse la decisión de infundir una protección social y pública a las normas de libre competencia—, definir si aquellos derroteros deben surgir de un estándar de bienestar social proyectado en virtud de decisiones económicas o de decisiones políticas, toda vez que los resultados pueden llegar a ser contradictorios. Christopher TOWNLEY, *Article 81 EC and Public Policy*, *op. cit.*, pp. 20-21. De la misma opinión, la por entonces subdirectora de la International Antitrust Division de la Federal Trade Commission, Debra VALENTINE, "Prepared Remarks for the Pacific Economic Competition Council", *Conferencia on Trade and Competition Policy*, Montreal, mayo 13 y 14 de 2003, quien reafirma la importancia de valorar ciertas circunstancias particulares del entorno de protección en el planteamiento de objetivos, manifestando que los propósitos de la política de competencia son un reflejo de las preocupaciones políticas, sociales y económicas del país (refiriéndose a USA), así como también del momento histórico en el cual se adoptan o revisan las normas de libre competencia.

25 Thomas PIRAINO, "Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century", *op. cit.*, p. 350. Surgido, en apariencia, de la semilla de los conceptos de Edward CAVANAGH, "Detrebling Antitrust Damages: An Idea Whose Time Has Come?", en *Tulane Law Review*, 61 (1987), p. 783.

26 Las autoridades administrativas se encuentran en una posición inmejorable para dirimir controversias concurrenciales, en razón de la confianza colectiva en su gestión y las mayores capacidades de indagación. Wouter WILS, "Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe?", en *World Competition: Law and Economics Review*, 26 (3) (2003), pp. 474-476. Igualmente, Silke BRAMMER, *Co-operation Between National Competition agencies in the enforcement of EC Competition Law*, *op. cit.*, p. 20.

27 Más allá de ciertos cambios que pueden haberse suscitado en algunos emplazamientos en los últimos 20 años, enfocados a la implementación de un sistema dual público-privado de aplicación de las normas de competencia, las encargadas de dirimir las controversias surgidas en torno a dichas normas siguen siendo, en mayor proporción, las autoridades de naturaleza administrativa. Julio SEGURA SÁNCHEZ, "La política de defensa de la competencia: objetivos, fundamentos y marco institucional", en *Ekonomiaz: Revista Vasca de Economía*, 61 (2006), p. 34.

el catálogo de fines del *antitrust*,²⁸ pues de manera individual atesoran una marcada trascendencia. De esta forma, le otorgan especial importancia a fines tales como, i) la defensa de la libertad,²⁹ ii) la descentralización del poder económico,³⁰ iii) la distribución equitativa del bienestar, iv) la tutela de aspectos sociopolíticos,³¹ v) la protección de los competidores,³² vi) la defensa de las empresas domésticas frente a las foráneas,³³ vii) la lucha contra el desempleo y los efectos inflacionarios, y viii) la protección al consumidor.

28 Una vez sean conciliados con los propósitos de naturaleza económica y “territorial”, basados en la adaptación a un emplazamiento.

29 Ante la posibilidad de que las actuaciones de los agentes económicos de mayor importancia generen efectos en los otros, condicionando libertades, sin el consentimiento de los afectados. Véase, Katalin Judith CSERES, *Competition Law and Consumer Protection*, Kluwer Law International, La Haya, 2005, pp. 248-250; Richard WHISH, *Competition Law*, London, Oxford University Press, 2008, p. 20, quien transcribe a Jean-Paul Sartre en su concepción acerca de cómo la libertad de una democracia está en peligro siempre que las personas toleran el crecimiento de un “poder privado” hasta el punto en el cual se convierte en una fuerza incluso más fuerte que el Estado democrático propiamente dicho. Igualmente, en esta senda, Giuliano AMATO, *Antitrust and the Bounds of Power. The dilemma of liberal democracy in the history of the market*, op. cit., pp. 2-3; y Barry HAWK, “Giuliano Amato, *Antitrust and the Bounds of Power*”, en *Fordham International Law Journal*, 21 (4) (1997), pp. 1670-1675.

30 En razón de la desaceleración de los sectores económicos que se configura ante la concentración de recursos y de riqueza en unas pocas manos, contrariando ciertos principios básicos de la defensa de la competencia. Sobre este aspecto, Lorenzo Federico PACE, *European Antitrust Law. Prohibitions, Merger Control and Procedures*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2007, pp. 39-41; Frederic SCHERER y David ROSS, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston, Houghton Mifflin, 1990, p. 18; y David J. GERBER, “Fairness in competition law: European and U.S. experience”, *Conference on Fairness and Asian Competition Laws*, marzo 5 de 2004, Kyoto, Japón, en http://www.kyotogakuen.ac.jp/~o_ied/information/fairness_in_competition_law.pdf. De igual forma, el análisis del juez Billings Learned Hand en el asunto *United States v. Aluminum Co. of America* (en lo sucesivo *Alcoa*), 148 F.2d 416 (Segundo circuito. 1945), apartado 428, en <http://myweb.clemson.edu/~maloney/424/alcoa.pdf>.

31 Con capacidad, una vez desconocidos, de generar deformaciones no económicas igualmente importantes. Relacionado con impactos estratégicos, medioambientales, laborales, tributarios, etc., sobre el derrotero en mención, a favor, Massimo MOTTA, *Competition Policy. Theory and Practice*, New York, Cambridge University Press, 2004, pp. 26-27; en contra, Philip Louis LANDOLT, *Modernised EC competition law in international arbitration*, La Haya, Kluwer Law International, 2006, pp. 22-31. De igual forma esencial, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99, *Courage Ltd v. Bernard Crehan* y otros (en lo sucesivo *Courage/Crehan*), en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61999J0453:ES:HTML>.

32 En potencia —emprendedores y pequeñas empresas— o participantes activas del sector involucrado, previniendo que sean impuestas barreras de entrada a los mercados o se generen expulsiones fruto de la colusión y el abuso de una posición dominante. Richard WHISH, *Competition Law*, op. cit., pp. 21-22; Alison JONES y Brenda SUFRIN, *EC Competition Law. Text, Cases and Materials*, New York, Oxford University Press, 2008, pp. 17-18. Igualmente, la doctrina por ellos nombrada en relación con el ordoliberalismo que sostiene este objetivo, en específico David GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, New York, Oxford University Press, 1998, pp. 232-265; DIRECTORATE GENERAL FOR COMPETITION, *Discussion paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, 2005, apartado 88, en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>. De importancia igualmente REINO UNIDO, *The grocery market. The OFT's reasons for making a reference to the competition Commission*, OFT 845, en http://www.of.gov.uk/shared_of/reports/comp_policy/of845.pdf

33 Como así se interpreta del texto de Richard WHISH, *Competition Law*, op. cit., pp. 19-23, quien enumera todos aquellos objetivos, y a su vez hace especial hincapié en la necesidad de promover objetivos de naturaleza pública que favorezcan la compenetración entre administraciones, Estados, gobiernos o similares. Tal y como se recomienda, en razón de sus orígenes, en la Unión Europea, que de forma primordial enfoca todos los objetivos del Derecho de la competencia hacia la consolidación del mercado interno común. Igualmente importantes, en consideración de la pluralidad de objetivos que pueden existir para la defensa de la competencia comunitaria, al margen de la eficiencia económica,

1.2. Propósitos económicos: la eficiencia

A pesar de la lucidez y pertinencia que es posible distinguir en los argumentos relacionados en el apartado anterior, en defensa de los propósitos no económicos de las normas *antitrust*, los mismos no son, en la actualidad, doctrina exclusiva del tema en mención. Dichas consideraciones son simplemente un eco más de los conceptos esgrimidos por la Escuela de Harvard, que ha tenido en algunos sectores especializados en Europa y en la Escuela de Chicago³⁴ a sus más fervientes opositores.

De acuerdo con la óptica de este sector contradictor, no resulta sencillo, incluso hoy, hallar evidencias normativas o jurisprudenciales de que la intención de las normas de libre competencia haya sido, o sea —como puede extraerse de algunos argumentos de la escuela de Harvard y sus derivadas— la protección de grupos o individuos que se encuentren en disputa con empresas poseedoras de importantes cuotas de mercado.

La Escuela de Chicago y los sectores surgidos de su doctrina entienden, tal y como fue expuesto de forma sucinta en el apartado introductorio, que solo conceptos de carácter económico como la eficiencia económica, y de hecho solo ella —como medio para reforzar el bienestar de los consumidores—, debe conformar el catálogo de objetivos por alcanzar a partir de la aplicación de las normas de competencia.³⁵ La maximización de la riqueza es para este sector la comprobación de aquel propósito pues, según su razonamiento, todos los beneficios colectivos que quieren defender individualmente los miembros de la Escuela de Harvard, terminan siendo consecuencia de un sistema económico saludable y efectivo,³⁶ en el cual sean multiplicadas las posibilidades de acceder a bienes y servicios gracias al crecimiento de las posibilidades de consumo, la reducción de costos y precios, así como también al aumento en la producción.³⁷

José Luis GIL IBÁÑEZ, "La Comisión y la aplicación del Derecho Comunitario de la Competencia", en Luis GARRIDO ESPAÑA (ed.), *La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el reglamento CE 1/2003*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 112. Sin olvidar el asunto *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH vs. La Comisión de la Comunidad Económica Europea* (en lo sucesivo *Consten & Grundig*), en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964J0056:ES:PDF>; nombrado por Valentine KORAH, *An introductory guide to EC Law and practice*, Oxford, Hart Publishing, 2004, pp. 2 y ss.

34 La reseña acerca de la influencia de esta escuela en el sistema de defensa de la competencia actual a nivel global, en William KOVACIC, "The Antitrust Paradox Revisited: Robert Bork and the Transformation of Modern Antitrust Policy", en *Wayne Law Journal*, 36 (1990), p. 1413. El análisis profundo de sus postulados y el eje de su protección, igualmente en, Richard POSNER, "The Chicago School of antitrust analysis", en *University of Pennsylvania Law Review*, 27 (4) (1979), pp. 945-948.

35 Para algunos miembros de la Escuela de Chicago, no cabe la menor duda de que todos aquellos profesionales sensatos que están relacionados con la defensa de la competencia, sean litigantes, miembros de las autoridades administrativas de competencia, jueces, académicos u otros, están de acuerdo en que el único y exclusivo objetivo de las normas de libre competencia debe ser la defensa y promoción de la eficiencia económica. Richard POSNER, *Antitrust Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 2001, p. 24.

36 Teoría general de la eficiencia, en Alison JONES y Brenda SUFFRIN, *EC Competition Law. Text, Cases and Materials*, op. cit., pp. 3-16.

37 Desde sus inicios, el que para muchos es el máximo exponente de la Escuela de Chicago —con perdón de Milton FRIEDMAN—, ha defendido aquella doctrina, que en principio se centró en el ámbito

Para esta corriente “economicista”, el derecho de la competencia no puede convertirse en un medio de salvaguarda de “colectividades indefensas”, pues eso significaría renunciar a la eficiencia de los agentes económicos más notables y poderosos, en busca de preservar los intereses de los más débiles. Lo cual no les parece una opción plausible.³⁸

Tomar una dirección de custodias sociales es —según su percepción— algo supremamente peligroso que favorece el retorno a políticas económicas proteccionistas, que además de no ser necesarias en el curso común de los mercados, han demostrado en el pasado ser nocivas para el ecosistema competitivo. La restricción de la libertad económica,³⁹ la desaceleración del crecimiento, la facilidad con la que surgen concentraciones de poder en ese tipo de sistemas, y el sin sentido que se ocasiona en los mercados al otorgar ventajas a algunos agentes (protegidos) que a la larga configuran una desventaja para sus competidores,⁴⁰ son prueba —de acuerdo con su doctrina— del riesgo que aparece proteger más allá de lo que resulta necesario en un marco de concurrencia económica.

norteamericano y con posterioridad ha influenciado la teoría general del *antitrust*, afectando de forma indirecta a todos los países en los cuales está estructurado un sistema de defensa de la competencia. Robert BORK, “Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act”, en *Journal of Law and Economics*, 9 (1966), p. 7.

- 38 Valentine KORAH, *An introductory guide to EC Law and practice*, Sweet & Maxwell, London, 1994, p. 106.
- 39 Se configura en escenarios proteccionistas, toda vez que el libre comercio, como concepto fundamental en el cual se soporta también la competitividad, es incompatible con un sistema que por medio de la imposición de condiciones excepcionales de salvaguarda —normalmente de la industria nacional— restringe la autonomía de los mercados y la inversión, argumentando que dichas medidas resultan necesarias para la custodia y el amparo de sectores susceptibles de una economía en particular. Sobre el tema véase Everett HAGEN, “An economic justification of protectionism”, en *Quarterly Journal of Economics*, 72 (4) (1958), pp. 496-514; Wendy TAKACS, “Pressures for protectionism: an empirical analysis”, en *Economic Inquiry*, 19 (4) (1981), pp. 687-693; Emile VAN LENNEP, “Protectionism v. Economic Policy”, en *The OECD Observer*, 115 (1982), pp. 40-41; Robert MCGEE, “An economic analysis of protectionism in the United States with implications for international trade in Europe”, en *The George Washington Journal of International Law and Economics*, 26 (3) (1993), p. 541; y Kyung-Hoon KIM, “Rising Protectionism in emerging Countries”, en *SERI Quarterly*, 1 (2012), pp. 52-56.
- 40 La competitividad en los mercados se menoscaba, siempre, en aquellos casos en los cuales se otorgan ventajas de forma selectiva, a empresas o grupos de empresas, aliviándoles de las cargas presupuestales comunes de su actividad económica. Wenceslao RODRÍGUEZ CUREL, “Las ayudas públicas en la Ley de Defensa de la Competencia”, en *El nuevo Derecho Comunitario y Español de la competencia: descentralización, análisis económico y cooperación internacional*, Madrid, Editorial Bosch, 2002, p. 358. La peligrosidad en la concesión de ese tipo de ventajas (prohibidas en los sistemas de defensa de la competencia de mayor notoriedad), que configuran una restricción pública a la competencia —que entre otros mecanismos se alcanza por medio del proteccionismo económico— puede verse reflejada en Ulf BÖGE, “State imposed Restrictions of Competition and Competition Advocacy”, en *Challenges of Addressing State Imposed or Facilitated Restraints*, ABA Spring Meeting, 29 de marzo de 2006, Washington D.C. p. 2; así como también en la jurisprudencia que sobre el tema se ha producido en Europa. A saber, en las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 26 de junio de 1999, *Déménagements-Manutention Transport SA*, asunto C-256/97, en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44280&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=370553>, apartado 22; y de 29 de abril de 1999, y *El Reino de España v. La Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto C-342/96. De relevancia igualmente son los conceptos similares que se encuentran en la jurisprudencia de Estados Unidos, en la cual también se hace hincapié en los riesgos surgidos del otorgamiento de ventajas, que bajo otras circunstancias no hubiesen obtenido las empresas, a saber: la sentencia de la Suprema Corte de Estados Unidos, de 28 de junio de 1984, *Bacchus Imports, Ltd. v. Dias*, 468 U.S. 263 (1984), en <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/263/>; así como también, del mismo tribunal, de 4 de abril de 1994, *Oregon Waste Systems, Inc. v. Department of Environmental Quality of Oregon*, 511 U.S. 93, 99 (1994), en <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/511/93>.

De acuerdo con la concepción de esta escuela, independientemente del tamaño de las empresas o los agentes involucrados, los mercados están en capacidad, siempre, de corregir deformaciones competitivas que terminen impactando negativamente a los particulares,⁴¹ sin ningún tipo de intervención de las agencias que se encargan de ejercer el *enforcement* de las normas de libre competencia.⁴² Para ellos, tanto la aptitud natural y autónoma de los mercados para reorganizarse cuando se presentan “alteraciones concurrenciales”,⁴³ como que los tribunales y las agencias —según su interpretación— no han demostrado suficiente idoneidad para contener y remediar fallos en el ecosistema competitivo,⁴⁴ son prueba de ello.

Los mercados para este sector no requieren ni guía ni protección particular. E interpretan que, asimismo, ciertos principios sociales que la Escuela de Harvard y sus derivadas defienden como propósitos básicos e imperativos que no pueden ser desconocidos en la tarea de aplicación de las normas de libre competencia tampoco requieren una protección peculiar derivada de su disposición como objetivos propiamente dichos del *antitrust*, ya que, reiteran, el amparo de esos aspectos sociales es una consecuencia transversal de un sistema económico eficiente.⁴⁵

41 De hecho, según su interpretación, esa es y ha sido su prioridad al buscar la maximización del bienestar de los consumidores.

42 Pues según su óptica, a *contrariu sensu* de la presunción negativa de la escuela de Harvard, que entiende que las empresas de gran magnitud siempre tendrán la tendencia a incrementar su poder por medio de deformaciones del sistema competitivo, la verdadera tendencia de las compañías más poderosas es la de “ser eficientes”. Siendo aquella la razón por la cual no es necesaria la participación de terceros agentes cuando se presentan desequilibrios competitivos. Eleanor Fox, “The Battle for the Soul of Antitrust”, en *California Law Review*, 75 (3) (1987), p. 917. En desacuerdo con aquella concepción, Jaime Vicente PASTOR, “La política comunitaria de competencia”, en Josep María JORDAN GALDUF (dir.), *Economía de la Unión Europea*, Navarra, Thomson Civitas, p. 264.

43 En virtud de la cual la participación de terceros agentes —como las agencias de regulación, jueces y autoridades administrativas—, solo está justificada de acuerdo con la Escuela de Chicago, cuando es claro, tras un estudio exhaustivo, que la conducta anticompetitiva amenaza el bienestar de los consumidores. Herbert HOVENKAMP, “Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique”, en *Columbia Business Law Review*, 2001, p. 267.

44 Sobre el tema resulta de importancia la consulta de Stephen MARTIN, *Industrial Economics, Economic Analysis and Public Policy*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 2 ed., 1993, donde es posible identificar a lo largo del capítulo 18 las dificultades que en el tema de referencia deben enfrentar las autoridades administrativas y judiciales. De igual forma, Maarten Pieter SCHINKEL y Jan TUINSTRÁ, “Imperfect Competition Law Enforcement”, *CeNDEF working paper No. 04-07*, 2004, pp. 3 y ss.; y Daniel RUBINFELD, “Evaluating Antitrust Enforcement: Economic Foundations”, en *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute, International Antitrust Law & Policy*, New York, Juris Publishing, 2009, pp. 457-469.

45 A lo que añaden, que al entrar en dinámicas proteccionistas dirigidas a salvaguardar los intereses de solo algunos agentes, se puede perjudicar a los particulares en una proporción mucho mayor, a la que *a priori* puede generarse, desprotegiendo a los particulares desde las finalidades mismas del *antitrust*, ya que la competencia se ve peligrosamente desmembrada. Así, subraya la dificultad que genera el proteccionismo, normalmente en razón de procesos de crisis, Daniel CRANE, “Antitrust enforcement during national crises: an unhappy history”, en *GCP The online magazine for global competition policy*, 1 (2008), p. 3; Oriol ARMENGOL I GASUL, “Derecho de la competencia en tiempos de crisis”, en *Gaceta jurídica de la competencia y de la Unión Europea*, 8 (2009), pp. 5-7; y Patricia PÉREZ, “La importancia del Derecho de la competencia para el correcto funcionamiento de la economía, especialmente en épocas de crisis”, en *Strategy & Management Business Review*, 3 (1), p. 61. Acerca del peligro de profundizar en ese sinsentido en terreno latinoamericano, Francisco MARCOS, “En defensa de la competencia pero en contra del mercado: la paradoja *antitrust* en Latinoamérica. Notas a propósito de De León, I”, en *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, 7 (2010), pp. 457-467.

Más allá de los argumentos, son muchas las iniciativas que a nivel mundial han seguido inflexiblemente los conceptos de la Escuela de Chicago, creando panoramas extremadamente “privatistas”, enfocados en la protección de intereses individuales —en referencia a las empresas— antes que plurales.⁴⁶ Concepciones como la distribución equitativa, la “justicia”, los amparos y las tutelas sociales, o la obtención de excedentes colectivos o generales, se interpretan en dichos sistemas como ajenos a la defensa de la competencia, toda vez que, además de ser “no económicos”, aparejan facultades propias de otro tipo de autoridades, y no de aquellas que ejercen la protección efectiva de los mercados.⁴⁷

En aquellos sistemas de defensa de la competencia, los móviles surgidos de la eficiencia, tales como el crecimiento económico, la maximización y la obtención del mayor índice de riqueza posible, son la verdadera razón de ser de la defensa de la competencia. Darle cumplimiento a “coyunturas” de naturaleza social, tal y como se mencionó, se les antoja una consecuencia lógica de la eficiencia, que no necesita de la configuración de un catálogo de derroteros para poner a disposición de los distintos *enforcement bodies*, para que los derechos colectivos resulten efectivamente tutelados.

1.3. La posible unificación de propósitos de las normas de libre competencia

Una vez expuestos en los apartados precedentes los argumentos que han sido esgrimidos por las escuelas de Harvard y de Chicago a propósito de los objetivos de las normas de la libre competencia, si algo puede extraerse, sin mayores esfuerzos, es que las citadas parcelas doctrinales podrían ser denominadas también, en lo estrictamente referido a las finalidades de la materia, corriente “social” y corriente “economicista”⁴⁸ del derecho *antitrust*; ya que desde sus inicios ambos sectores

46 Con al ánimo de profundizar en la dinámica de privatización de la defensa de la competencia, pueden consultarse, entre otros, Wouter WILS, “Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe?”, *op. cit.*, pp. 481-483, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1540006; Edward CAVANAGH, “Antitrust Remedies Revisited”, en *Oregon Law Review*, 84 (2005), pp. 207 y ss.; y Maarten Pieter SCHINKEL, “Effective Cartel Enforcement in Europe”, Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper 2006-14; en *World Competition: Law and Economics Review*, 30 (2007), pp. 539-572; Ivo VAN BAELE y Jean-François BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Alphen aan den Rijn, Holanda, Kluwer Law International, 2010, pp. 1212-1213; Francisco MARCOS y Albert SÁNCHEZ GRAELLS, “Damages for breach of the EC antitrust rules: harmonising Tort Law through the back door?”, en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 1 (2008), pp. 9-10, en <http://www.raco.cat/index.php/Indret/article/viewFile/77871/101726>; Wouter WILS, “The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages”, en *World Competition: Law and Economics Review*, 32, 1 (2009), p. 1; y Jesús Alfonso SOTO PINEDA, “La doctrina y la evaluación de tendencias en la aplicación de la normativa *antitrust*”, en *Revista de Derecho Mercantil*, 288 (2013), pp. 223-267.

47 Defienden la concepción especialmente económica de los objetivos de las normas de libre competencia, Jenisha PARIKH y Kashmira MAJUMDAR, “Competition Law and the Consumer Law: Identifying the Contours in Light of the Case of *Belaire Owners Association v DLF*”, en *Nujs Law Review*, 5 (2012), p. 253. De acuerdo con los conceptos de William KOLASKY, “What is Competition? A Comparison of US and EU Perspective”, en *Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr Antitrust Series*. Documento de trabajo 19, 2004.

48 En virtud de que han trascendido del terreno norteamericano influenciando otras latitudes, y al día de hoy ambas corrientes están compuestas por sectores de la doctrina de las más variadas condiciones, que confluyen, o bien en el ámbito social o en el económico.

han trazado su catálogo de prioridades en aquellas direcciones, configurando una oposición que si bien en apariencia es difícil de conciliar, ha empezado en el último lustro a dar señales de proximidad.

En el camino ineludible hacia la conciliación de posturas de ambos sectores, la capacidad para formular argumentos de consenso que han demostrado dichas corrientes ha sido claramente dispar. Sorprende, por ejemplo, que a pesar del dinamismo jurídico y económico propio de la actividad competitiva, la corriente “economicista” se haya mostrado tozuda de forma continuada, negándose a modificar la mayor parte de los elementos de su teoría, sin atender de manera adecuada a la “longevidad” de estos, que con contadas excepciones surgieron a finales de la década de los setenta. Incluso al día de hoy, una parte importante de este sector continúa esgrimiendo argumentos que recomiendan respetar la eficiencia económica como objetivo único e incuestionable del derecho de la competencia.

El sector “social”, por el contrario, si bien en sus inicios también siguió una dirección similar, recomendando de forma obstinada la exclusión de la eficiencia económica del catálogo de objetivos —al entender que se oponía a los intereses sociales—, ahora ha cambiado su discurso, manifestando que es necesario armonizar las protecciones de naturaleza colectiva con el objetivo económico por excelencia llamado eficiencia, pues así, entienden, puede verse favorecida la aplicación normativa, haciéndola más completa.

En cualquier caso, y a pesar de las diferencias y los consensos parciales, de los cuales se extrae una mayor resistencia de la corriente “economicista”, se presentan circunstancias en el seno de ambas corrientes que hacen pensar que hoy se han acercado significativamente las posturas. Así, desde el terreno “privatista” han surgido escisiones doctrinales que creen en el complemento que pueden significar los objetivos “no económicos” del derecho de la competencia⁴⁹ —demostrando que la concepción absolutista de la asignación eficiente de recursos está viéndose modificada—, mientras que desde el terreno social ahora se reconoce que la eficiencia económica resulta pieza fundamental e inseparable de todo sistema de defensa de la competencia.⁵⁰

Una vez logrado ese consenso, otros debates han surgido alrededor de la cuestión, pero se han centrado especialmente en la conveniencia que puede traer al sistema en general, contar con un listado concreto de los fines del *antitrust*. Para algunos, determinar taxativamente los fines de la normativa de libre competencia, tanto legal como doctrinalmente, proporcionaría la seguridad jurídica que en

49 Aquello puede inferirse de la lectura de Louis KAPLOW y Steven SHAVELL, “Fairness versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice”, en *Journal of Legal Studies*, 32 (2003), pp. 331-361; así como del trabajo de los mismos autores, “Fairness versus Welfare”, en *Harvard Law Review*, 114 (2001), p. 967; toda vez que aspectos tales como la redistribución, son tomados en cuenta desde la óptica económica, para favorecer la creación de un entorno de bienestar colectivo.

50 Pues resulta imposible separar los elementos económicos y su teoría general en la formulación de la normativa de libre competencia, tal y como lo entiende William KOVACIC, “The intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix”, en *Columbia Business Law Review*, 1 (2007), p. 35.

ocasiones puede echarse de menos en los sistemas de defensa de la competencia. En tanto otros interpretan que la aparición de una meta en un catálogo de esas características, no configura *per se* una prueba acerca de lo concluyente que es ese objetivo en particular.

Al margen de esa nueva posibilidad de debate, lo verdaderamente importante es que las posturas entre los sectores “economicista” y “social” se han acercado, permitiendo que sea cada vez más generalizada la percepción de que, al contrario de lo que sucedía de forma mayoritaria hace algunos años, el derecho de la competencia no debe tomar en cuenta como objetivos, exclusivamente —al margen de si se hace de forma taxativa o no taxativa—, los derroteros de naturaleza económica, ya que la convicción acerca de la conveniencia de utilizar en la tarea de aplicación de la normativa *antitrust* otros fines de naturaleza social, e incluso política, se ha extendido considerablemente.⁵¹

Este acoplamiento de propósitos está justificado, entre otros, en los procesos de globalización e integración que se han generado alrededor del planeta, fruto de dinámicas supranacionales de gran magnitud como la de la Unión Europea; o de libertad comercial como las suscitadas en razón de Tratados de libre comercio entre Estados. El reconocimiento que se hace en diversos emplazamientos de unos y otros fines del derecho de la competencia hace necesario, como mínimo, que se tomen en cuenta distintas categorías de prioridades en el marco de un supuesto de hecho particular, o que se acepte el surgimiento de nuevos derroteros adaptados al dinamismo económico y jurídico de la materia.

En resumidas cuentas, es innegable que esta concepción de “convergencia” resulta positiva para complementar la defensa de la competencia ahí donde sea necesario. Al margen de inconvenientes que puedan surgir de posibles colisiones entre objetivos —a los cuales se han planteado soluciones idóneas⁵²—, la unificación de derroteros permite identificar prioridades y amparar un compendio de caracteres igualmente importantes para el proceso competitivo, sin los cuales la actividad económica estaría fragmentada. Tal y como sucedería si la protección efectiva

51 En razón de las prioridades que han sido planteadas alrededor del globo por las instituciones de carácter político, por las autoridades supranacionales y nacionales de defensa de la competencia, por los jueces nacionales de los países que han promovido la aplicación privada de las normas de competencia, por los profesionales y por los académicos. Tal y como lo expresa Maher DABBAH, *The internationalisation of Antitrust Policy*, New York, Cambridge University Press, 2003, p. 52.

52 La unificación de objetivos, más allá de sus enormes beneficios, no tiene en todos los casos la capacidad de “soslayar” las hipotéticas colisiones entre estos, toda vez que intereses de tan variada naturaleza, de forma espontánea, entran en disputa. El reto está marcado por la creación de un consenso que permita coincidir los fines al máximo, y plantee mecanismos de solución de controversias ahí donde resulte necesario. Tal y como lo ha propuesto un importante sector de la doctrina, que ante el conflicto propone que los objetivos esgrimidos desde los territorios con sistemas de defensa de la competencia débiles y en formación, sean aceptados y preferidos en el marco de un conflicto “de metas” con los sistemas de mayor tradición, poder y desarrollo, al contrario de lo que podría esperarse. Joel KLEIN, “Competition Policy Objectives in the Context of a Multilateral Competition Code”, en Dieter EHLERMANN y Laraine LAUDATI (eds.), *European Competition Law Annual 1997: Objectives of Competition Policy*, Oxford, Hart Publishing, 1998, pp. 247-260; Andrew GUZMÁN, “Is International Antitrust Possible?”, en *New York University Law Review*, 73 (1998), p. 1505.

de los consumidores y su capacidad de elección fuesen extraídos de la ecuación concurrencial. Y es que, tal y como se verá en los apartados subsiguientes, el amparo de los intereses de los consumidores merece una atención excepcional de la defensa de la competencia, no solo por ser uno más de los objetivos sociales de las normas *antitrust*, sino la meta fundamental en la cual debería basarse todo el sistema. Como puede demostrarse en los pronunciamientos que las autoridades administrativas y los jueces nacionales han proferido alrededor del globo, concentrándose, especialmente, en proteger a los consumidores de los comportamientos anticompetitivos que “les explotan” —al transferir de forma ilícita la riqueza de aquellos a las empresas—, antes que en incrementar la eficiencia.⁵³

A continuación se hace un análisis de aquel derrotero, en busca de determinar su protagonismo para la defensa de la competencia al completo, incluso cuando entra en disputa, en el marco de decisión de un supuesto de hecho particular, con la eficiencia económica, firmemente defendida por la Escuela de Chicago.

2. EL OBJETIVO FUNDAMENTAL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

Tras haberse expuesto en el presente trabajo los elementos que deslindan sucintamente la disputa que ha mantenido la doctrina especializada en torno a la definición de los objetivos del derecho *antitrust*, ha quedado claro que de forma enérgica y en uso de diversas ópticas y perspectivas, muchos de los autores que han participado del debate han presentado argumentos de peso, recomendando remover la ideología convencional en virtud de la cual la asignación eficiente de recursos configura el derrotero fundamental y exclusivo de la normativa de competencia.

53 En favor de aquella óptica es posible argumentar, también, que el nivel de conciencia que han alcanzado la doctrina, la jurisprudencia y las autoridades especializadas —independientemente del territorio— acerca de la necesidad de acercar la defensa de la competencia a los ciudadanos, es al día de hoy tan alto, que el Derecho *antitrust* ha modificado su rumbo hacia la “privatización”. De forma escueta, dicho proceso puede razonarse como aquel en virtud del cual las disputas de competencia han pasado de ser asuntos de interés etéreo relacionados especialmente con estándares económicos e intereses de gobierno regidos por algunas pocas autoridades, a ser cuestiones que también impactan a los particulares, ahora empoderados para ponerlas en consideración de los jueces nacionales cuando entiendan que se han visto afectados los derechos que en su favor están adheridos en las normas de libre competencia. El proceso de privatización, no comprueba *per se* la dimensión social de las normas de libre competencia, pero sí demuestra que la dinámica del sistema está dirigida a otorgar una protección efectiva más cercana a los consumidores, y que, por tanto, defender en exclusiva argumentos de eficiencia económica en lo referido a los derroteros de la materia puede resultar inconveniente, ya que con tantos agentes involucrados, difícilmente las prioridades economicistas se verán transpuestas a la realidad. Las obras que se interpretan como las de mayor relevancia sobre el tema son: Assimakis KOMNINOS, “Modernisation and Decentralisation: Retrospective and Prospective”, en Dieter EHLERMANN y Laraine LAUDATI (eds.), *EC Competition Law. A Critical Assessment*, Oxford, Hart Publishing, 2007; Ingrid ORTIZ BAQUERO, *La aplicación privada del Derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*, Madrid, La Ley, Wolters Kluwer, 2011; Wouter WILS, *The Optimal Enforcement of EC antitrust Law*, La Haya, Kluwer Law International, 2002; así como la obra colectiva editada por Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO, Carmen ALONSO LEDESMA y otros, *Private enforcement of competition law*, Valladolid, Lex Nova, 2011.

La concepción clásica que en el presente texto ha sido definida como “economicista”, ha sido desvirtuada con éxito de forma gradual, pues los conceptos económicos contemporáneos, el recorrido legislativo de la defensa de la competencia a nivel global, la jurisprudencia más actual y el soporte social al sistema han favorecido la transformación de los fines aludidos. Como resultado de aquella dinámica, se ha multiplicado la concepción de que la protección de aspectos “inmateriales” como la estabilidad y la eficiencia misma, es ilusoria, siempre que es comparada con otros factores tangibles que pueden verse afectados por infracciones a las normas de referencia.

En esos términos, para muchos, la verdadera prioridad del derecho de la competencia ha pasado a ser, como debería haber sucedido con antelación, la protección de los consumidores,⁵⁴ toda vez que son cada vez más variados y contundentes los comportamientos (fallos de mercado) que además de impedir la eficiente asignación de recursos, privan a los particulares⁵⁵ de los beneficios característicos del proceso competitivo.⁵⁶

Así lo entiende un importante sector de la doctrina,⁵⁷ que recuerda que las normas de competencia son un medio de protección indirecto del derecho de propiedad de los consumidores de bienes y servicios, que surgió, precisamente, del comportamiento “atrevido” de grandes empresas que, aprovechando su posición excepcional en el mercado, restringieron aquel derecho de forma escalonada, favoreciendo la monopolización, la imposición unilateral de condiciones comerciales y la obtención de cuotas de mercado “ilimitadas”⁵⁸ que generaron una relación

54 El principal exponente de la corriente doctrinal enunciada es, en opinión de quien escribe, el profesor Robert H. Lande, que en múltiples trabajos ha defendido al consumidor como epicentro del sistema de defensa de la libre competencia. Así, merecen ser recalcados, entre otros —que son además pieza fundamental de la argumentación en apartados posteriores del presente trabajo—, Robert LANDE, “Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust”, en *University of Pittsburg Law Review*, 62 (3) (2001), pp. 503-525; Robert LANDE y Neil AVERITT, “Consumer Sovereignty: A Unified Theory of antitrust and Consumer Protection Law”, en *Antitrust Law Journal*, 65 (1997), pp. 713-746; Robert LANDE y Neil AVERITT, “Using the ‘Consumer Choice’ Approach to Antitrust Law”, en *Antitrust Law Journal*, 74 (2007), pp. 175-265; y Robert LANDE, “Consumer Choice as the Best Way to describe the Goals of Competition Law”, en *University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper*, 2012, pp. 1-13.

55 Entendidos en lo sucesivo desde la perspectiva económica de consumo, por tanto, consumidores.

56 En defensa clara del bienestar del consumidor, como base primordial de la búsqueda emprendida por el sistema. Philip LOWE, “The Design of competition policy institutions for the twenty-first century: the experience of the European Commission and the Directorate-General for Competition”, en Xavier VIVES (ed.), *Competition Policy in the EU. Fifty years from the treaty of Rome*, New York, Oxford University Press, 2009, p. 32.

57 Anna TISSOT-FAVRE y Edwoud SAKKERS, “What Kind of Sanctions? A Perspective from the European Commission”, en Carl BAUDENBACHER (ed.), *Current Developments in European and International Competition Law*, 16Th St. Gallen International Competition Law Forum ICF 2009, Basilea, Helbing Lichtenhahn, 2010, p. 317; e Ignacio DE LEON, “Manual para la Formación y Aplicación de las Leyes de Competencia”, *Documento de Trabajo presentado en la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD)*, 2002, pp. 17-18.

58 “[Se debe evitar] que el comportamiento de las empresas distorsione la competencia en el mercado en detrimento de la libertad del consumidor”. Inmaculada GUTIÉRREZ y Jorge PADILLA, “Economía de la Competencia”, en José María BENEYTO PÉREZ-CERDÁ (dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia Unión Europea y España*, t. 1, Barcelona, Bosch, 2005, p. 1; así como también los aportes que en la

asimétrica entre empresas y particulares.⁵⁹ Sea cual sea el análisis: económico, jurídico, social, etc., la transposición perfecta de la razón de ser de las normas de competencia es la de prevenir que situaciones como aquellas en las cuales se permite que la actividad económica favorezca a las empresas y perjudique a los consumidores, permanezcan; pues al contrario, el objetivo primordial del sistema se basa en garantizar que los precios, bajo ningún concepto, menoscaben la estabilidad de los consumidores.⁶⁰

Aquellos que defienden tal percepción creen que la positiva repercusión que trae a los adquirentes de bienes y servicios darle un protagonismo inequívoco a este derrotero —que a pesar de ser para muchos de naturaleza social a la par incorpora argumentos económicos— favorece el reconocimiento colectivo de la protección⁶¹ y permite que confluyan de forma espontánea los objetivos de política general y los de amparo particular de los agentes económicos que participan en los mercados.⁶² La tutela de los intereses de los consumidores⁶³ por medio de la disposición de acciones y procedimientos efectivos de derecho de la competencia genera un ambiente propicio que dinamiza la aplicación de las normas, creando a su vez un ambiente disuasorio que permite estabilizar la posición desigual que existe entre empresas y particulares tanto como sea posible.⁶⁴

introducción a su obra realizan Alison JONES y Brenda SUFFRIN, *EC Competition Law. Text, Cases and Materials*, op. cit., pp. 1-2.

- 59 Toda vez que el verdadero objetivo de las empresas es el de mejorar su posición en el mercado adquiriendo las mayores cuotas posibles, y no el de, como defiende la doctrina desde el sector economicista surgido de los postulados de la Escuela de Chicago, el incremento del bienestar social. John KIRKWOOD y Robert LANDE, “The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, not Increasing Efficiency”, op. cit., p. 192.
- 60 Para ello, se emprenden protecciones adicionales también importantes, siempre enfocadas a evitar, en uso de las herramientas económicas y jurídicas dispuestas, que los mercados y las grandes empresas “exploten” a pequeños competidores, vendedores y otros participantes de la actividad comercial con menor poder de mercado.
- 61 Juan PASCUAL Y VICENTE, “Fundamentos y limitaciones de la defensa de la competencia”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, 224 (2003), p. 13.
- 62 John VICKERS, “Chairperson for the UK Office of Fair Trading”, en *The European competition and consumer day conference*, en <http://www.offt.gov.uk/NR/rdonlyres/1FA03036-F07D-42BE-858E-0B1194855CB0/0/sp0705.pdf>. El autor manifiesta que resulta imposible desligar las dos materias, pues las mismas no solo confluyen al ser combinadas en el marco de decisión de procesos análogos, hipotéticos, sino que están integradas de forma completa. De acuerdo con su óptica, no existe grupo de interés alguno para el cual las normas de competencia sean más importantes que para los consumidores y para el público en general. Razón por la cual debe consolidarse cuanto antes el trabajo conjunto entre ambas materias, por medio de una premisa básica, basada en que la política de competencia debe estar siempre orientada hacia el consumidor, y la política de consumo debe tener a la competitividad como su núcleo.
- 63 Defiende que el bienestar del consumidor y el general deben ser abanderados de la promoción de la política de competencia; Philip LOWE, “The Design of competition policy institutions for the twenty-first century: the experience of the European Commission and the Directorate-Genernal for Competition”, en Xavier VIVES (ed.), *Competition Policy in the EU. Fifty years from the treaty of Rome*, New York, Oxford University Press, 2009, p. 32.
- 64 Relativo de acuerdo con el concepto de la INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, *Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies*, 2007, pp. 21 y 22, en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc353.pdf>. El desempleo, la subida de precios, los desequilibrios distributivos, entre otros, no son en todos los casos solucionados por las decisiones de política de competencia, sino que en oportunidades se ven agravados en razón de ellas.

Y es que gracias a la adhesión de la protección al consumidor como objetivo principal del *antitrust*,⁶⁵ los particulares tienen mayores posibilidades de involucrarse con la defensa efectiva de los derechos que en su favor están plasmados en las normas de competencia, pues los empodera para, desde su conocimiento, impedir que la sumisión a la que tienden los agentes económicos de gran magnitud se suscite, y permite a su vez que la eficiencia en el proceso económico se garantice de forma indirecta.⁶⁶

Empero, muy a pesar de tan agudos argumentos, de la misma forma que en el debate acerca de la adhesión de objetivos sociales al derecho de la competencia en perjuicio de la estabilidad económica, en lo referido a la protección al consumidor como derrotero principal, la doctrina contraria ha esgrimido argumentos que sin duda alguna merecen ser resaltados también. Así por ejemplo, algunos critican ese protagonismo e incluso su toma en consideración como meta, al entender que el debate generado a su alrededor es insulso y estéril, ya que gira en torno a la conceptualización de un objetivo que en todos los casos tiene como destinatario final al consumidor.⁶⁷ Bien sea entendido como “protección al consumidor” o como “eficiencia económica”, el objetivo, entienden, siempre está enfocado a la creación de excedentes en favor de los particulares, como eslabón final de las relaciones económicas.

De igual forma, otros critican la razón de ser de la búsqueda emprendida por aquellos que desean posicionar a los consumidores como eje central de la defensa de la competencia, pues valoran que las motivaciones no son de carácter económico, sino popular, con los peligros en la generación de barreras de entrada que ello acarrea.⁶⁸ Implementar medidas continuadas y complejas surgidas del proteccionismo, entienden, puede configurar un desánimo por parte de emprendedores e inversores, conllevando consecuencias altamente nocivas para los consumidores que, entre tanto no existan nuevos competidores, deberán soportar las estructuras monopolísticas, las condensaciones de poder, la implementación de altos

65 De la cual son defensoras Katalin Judit CSERES, *Competition Law and Consumer Protection*, op. cit., quien a lo largo de su obra desarrolla los distintos niveles de la estrecha relación entre la defensa del consumidor y de la competencia; Katalin CSERES, “Controversies of the Consumer Welfare Standard”, en *Competition Law Review*, 3 (2) (2006), pp. 121 y ss.; así como Eleanor Fox, “The kaleidoscope of *antitrust* and its significance in the world economy: respecting differences”, en *International Antitrust Law and Policy, 2001*, Fordham Corporate Law Institute, (ed.), Barry Hawk, Juris Publishing, New York, 2002, p. 597, quien además entiende que para incluir ese y otros derroteros, es necesario previamente realizar un análisis acerca de las preocupaciones, diferencias sociales y comportamientos de los agentes económicos que pueden llegar a influir.

66 Thomas EOVALDI, “Private Consumer Substantive and Procedural Remedies under State Law”, en *The Antitrust Bulletin*, 15 (1970), p. 255.

67 Entiende que la protección al consumidor y la eficiencia están ligados de forma inequívoca, ya que la satisfacción del consumidor solo es alcanzable ahí donde la eficiencia esté presente en el proceso productivo, Jean TIROLE, *Teoría de la Organización Industrial*, Barcelona, Ariel Derecho, 1990, pues solo con dichos instrumentos, defiende, se favorecen la relación calidad-precio y la innovación.

68 Richard WHISH, *Competition Law*, op. cit., p. 19. El autor está de acuerdo con incorporar a la defensa de la competencia ciertos objetivos sociales como la protección al consumidor, y estima que este último debe ser el derrotero esencial de la protección. Pero a su vez, llama la atención acerca de la peligrosidad de perseguir cometidos en nombre de la competencia sin existir un sustento suficiente, ya que aquello puede acarrear contradicciones e inconsistencias de importancia que deben ser evitadas.

precios, el ejercicio farragoso e irregular de los derechos surgidos en torno a las relaciones de consumo, etc.⁶⁹

A lo que añaden que la defensa ejercida por aquellos que identifican la protección al consumidor como objetivo central del derecho de la competencia, es incorrecta en toda regla, al valorar en términos de corto plazo e “impacto inmediato” —sin estimar la trascendencia de la sostenibilidad—, los propósitos de la asignación eficiente de recursos. Lo que entienden totalmente contrario a la “realidad” por ellos defendida, en virtud de la cual, si los movimientos “espontáneos” del mercado toman o restringen alguna parte del derecho de propiedad de alguno o varios consumidores, es “única y exclusivamente” en razón del retorno que al mediano y largo plazo se hará realidad en favor de los particulares, gracias a los altos niveles de eficiencia alcanzados en merced de algunos sacrificios específicos. Desvirtuando entonces, según su percepción, la necesidad de proteger a los consumidores con las normas de competencia, pues de cualquier forma la eficiencia es su mejor salvaguarda.

Más allá de las críticas, una vez expuestos los dos extremos del debate, y en gran parte gracias a él, somos muchos los que ahora, con mayor insistencia, defendemos la importancia que tiene para el sistema en general que se produzca una cohesión completa entre la competencia y su objetivo principal: la protección al consumidor. Entendemos las preocupaciones de los sectores adversos a esta doctrina y creemos que en todos los casos sus argumentos deben ser tomados en cuenta, ya que compartimos que las normas *antitrust* no pueden estar dirigidas, bajo ningún concepto, a perjudicar el buen funcionamiento de los mercados.

Aun así, entendemos que resulta esencial que la normativa de referencia no esté enfocada en la implementación de un sistema de defensa de la competencia que perjudique a los particulares en una proporción mayor a la que los beneficia, tal y como es posible interpretar, puede suceder, en los sistemas basados totalmente en la eficiencia económica, que priorizando reforzar la posición de pequeños grupos (grandes empresas que a la larga articulan y forman parte de carteles), desconocen el perjuicio que se ocasiona en otras colectividades, como la de los consumidores.⁷⁰

En suma, gracias al debate expuesto —que para algunos es un tanto insustancial—,⁷¹ queda claro que el cambio de dinámica ya se ha puesto en funcionamiento. La

69 Se percibe una relación directa con las restricciones públicas a la competencia que suelen surgir en virtud de la actuación proteccionista de un Estado, que por medio de medidas legislativas, reglamentarias, o prácticas administrativas de carácter concreto, desestabilizan un mercado o crean barreras de entrada al mismo. Al respecto los comentarios de Richard WHISH, *Competition Law*, New York, Oxford University Press, 2012, p. 3; así como también los aportes de Ulf BÖGE, “State imposed Restrictions of Competition and Competition Advocacy” *op. cit.*, p. 2, en <http://www.abanet.org/antitrust/at-committees/at-ic/pdf/spring/06/045.pdf>

70 Joshua WRIGHT, “Abandoning antitrust’s Chicago Obsession: The Case for Evidence-Based Antitrust”, en *Antitrust Law Journal*, 78 (1) (2012), p. 243.

71 Tanto en lo referido a la protección al consumidor como en lo circunscrito a los objetivos de naturaleza social, es indiscutible que puedan surgir percepciones en el lector dirigidas a cuestionar el verdadero alcance de la disputa doctrinal, pues resulta posible entender que en todos los casos

protección al consumidor es un objetivo de pleno derecho de la defensa de la competencia cada vez menos discutido, por lo que resulta más que enriquecedor analizar cómo se ha llegado a dicha situación —en términos prácticos— en los sistemas de defensa de la competencia de mayor relevancia alrededor del globo. De tal forma, resultará posible conocer qué criterio han venido prefiriendo los *enforcement bodies* de las normas de libre competencia en los sistemas elegidos por su notoriedad, y si en virtud de aquella dinámica se han generado consecuencias en el sistema colombiano, bien en la dirección social o en la económica.

Para cumplir aquellos cometidos, en el presente texto se expondrán dos extremos que se estiman esenciales para comprobar dicha hipótesis, encuadrándolos de acuerdo con los sistemas y territorios de mayor notoriedad e interés particular, como son el de Estados Unidos, el europeo y el colombiano. Los extremos mencionados serán:

1. El legal, pues se cree que exhibiendo las prioridades que normativamente se han planteado en los territorios elegidos, resultará más sencillo definir si los argumentos en los cuales deben soportarse las decisiones judiciales y administrativas en materia de competencia —especialmente cuando entran en disputa— son los económicos, los vinculados con los consumidores o incluso ambos.
2. El jurisprudencial, que es el verdaderamente esencial para definir cuál de los derroteros en disputa es amparado preferentemente por las autoridades administrativas y los jueces de aquellos territorios, especialmente en los casos en los cuales la eficiencia y la protección al consumidor resulten inconciliables.

particulares los efectos surgidos de una decisión serán los mismos independientemente del enfoque —económico o social—, que sea utilizado para darle solución. Pero aquella percepción no es del todo correcta, pues desconoce que de acuerdo con cada situación particular, puede resultar más o menos posible que los impactos que se puedan crear con la decisión, vayan en una u otra dirección, beneficiando o perjudicando a los consumidores, fortaleciendo el sistema económico al hacerlo más eficiente, debilitándolo, etc. Así por ejemplo, en los supuestos de hecho en los cuales no esté involucrado “el poder de mercado”, no se producen ineficiencias originadas por transferencias de bienestar de los consumidores a las empresas, y, por tanto, utilizar un enfoque “social”, uno económico, o el de la protección al consumidor propiamente dicho, no hace la diferencia. Como tampoco la hace un análisis como aquel, cuando la infracción a las normas de competencia es palmaria, trasladando de forma inequívoca una buena parte del bienestar de los consumidores a las empresas, como sucede cuando hay un cartel de por medio. Pero aquellas son apenas dos circunstancias en las cuales el debate sería insulso, ya que es posible encontrar varias coyunturas en virtud de las cuales puede suceder precisamente lo contrario. Por ejemplo, cuando la o las empresas involucradas si tengan efectivamente poder de mercado en el sector desestabilizado trasladando con la decisión empresarial parte importante del bienestar de los consumidores al haber empresarial, o cuando la infracción a las normas de libre competencia sea difusa, debiendo analizarse a profundidad los efectos negativos y positivos que se generan a raíz de la conducta, a quienes impactan dichos efectos, qué tipo de eficiencias económicas genera la actuación investigada, a qué costo, cuál es el bien jurídico protegido, etc. Defienden también la importancia de definir los objetivos de la materia, entre otros, Maurice STUCKE, “Reconsidering antitrust goals”, *op. cit.*, p. 596; Fernando DIEZ ESTELLA, “Los objetivos del Derecho Antitrust”, *op. cit.*, p. 34; Barak ORBACH, “How Antitrust lost its goal”, en *Fordham Law Review*, 81 (2013), pp. 2254-2256.

3. LA DISPOSICIÓN LEGAL

Atendiendo las diferencias entre los sistemas jurídicos elegidos —Estados Unidos, Europa y Colombia—, en las siguientes líneas serán desarrolladas las metas que el articulado de las correspondientes normas de libre competencia se atribuyen en aquellos emplazamientos, con el objetivo de delimitar, tanto como sea posible, cuál es la intención taxativa y teleológica de los distintos grupos normativos. Al comprobar dichas circunstancias, se entiende, será posible sopesar más adelante, de la mano de la jurisprudencia relevante, varios extremos de importancia, a saber: si existe una correspondencia entre la asignación legal y los fallos, qué dirección han tomado los sistemas *antitrust* analizados, y, de igual forma, cuál es la verdadera prioridad de la protección de la competencia que se ejerce sobre los mercados en aquellas regiones.

3.1. La prioridad de acuerdo con la normativa *antitrust* estadounidense

Como parte de la cultura anglosajona del *common law*, basada en el desarrollo y la ampliación de los conceptos jurídicos mediante la decisión y el precedente, la regulación de defensa de la competencia en Estados Unidos —primer antecedente del derecho *antitrust* moderno—,⁷² se ha estructurado de una forma amplia y general que además de favorecer la interpretación y aplicación normativa a supuestos de hecho particulares, a su vez estimula el análisis constante de cuestiones de indiscutible importancia como la referente a los objetivos y propósitos del derecho de la libre competencia.⁷³

Desde su surgimiento en el año 1890, el centro de la protección del *antitrust* en Estados Unidos ha sido siempre la prevención, toda vez que su idea inicial, que ha perdurado hasta nuestros días, se basaba en la contención, por medio de una regulación idónea, disuasoria y fácilmente adaptable a las diversas condiciones del entorno, de un comportamiento común de las empresas, propensas a “robar”⁷⁴ o “extorsionar”⁷⁵ a los consumidores gracias a un dilatado poder de mercado con capacidad para hacer más profundas las desigualdades sociales.

Los debates preliminares que favorecieron la aparición de la protección⁷⁶ son prueba de ello, ya que demuestran que los fines de la materia, desde un princi-

72 Toda vez que existen precedentes acerca de un control similar basado en premisas análogas, que era ejercido en tiempos del imperio romano. Frederic SCHERER y David ROSS, *Industrial market structure and economic performance*, op. cit., p. 237, así como los comentarios que hace al respecto Alfonso MIRANDA LONDOÑO, “Anotaciones sobre el Derecho antimonopólico en los Estados Unidos de Norteamérica”, en *CEDEC III: Colección seminarios 10*, Bogotá, Javegraf, 2002, p. 147.

73 Herbert HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Cambridge and London, Harvard University Press, 2005.

74 Richard COKE, 21 *Congressional Record*. 2614, 1890. Extraído de James Arthur FINCH, *Bills and debates in Congress Relating to Trust: Fiftyeth Congress to fifty-seventh Congress, First Session, Inclusive*, Washington, U.S. Government Printing Office, 1902.

75 John SHERMAN, 21 *Congressional Record*. 2461, 1890. Extraído *ibid*.

76 Sobre los cuales puede encontrarse una reseña clara, así como de las condiciones sociales y económicas que le rodeaban, en Hans THORELLI, *The Federal Antitrust Policy: Origin of an American*

pio, han sido más cercanos a los argumentos sociales que a los económicos. En aquellas discusiones iniciales no se planteó preocupación alguna vinculada con la ineficiencia de las empresas o del mercado al completo,⁷⁷ como parecen entender los sectores economicistas,⁷⁸ ni se realizaron distinciones entre la protección de la que debía gozar —gracias a la normativa *antitrust*— un consumidor próspero, uno desfavorecido, particular o incluso vinculado a una actividad económica. El marco de acción, por el contrario, estuvo siempre dirigido hacia la defensa de un interés común que la conducta inmoderada de las grandes compañías ponía en riesgo,⁷⁹ al transferir el bienestar común y colectivo de los consumidores hacia las mencionadas empresas.⁸⁰

El legislador norteamericano actuó al observar que siempre los precios que debían asumir los consumidores que adquirirían bienes o servicios ofertados por empresas con posición de dominio o por compañías participantes de un cartel eran supremamente altos, y, por tanto, planteó un escenario de protección idóneo que, materializado —en principio— en la Ley Sherman,⁸¹ estaba pensado para restringir el gran abanico de libertades económicas en disposición de las grandes empresas.

No resultaba aceptable para los “precursores” de las normas *antitrust* estadounidenses que el crecimiento empresarial fuese incontenible, como al parecer venía sucediendo gracias a que las grandes compañías acondicionaban las circunstancias comerciales en su favor, no solo reduciendo los costos de distribución, producción o similares en uso de economías de escala,⁸² sino también incrementando los precios que debían asumir los consumidores, perjudicándolos.

Tras varios años en los que el protagonismo de la defensa planteada fue para la Ley Sherman, en 1914 emergieron la Ley Clayton y la Federal Trade Commission Act como complemento de una iniciativa legal que aún presentaba lagunas de importancia. El tándem surgido de esta unión de normas configura incluso al

Tradition, Baltimore, The John Hopkins University Press, 1955, pp. 210-219. De igual forma, George Frisbie HOAR, *Autobiography of Seventy Years*, New York, Scribner's Sons, 1903, pp. 363 y ss.; Thomas HAZZLETT, “The Legislative History of the Sherman Act Reexamined”, en *Economic Enquiry*, 30 (1992), pp. 273 y siguientes; Richard HOFSTADTER, “What Happened to the antitrust Movement?”, en Thomas SULLIVAN (ed.), *The Political Economy of the Sherman Act: The First One Hundred Years*, New York, Oxford University Press, 1991, pp. 23-24; George STIGLER, “The Origin of the Sherman Act”, en *The Journal of Legal Studies*, 1985, pp. 4-5.

77 De hecho, algunos entienden que los precursores de la norma no tenían conocimiento alguno acerca de conceptos económicos tan avanzados como el de la eficiencia “asignativa” o similares, y que, por tanto, realizar análisis como lo ha hecho la Escuela de Chicago, aludiendo que el objetivo único del *antitrust* es exactamente la eficiencia es, por lo menos, sorprendente. Herbert HOVENKAMP, “The Marginalist revolution in Legal Thought”, en *Vanderbilt Law Review*, 46 (1993), pp. 305 y ss.

78 John KIRKWOOD y Robert LANDE, “The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, not Increasing Efficiency”, *op. cit.*, p. 202.

79 Katalin CSERES, “Controversies of the Consumer Welfare Standard”, *op. cit.*, p. 130.

80 Frank EASTERBROOK, “Workable Antitrust Policy”, en *Michigan Law Review*, 84 (1986), p. 1702.

81 *Sherman Act* del 2 de Julio de 1890, 647, 26 United States Statutes at large, 209; Título 15 del United States Code (Commerce and Trade), capítulos 1 a 7. Texto disponible para consulta en lengua original en: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15>.

82 Sylvain LANDRY, Yves TRUDEL y Mattio O. DIORIO, “Just-in-time supply: Cooperation, competition, and Abuse”, en *Competitiveness Review*, 8 (1) (1998), pp. 37-45.

día de hoy uno de los grupos más completos de protección del marco competitivo alrededor del globo.⁸³

Pero a pesar de ello, es imposible encontrar, a lo largo y ancho de dicha normativa, ni una sola alusión específica que permita identificar de forma inequívoca los propósitos de las normas de libre competencia en Estados Unidos. La ausencia de una referencia clara al respecto, más allá de variadas teorías, es para muchos una simple prueba de la intrascendencia que percibió el legislador norteamericano en una determinación exhaustiva de los derroteros del *antitrust*, pues realizar juicios normativos acerca de lo razonable, que en el caso es la protección social ejercida por las normas de competencia, se le antojaba un “protocolo” innecesario.

Sea como sea, el grupo de normas guarda silencio absoluto acerca de sus propósitos, permitiendo que en debates actuales acerca de los derroteros de las normas *antitrust* norteamericanas, los precedentes y el marco que acompañó el surgimiento de la defensa de la competencia al completo cobre mayor importancia.⁸⁴ Lo cual justifica los comentarios realizados hasta este punto en el presente apartado, ya que gracias a la observación de las pretensiones de los legisladores de aquella época,⁸⁵ es más sencillo determinar que los argumentos por ellos esgrimidos siempre fueron más cercanos a los conceptos de la Escuela de Harvard⁸⁶ que a los de la Escuela de Chicago,⁸⁷ a pesar de que con los años las nociones de esta última hayan logrado un nivel de influencia importante.⁸⁸

Conocer dicha realidad es imperativo para comprender el razonamiento de los falladores norteamericanos en el marco de decisión de un supuesto de hecho a su

83 Un estudio exhaustivo acerca del nacimiento de las mencionadas normas, así como de la política de competencia estadounidense, puede encontrarse en Herbert HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, St Paul, West Publishing Co. 1999, pp. 50 y ss.

84 La revisión doctrinal de los debates que conllevaron la aparición de la Ley Sherman y sus normas complementarias, puede encontrarse en Barak ORBACH, “How Antitrust lost its goal”, en *Fordham Law Review*, 81 (2013), pp. 2259 y ss.

85 Así como de la evolución jurisprudencial que podrá ser evaluada en apartados posteriores. Al respecto, William KOVACIC, “The Modern Evolution of U.S. Competition Policy enforcement Norms”, en *Antitrust Law Journal*, 71 (2003), p. 377.

86 Algunos lo han llevado incluso más allá, al interpretar que la defensa de la competencia debe promover la felicidad de los particulares y el “buen vivir” de los ciudadanos. Maurice STUCKE, “Should competition policy promote happiness?”, *Research Paper 207*, Legal studies Research Paper Series, de próxima aparición en *Fordham Law Review*, 2013.

87 La cual defiende argumentos que, muchos entienden, no formaron parte de las prioridades de los precursores de la Ley *Sherman*, ni de los argumentos de mayor trascendencia que los distintos *Enforcement Bodies* han dispuesto como esenciales en el marco de decisión de procesos a su cargo. Lawrence SULLIVAN, “Post-Chicago Economics: Economist, Lawyers, Judges, and Enforcement Officials in a Less Determine Theoretical World”, en *Antitrust Law Journal*, 63 (1995), pp. 668 y ss.

88 Alguna parte importante de la doctrina ha manifestado que el análisis de los precedentes en este caso no necesariamente arroja todas las luces acerca de los objetivos del *antitrust*, toda vez que en su opinión gran parte de las transcripciones realizadas han reformulado la verdadera intencionalidad de Sherman, los precursores de la norma y aquellos involucrados con los debates legislativos. Robert BORK, “Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act”, *op. cit.*, pp. 45-47.

cargo, pues tal y como podrá observarse más adelante al exponer los aportes que la jurisprudencia de relevancia ha hecho sobre el tema, la prioridad del sistema estadounidense es, en todos sus niveles, y no solo en el normativo, proteger de forma enérgica los intereses de los consumidores.⁸⁹

3.2. Mercado único y pluralidad de objetivos de las normas de libre competencia europeas

La existencia de ciertas circunstancias particulares que influyen en la idea europea, tales como la libre circulación de personas, de bienes, de capitales o de servicios en el mercado comunitario,⁹⁰ le infunden a la política de competencia de la Unión Europea un carácter excepcional y único, que responde al esfuerzo que han hecho todos y cada uno de los países miembros al renunciar a una parte importante de su soberanía, en pro de consolidar una iniciativa supranacional sin precedentes.⁹¹

De acuerdo con dicha realidad peculiar, influenciada por un panorama social, político y económico novedoso, en el cual los intereses plurales de los países miembros se “sobreponen” a los intereses individuales de los distintos Estados, en Europa se ha entendido que cada una de las políticas que conforman la idea europea, debe tener como prioridad la defensa del entramado comunitario consolidado, sea cual sea la amenaza que lo ponga en riesgo.

Bajo dicha dinámica, la doctrina, la jurisprudencia y las instituciones europeas relacionadas con la política de competencia comunitaria han venido defendiendo de forma conjunta⁹² —aunque con algunos matices comunes en la discusión

89 Entiende que la relación entre protección al consumidor y defensa de la competencia es total en el sistema norteamericano. Spencer WEBER WALLER, “Competition and Consumer Protection: Breaking Down the walls”, conferencia “European Competition and Consumer Protection Officials”, DG Comp, Comisión Europea, Bruselas, 2003, pp. 1-9.

90 Sustentados en el articulado inicial del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en su instrumento predecesor, así como en el artículo 34; tal y como lo han remarcado pronunciamientos jurisprudenciales de largo recorrido, como la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc y otros v. SARL “Au blé vert” (en lo sucesivo *Leclerc v. Au blé vert*), asunto 229/83, apartado 9, en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61983J0229:EN:HTML>; la sentencia del mismo Tribunal, de 19 de marzo de 1991, República Francesa v. La Comisión de las Comunidades Europeas, asunto C-202/88, apartado 41, en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988CJ0202:ES:PDF>; y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 28 de marzo de 2001, Instituto de Agentes Autorizados ante la Oficina Europea de Patentes v. La Comisión de las Comunidades Europeas, asunto T-144/99, apartado 66, en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61999TJ0144:ES:PDF>.

91 Basado en unificar intereses heterogéneos en un sistema único homogéneo y exclusivo. Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO, “El Derecho Europeo de la Competencia”, Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO (coord.), en *Derecho Europeo de la Competencia: antitrust e intervenciones públicas*, Valladolid, Lex Nova, 2005, p. 41.

92 Michel WAELBROECK, Aldo FRIGNANI y Jacques MÉGRET, *Derecho Europeo de la Competencia*, t. 1, Barcelona, Bosch, 1998, p. 24; así como Maher DABBAH, *International and Comparative Competition Law*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 164. Los mencionados autores dejan claro que desde el año 1962 —gracias a la labor de las cortes, la doctrina y la tarea de ejecución de las instituciones comunitarias— en Europa se ha erigido la normativa de libre competencia como instrumento para lograr la integración en un mercado común sin barreras, caracterizado, en un principio, por la erradicación de obstáculos económicos de naturaleza estatal, y en la actualidad, por

jurídica—, que si bien otros objetivos de naturaleza social o económica también deben ser tomados en cuenta en el marco de decisión de un asunto particular que gire en torno a la libre competencia, la verdadera prioridad de las normas *antitrust* europeas debe ser la protección del mercado único,⁹³ plural y sin barreras que se ha creado en Europa,⁹⁴ pues creen que este último configura, por sí solo, el activo económico más valioso de la comunidad.

De este modo, para los entendidos en Europa, ningún objetivo distinto a la protección del mercado común debe prevalecer⁹⁵ si se pone en riesgo la unidad comunitaria.⁹⁶ Lo cual no significa que no sean valorados en conjunto otro tipo de propósitos de la normativa de libre competencia europea, ya que en el terreno comunitario también se han adherido a los fines de las normas *antitrust* otros derroteros de menor alcance, que sirven de estándar a situaciones que *a priori* no están en capacidad de trastocar las bases del mercado único.

Así las cosas, propósitos de variada importancia son reconocidos como parte del *antitrust* comunitario. Argumentos económicos, sociales —entre los cuales resalta la protección de los consumidores contenida en el numeral tercero del artículo

la gestión vinculada con los mecanismos de contención idóneos que impiden que las mencionadas restricciones reaparezcan por medio de la actuación privada.

- 93 Para Michel WAELBROECK, "Price Discrimination and Rebate Policies under EU Competition Law", en (ed.), Barry HAWK, *Fordham Corporate Law Institute*, 22 conferencia anual, 26 y 27 de octubre de 1995, 1996, pp. 147-160; el propósito básico de las normas *antitrust* es proteger el mercado único, que influencia por sí solo cualquier debate surgido a su alrededor. De acuerdo con la percepción del autor mencionado, la disposición de objetivos de la libre competencia debe comprender dos aristas siempre relacionadas con la defensa del mercado plural comunitario, pues tanto prevenir prácticas restrictivas, como controlar concentraciones empresariales que pueden desestabilizar el mercado plural, deben estar siempre enfocadas en priorizar la idea económica europea supranacional.
- 94 Véase al respecto los comentarios de Valentine KORAH, *Introducción al Derecho y práctica de la competencia en la CEE*, Barcelona, Ariel Derecho, 1988, p. 11, quien entiende el mercado único europeo como un instrumento idóneo para ampliar ciertos marcos económicos esenciales dentro de la comunidad, como lo son los industriales, comerciales o territoriales, en razón del incremento en las oportunidades y el crecimiento de las empresas. De igual forma, los aportes de Claus-Dieter EHLER-MANN, "The contribution of EC competition policy to the singles market", en *Common Market Law Review*, 29 (1992); Christopher BELLAMY, Graham CHILD y Enric PICAÑOL, *Derecho de la competencia en el mercado común*, Madrid, Civitas, 1992, p. 38; Johann EEKHOF y Christiane MOCH, "Competition - The Core of a market economy", en Johann EEKHOF (ed.), *Competition Policy in Europe*, Berlin, Springer, 2004, pp. 1-28; Katalin Judith CSERES, *Competition Law and Consumer Protection*, Kluwer Law International, *op. cit.*, pp. 246-247; también, en representación de aquellos que entienden que la subordinación del derecho de la competencia a la integración de los mercados es determinante, Giuliano AMATO, *Antitrust and the Bounds of Power. The dilemma of liberal democracy in the history of the market*, *op. cit.*, p. 44. Al respecto del recorrido histórico que permitió esta realidad, Juan DE LA CRUZ FERRER, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2002, pp. 32 y ss.
- 95 Contrario a esta opinión, Frédéric JENNY, "Razón de ser del Derecho de la competencia y misiones encomendadas a sus autoridades", en *Ekonomiaz*, 61 (2006), p. 45, que valora que en Europa deben estar equiparados tanto el objetivo de unificar el mercado comunitario, como asegurar el bienestar de los consumidores.
- 96 Divide el objetivo según el rol que está capacitado para ejercer el derecho de la competencia en la integración en un único mercado, entendiendo que puede ser negativo en cuanto debe evitar todo tipo de medidas que traten de extender el aislamiento de un mercado interno con otro por medio de la imposición de multas; y positivo pues facilita las transacciones entre países miembros, fomenta el comercio entre ellos, y ejerce una influencia en pro de la integración. Richard WHISH, *Competition Law*, *op. cit.*, pp. 22-23.

101 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea—⁹⁷ y políticos han sido parte esencial del establecimiento de dichos propósitos, ya que de forma individual ninguno de aquellos razonamientos ha tenido una posición preferente,⁹⁸ como si sucedió en el caso norteamericano, donde los argumentos economicistas proeficiencia lograron protagonismo en el pasado reciente.⁹⁹

En ese sentido, en Europa interpretan que también son fines trascendentales del *antitrust*, a saber: la defensa de las libertades individuales, la libertad económica de los particulares, la protección de la libertad de competir,¹⁰⁰ el progreso de las regiones menos favorecidas,¹⁰¹ la promoción del crecimiento equilibrado y sostenible, la eficiencia económica, la protección de las Pymes, la justicia, la globalización, la estabilidad laboral, la protección de los consumidores,¹⁰² entre otros.¹⁰³

-
- 97 Dentro de ellos, la protección de los consumidores es una parte importante del sistema. Como puede observarse en el régimen excepcional incluido en el numeral tercero del artículo 101 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, en el cual queda claro que en algunas oportunidades, prácticas restrictivas que a su vez conllevan beneficios para los consumidores, pueden resultar permitidas en el ámbito comunitario. Se transcribe el apartado que se estima de mayor trascendencia para el tema en mención: [Acuerdos que] contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante [...]. Sobre dicho numeral, la Comunicación de la comisión: directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 (101) del Tratado, 2004/C 101/08, publicado en el *Diario oficial de la Unión Europea*, C 101/97 de 27 de abril de 2004. Igualmente, José María BENEYTO PEREZ, "Hacia un nuevo derecho de la competencia, el Libro Blanco de la Comisión sobre modernización y descentralización en la aplicación de los artículos 85 y 86", en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 202 (1999), p. 16; Katherine HOLMES, "The EC White Paper on Modernisation", en *Journal of World Competition*, 23 (2000), pp. 51-79; Fulgencio GARRIDO RUIZ, "Novedades aportadas por el nuevo Reglamento n° 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 CE", en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 231 (2004), p. 74; Lorenzo Federico PACE, *Derecho Europeo de la Competencia. Prohibiciones antitrust, control de concentraciones y procedimientos de aplicación*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 364.
- 98 Entiende que todos ellos son esenciales en Europa; Frédéric JENNY, "Razón de ser del Derecho de la competencia y misiones encomendadas a sus autoridades", *op. cit.*, pp. 45-46.
- 99 En Europa también existen sectores de la doctrina que entienden la eficiencia económica como solución idónea de fallos presentes en el *antitrust* comunitario. De acuerdo con su óptica, buscar siempre la integración económica conlleva en no pocas oportunidades, ineficiencias. Barry HAWK, "The American (Anti-trust) Revolution: Lessons for the EEC?", en *European Competition Law Review*, 9 (1) (1988), p. 61.
- 100 Entiende que es la clave de todo el sistema, Frank MAIER RIGAUD, "On the normative foundations of Competition Law — Efficiency, Political Freedom and the Freedom to Compete", en Daniel ZIMMER (ed.), *The Goals of Competition Law*, Northampton, USA, Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2012, pp. 132-168.
- 101 Con miras a lograr estándares equilibrados de calidad de vida en todos los miembros de la comunidad europea. Alfonso-Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA, "El derecho europeo de la competencia: objeto, fuentes y sistemática", en Alfonso-Luis CALVO CARAVACA y Pilar BLANCO-MORALES LIMONES (eds.), *Derecho Europeo de la Competencia*, Madrid, Colex, 2000, p. 174.
- 102 Su importancia en el caso europeo es innegable, al haber generado debates a su alrededor basados en la sinuosa relación que unos y otros defienden o rechazan, entre las normas *antitrust* y las normas de protección al consumidor. Centrándose en el estándar de bienestar de los consumidores y remarcando su importancia para el sistema de libre competencia europeo. Neelie KROES, "European Competition Policy — Delivering Better Markets and Better Choices", *op. cit.*, en http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2007_11_en.pdf.
- 103 La unificación de todos aquellos derroteros y la interpretación de su protagonismo —individual o conjunto— como complemento natural y necesario de las expectativas de protección del mercado único europeo, pueden encontrarse en Lorenzo Federico PACE, *European Antitrust Law. Prohibitions, Merger Control and Procedures*, *op. cit.*, p. 39; así como también en DIRECTORATE GENERAL

El sistema europeo, con sus peculiaridades, requiere de un amplio catálogo de objetivos de las normas de libre competencia, toda vez que el proceso de consolidación del mercado único,¹⁰⁴ aún en curso, requiere medios de protección idóneos y contundentes que lo salvaguarden¹⁰⁵ y lo complementen.¹⁰⁶ Así lo han entendido varios grupos de expertos en la materia a nivel europeo, que desde hace algunos años intentan justificar, con la ayuda de las normas *antitrust* comunitarias, la adhesión como derroteros de pleno derecho, de alguna o algunas de las metas enunciadas en el párrafo anterior de este trabajo.¹⁰⁷

Y es que los especialistas en la materia han entendido como fundamental profundizar en el tema de los propósitos de la libre competencia, pues han observado que tal y como sucede en Estados Unidos, donde las normas *antitrust* nada dicen taxativamente acerca de los objetivos de la materia, las normas de libre competencia europeas tampoco adhieren listado alguno que arroje suficientes luces sobre el tema. Esto ha conllevado una tarea conjunta de interpretación por parte de la doctrina, las autoridades comunitarias¹⁰⁸ y la jurisprudencia, que ha desembocado en la estructuración de argumentos acerca de múltiples propósitos de la materia, que ahora se encuentran en disposición de los distintos *enforcement bodies* comunitarios, para que estos a su vez les den uso en el curso de cuestiones concurrenciales a su cargo.¹⁰⁹

Al ser parte de la política económica europea, y puesto que en su articulado de referencia nada se dice acerca de sus metas, solo es posible encontrar objetivos

COMPETITION, *Discussion paper on the application of article 82 on the Treaty of exclusionary abuses*, Bruselas, 2005, en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

- 104 Su importancia puede comprobarse en la iniciativa transpuesta en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Título XVI, referida a las Redes transeuropeas, artículo 170 y ss.; que también tenía lugar en el Tratado de la Unión Europea.
- 105 François SOUTY, *Le Droit de la concurrence de l'Union Européene*, Paris, Montchrestien, 1997, p. 13.
- 106 María JELEZTCHEVA, "Génesis de la Federal Trade Commission y breve análisis de los objetivos del Derecho Antitrust norteamericano y europeo", en *Revista de estudios jurídicos UNESP*, 14, 19 (2010), p. 86. Así como también Fernando DIEZ ESTELLA, "Los objetivos del Derecho Antitrust", *op. cit.*, p. 36.
- 107 Los trabajos que permiten comprobar que aquel extremo es aún muy actual en razón de no existir una única respuesta que le ponga fin, son, entre otros, Pinar AKMAN, "Consumer Welfare and article 102 EC: Practice and Rhetoric", en *World Competition*, 32, pp. 71-90; Max HUFFMAN, "Neo-Behavioralism?", *Documento de trabajo*, 2010, pp. 1-37, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1730365; Chris TOWNLEY, "Which goals count in article 101 TFUE?; Public policy and its discontents", en *European Competition Law Review*, 9 (2011), pp. 441-448; Roger BLAIR y Daniel SOKOL, "Welfare standars in U.S. and EU Antitrust Enforcement", en *Fordham Law Review*, 102 (2013), pp. 81-145 e Ioannis LIANOS, "Some Reflections on the question of the Goals of EU Competition Law", en *CLES Working Paper Series*, 3 (2013), pp. 1-65.
- 108 Que en uso de los instrumentos jurídicos que les han sido puestos a disposición gracias a los Tratados europeos, colaboran de una forma activa con la evolución del derecho *antitrust*. En ese sentido, la Comisión Europea es la autoridad más dinámica por ser cabeza del sistema de defensa de la competencia comunitario y la encargada de definir sus prioridades en uso de herramientas idóneas, como son los reglamentos, las decisiones, las comunicaciones, las directivas, las recomendaciones, los memorandos, entre otros. En referencia a las fuentes enunciadas del Derecho Comunitario primario, véase Rosario ESPINOSA CALABUIG, "Derecho de la Competencia", en Carlos ESPLUGUES MOTA (ed.), *Derecho del Comercio Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, pp. 64 y ss.; Klaus-Dieter BORCHARDT, COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *El ABC del Derecho Comunitario*, Bruselas, Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, 2000, pp. 58-59; así como también los comentarios de Sara MEDINA GONZALES, "La política de la competencia", en Enrique LINDE PANIAGUA (dir.), *Políticas de la Unión Europea*, Editorial Colex, Madrid, 4 ed., 2007, pp. 370-371.
- 109 Oles ANDRIYCHUK, "Rediscovering the Spirit of Competition: On the Normative Value of the Competitive Process", en *European Competition Journal*, 6 (3) (2010), pp. 578 y ss.

taxativos de la política de competencia comunitaria, ahí donde se enuncian los derroteros de la política económica *al completo*.¹¹⁰ El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), el Tratado de la Unión Europea y un compendio de instrumentos comunitarios adicionales¹¹¹ han enumerado dichos propósitos, que son la verdadera fuente utilizada por los expertos en Europa para razonar —en uso de una interpretación extensiva— cuáles son las metas del *antitrust* en el viejo continente.

Prueba de ello es el artículo 3 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea actual, que se ha convertido en un apartado primordial en el cual sustentar cualquier propósito de las normas *antitrust* en Europa, pues al no existir instrumento alguno que desarrolle dicha cuestión de forma más explícita, plantea razonamientos genéricos en materia económica que son útiles a su vez para la libre competencia. En el mencionado apartado, siempre en torno a la consolidación del mercado común, se promueven objetivos de la política económica al completo u objetivos económicamente relevantes. Aquel apartado entiende, en este sentido, que son propósitos esenciales la promoción del progreso, el desarrollo, la afirmación de la identidad europea, la protección de los ciudadanos europeos, el fomento de la libertad y la seguridad, así como la sostenibilidad de la idea comunitaria.

En suma, el marco de acción que otorgan las metas económicas es muy amplio, pues adhiere postulados considerablemente genéricos en los cuales otros tantos objetivos particulares pueden encuadrarse. Razón por la cual la defensa de la competencia en Europa se encuentra en un lugar privilegiado favorecido por la posibilidad de aportar de forma continua —ahí cuando se estén tomando decisiones que versen sobre el *antitrust*— argumentos en pro de los razonamientos sociales, económicos, o incluso políticos. Pues tal y como se ha visto a lo largo del presente documento, todos aquellos argumentos influyen de manera considerable la defensa de la competencia.

Con tantas posibilidades, los fallos de las cortes europeas se han dirigido hacia todas las direcciones, pues tanto las metas sociales como las económicas han servido de razonamiento principal en múltiples decisiones. La evolución de la materia, por lo menos en lo relacionado con esta circunstancia, hace pensar que la

110 De forma natural, pues la competencia es una herramienta fundamental de la economía de mercado que a su vez es una consecuencia de la política económica al completo. Manfred NEUMANN, *Competition Policy: History, theory and practice*, UK, Edward Elgar Publishing, 2001. Gadulfo ZULLITA FELLINI y Rafael PÉREZ MIRANDA, “El Derecho frente a los monopolios”, en *Estudios de Derecho Económico IV*, México, Universidad Autónoma de México, 1983, pp. 65-121.

111 Así por ejemplo, las *Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (antiguo apartado 3 del artículo 81 del TCE), en el cual la Comisión Europea al referirse a los objetivos del apartado referente a la prohibición de actos colusorios manifiesta, en su numeral 13: “El artículo 81 tiene por objetivo proteger la competencia en el mercado con vistas a un *mayor bienestar del consumidor* y una *eficaz asignación de recursos*. A estas finalidades contribuyen la competencia y la *integración del mercado*, pues la creación y mantenimiento de un mercado único y abierto favorece la *eficaz asignación de recursos* en toda la Comunidad en beneficio de los consumidores”. El numeral en mención, tal y como se comprobará a lo largo del presente apartado, permite evidenciar la multiplicidad de objetivos que en Europa se le asignan a las normas de libre competencia comunitarias.

defensa emprendida en la Comunidad tiene un nivel mayor de dinamismo que la ejercida en otras latitudes.

Al margen de esta última circunstancia, ya sabiendo que existen tantas posibilidades en Europa en lo referente a los objetivos del *antitrust*, surge una pregunta básica que solo puede ser respondida al analizar la jurisprudencia comunitaria, tal y como se hará en apartados posteriores de este trabajo. ¿Cuál es la verdadera prioridad del *antitrust* una vez el argumento del mercado único no está presente en una disputa de libre competencia europea? Al parecer la social, pues la afinidad europea —tal y como se comprobará posteriormente— está más cercana a otorgarle protagonismo a conceptos tangibles, que responden a factores generales y colectivos,¹¹² que a inclinarse hacia las elucubraciones económicas relacionadas con la eficiencia, surgidas de la argumentación profundamente economicista defendida por la Escuela de Chicago.¹¹³

3.3. El alcance de los propósitos de la normativa de protección de la competencia en Colombia

Tras observar en los apartados precedentes de este documento los múltiples debates que han surgido acerca de la eficiencia económica y los objetivos sociales del *antitrust*, entre otros, si algo ha quedado claro, gracias a la profundidad de la disputa, es que todos los países o territorios que han erigido una regulación de defensa de la competencia se han visto obligados, tarde o temprano, a hacerle frente a las diferencias doctrinales expuestas.¹¹⁴ Las controversias académicas y prácticas mencionadas configuran un camino recorrido que no debe ser transitado de nuevo por aquellos sistemas competitivos de menor expansión global, por lo que su observación, ahí donde se estén sentando las bases de un sistema concurrencial, además de fundamental, es imperativa.

En Latinoamérica, donde la regla general es que las economías emerjan, convirtiéndose en un foco de inversión importante a nivel global, los debates acerca de los verdaderos objetivos de las normas de libre competencia han tenido su espacio; especialmente en aquellos países en los que la conciencia acerca del lazo inquebrantable entre la política de competencia y la política económica general ha sido total. Prueba de ello es que en las legislaciones de América Latina, al hablar de los

112 Paul CRAIG y Gráinne DE BÚRCA, *EU Law. Text, cases and materials*, New York, Oxford University Press, 4 ed., 2008, pp. 637 y ss. Chris TOWNLEY, “Which goals count in article 101 TFUE?: Public policy and its discontents”, *op. cit.*, p. 445.

113 De esta opinión es Eugène BUTTIGIEG, *Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest. A Comparative Analysis of US Antitrust Law and EC Competition Law*, Wolters Kluwer, 2009, p. 47.

114 En razón de la importancia del tema, acentuada por Ioannis LIANOS, “Some Reflections on the question of the Goals of EU Competition Law”, *op. cit.*, pp. 2-3; Maurice STUCKE, “Reconsidering antitrust goals”, en *Boston College Law Review*, 53 (2012), pp. 553-557; de acuerdo con unas bases sólidas de un conflicto que se ha extendido por los años y que interpretaron desde aquella época como esencial, Joseph BRODLEY, “The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress”, *op. cit.*, p. 1022; Kenneth ELZINGA, “The Goal of Antitrust: Other Than Competition and Efficiency, What else Counts?”, *op. cit.*, p. 1194; y entre otros, Robert LANDE, “Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust”, *op. cit.*, pp. 503 y ss.

propósitos del *antitrust*, normalmente se incluye un compendio de caracteres que vislumbran atención a los conceptos de las escuelas de Chicago y de Harvard, a los argumentos europeos, etc.¹¹⁵

En virtud de aquella dinámica, actualmente lo regular en los países latinoamericanos no es elegir —en lo netamente referido a los fines de las normas *antitrust*— la argumentación economicista, o la que defiende la dimensión social de la defensa de la competencia, sino, por el contrario, defender como metas de las normas de libre competencia tanto razonamientos políticos, como económicos, sociales, etc., concediéndoles en apariencia el mismo alcance.

De tal forma, en la mayoría de países de América Latina la normativa *antitrust* dispone que los derroteros de las mencionadas normas son la protección y salvaguarda de la competencia propiamente dicha, la eficiencia, el bienestar de los consumidores, así como también el progreso y la equidad.¹¹⁶

Colombia no es una excepción a la regla, pues en los instrumentos jurídicos relevantes de derecho interno —que serán delimitados a continuación— se observa una agrupación de metas que no adopta una dirección única, sino que, por el contrario, plantea en términos globales marcos de protección genéricos que pueden convertir en prioridad con la misma intensidad, por ejemplo, proteger a un consumidor, que exonerar a empresas participantes de un cartel en razón de las eficiencias económicas que pueden surgir de la conducta.¹¹⁷

En ese sentido, para encontrar una referencia taxativa de los objetivos de las normas de libre competencia colombianas, al día de hoy es necesario acudir a dos fuentes.¹¹⁸ La primera es la Constitución Política de 1991 y su artículo 333, en el cual se adhieren disposiciones generales acerca del régimen económico. La segunda fuente es la Ley 1340 de 2009,¹¹⁹ en su artículo segundo, que fruto de una evolución técnica imperativa generada por las inexactitudes de su predecesora —el Decreto 2153/92— otorga claridad acerca de los mencionados propósitos.

115 Para profundizar, resulta de gran relevancia OCDE, *Derecho y política de la competencia en América Latina: exámenes inter-pares en Argentina, Brasil, Chile, México y Perú*, Banco Interamericano de Desarrollo, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2007.

116 Así por ejemplo, el artículo 113 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley Antimonopolio, Antiloligopolio y contra la Competencia Desleal venezolana del año 2006; de igual forma, el artículo primero del Decreto Ley 211 de 1973 en Chile; el artículo primero de la Ley 18.159 de Promoción y Defensa de la Competencia en Uruguay, entre otros. Al respecto, entienden que la unificación de derroteros mencionada sugiere que la finalidad última de las normas de libre competencia es beneficiar al consumidor. Alfonso MIRANDA LONDOÑO y Juan David GUTIERREZ RODRÍGUEZ, "Fundamentos Económicos del Derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia", en *Revista Derecho de la Competencia*, 2 (2) (2006), p. 333.

117 Siempre y cuando las mismas generen excedentes en la sociedad y en los consumidores propiamente dichos.

118 Fuentes analizadas en OCDE y BID, *Derecho y política de la competencia en Colombia: Examen inter-pares*, 2009, pp. 15 a 18, en <http://www.oecd.org/countries/colombia/44111213.pdf>.

119 "Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia". *Diario Oficial*, 47.420 de 24 de julio de 2009, en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2009/ley_1340_2009.html.

Así las cosas, de la primera fuente —el artículo 333 de la Constitución colombiana¹²⁰— es posible extraer, en parte gracias a la interpretación realizada por la Corte Constitucional en varios de sus fallos,¹²¹ que las normas de libre competencia son un medio para proteger un compendio de aspectos heterogéneos, como la libertad de empresa, el bienestar de los consumidores, la eficiencia económica y la competencia propiamente dicha, que urgiendo que sea real, libre y desprovista de cualquier tipo de falseamiento, demanda un amparo excepcional. Dichos caracteres configuran un catálogo de objetivos variados que la Carta Política defiende como bases del sistema de protección ejercido por las normas de libre competencia y, por tanto, sus distintas aristas pueden ser epicentro de la salvaguarda emprendida en disputas concurrenciales.

Análogamente, la Ley 1340 de 2009, en su artículo segundo, sigue esta línea marcada por la Carta Política, expresando que las disposiciones legales sobre protección a la competencia tienen como propósitos —sin establecer niveles de preferencia— la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

De una forma similar a la europea, el catálogo de objetivos del *antitrust* en Colombia se compone de argumentos de diversas naturalezas. No cabe duda de que en el país han calado, al igual que en Europa, los conceptos acerca de la eficiencia económica defendidos por la Escuela de Chicago.¹²² De ahí que aquel razonamiento también esté incluido como meta de las normas de libre competencia. Aun así, su influencia ha sido parcial, pues la presencia de la eficiencia económica dentro de las metas de las normas *antitrust* no ha desplazado argumentos sociales de gran impacto como la protección de los intereses de los consumidores, ni ha logrado erigirse como el fundamento principal de la política de competencia, ya que la Superintendencia de Industria y Comercio en Colombia ha venido a dejar claro que el listado de propósitos adherido al artículo 2 de la

120 Que se transcribe de forma parcial con el ánimo de que el lector tenga la herramienta idónea que le permita explorar el origen del cual surgen las afirmaciones que se hacen en el cuerpo de este documento: “La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. [...] La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. [...] El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica. [...] La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación”.

121 Los de mayor relevancia al configurar el principal precedente surgido de la Corte Constitucional colombiana sobre el tema, a saber: las sentencias T-240/1993, C-535/1997, C-815/2001 y C-369/2002, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria>

122 Algunos incluso han puesto a Colombia como ejemplo de una economía emergente que basa su sistema de defensa de la competencia exclusivamente en la eficiencia económica, Shyam KHEMANI, “Application of Competition Law: Exemptions and Exceptions”, *United Nations Conference on Trade and Development*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2002, p. 8, en http://unctad.org/en/docs/ditcclpmisc25_en.pdf. Opinión aquella que no valora suficientemente el recorrido de las decisiones de la autoridad de competencia colombiana, ni la variedad de objetivos que las normas de referencia en aquel país promueven como parte de la protección ejercida. Es necesario precisar que la opinión comprende un momento distinto al actual, y por ello no resulta correcto disponer que era totalmente equivocada en el año 2002. Aun así, es importante manifestar que bajo el prisma de la norma de protección de la competencia colombiana del año 1992, dicha afirmación resulta igualmente arriesgada, razón por la cual se está en total desacuerdo con la misma.

Ley 1340, no responde a prioridades sino a una adopción de fines igualmente importantes entre sí.

En pocas palabras, las fuentes mencionadas —Constitución y ley de defensa de la competencia en Colombia— han adoptado un catálogo de derroteros “multi-disciplinar” que le otorga un marco de acción más amplio a la Superintendencia para hacerse cargo de los asuntos de libre competencia. Pero ¿y qué sucede en aquellos casos en los cuales los propósitos adheridos a las mencionadas fuentes resulten incompatibles en virtud de un asunto particular? ¿Cómo debe actuar la autoridad en aquellos casos en los cuales una conducta altamente eficiente afecte a los consumidores, o cuando una conducta ineficiente beneficie a estos últimos? ¿A que es propensa la Superintendencia de Industria y Comercio?, ¿a salvaguardar la eficiencia? o ¿a proteger a la sociedad y a los consumidores de los impactos negativos generados por una conducta de mercado?¹²³ Solo los fallos de relevancia pueden arrojar suficientes luces sobre el tema, ya que las normas por sí solas no determinan de forma inequívoca el camino que se debe seguir.

4. LA REALIDAD DEL PRECEDENTE Y DE LA JURISPRUDENCIA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Las leyes *antitrust* de los territorios desarrollados no plantean razonamientos concluyentes acerca de los objetivos a los cuales se busca dar alcance por medio de la aplicación de las normas de libre competencia. La insuficiencia de los textos legales, así como la disputa doctrinal que aún rodea el tema, permite a los falladores determinar sus prioridades de acuerdo con las circunstancias de los casos particulares a su cargo.

En dicho sentido, se encuentran igualmente justificadas las decisiones sustentadas en argumentos economicistas, como las decisiones que aterrizan las diversas dimensiones sociales de la defensa de la libre competencia. Razón por la cual determinar cuál es la verdadera predisposición de los falladores es fundamental, pues tal y como se verá, la eficiencia económica difícilmente subsiste cuando se encuentra en disputa con la protección al consumidor.

4.1. El propósito principal del derecho *antitrust* de acuerdo con la jurisprudencia estadounidense

En el pasado reciente son contados los fallos surgidos en Estados Unidos que se han aproximado a definir de forma taxativa e inequívoca los objetivos de la normativa *antitrust*. La sensibilidad intrínseca del asunto, marcada por la intensa disputa doctrinal —alojada de forma más aguda en Norteamérica—, al parecer

123 Plantea aquellos choques como relevantes, independientemente del sistema de defensa de la libre competencia en el cual se presenten, Joshua WRIGHT, “The Antitrust/Consumer Protection Paradox: Two Policies at War with Each Other”, en *George Mason Law & Economics Research Paper*, 12-45 (2012), pp. 1-53.

ha alejado de un análisis más profundo sobre la cuestión a los distintos *enforcement bodies*.

Las pocas sentencias que han vencido la mencionada dinámica y han abordado el tema de los propósitos de las normas de libre competencia —tal y como se verá alrededor del presente apartado— han dado un giro gradual trascendente hacia lo social en los últimos veinte años,¹²⁴ alejándose de los argumentos defendidos por la Escuela de Chicago.¹²⁵ Los falladores norteamericanos, a pesar de que la doctrina relevante ha seguido en varias etapas un camino inverso,¹²⁶ se han aislado paulatinamente de los argumentos economicistas, abrazando así una concepción más colectiva del derecho de la competencia materializada en la protección de aspectos de impacto plural como el bienestar de los consumidores.

Este último argumento, relacionado directamente con generar excedentes en los particulares, poco a poco se ha convertido en el concepto predilecto de los falladores estadounidenses, que han erigido como meta fundamental del *antitrust* la prevención de todos aquellos comportamientos que en beneficio de las compañías con mayor poder de mercado, despojan a los consumidores de los beneficios naturales de la actividad competitiva. La transferencia de la riqueza de cada consumidor en dirección a las “arcas” de las grandes empresas, que favorece el menoscabo del bienestar de los particulares, se le antoja a la jurisprudencia más actual en Estados Unidos, sencillamente inaceptable.

De acuerdo con dicha realidad, son varios los fallos estadounidenses que merecen ser mencionados, pues demuestran la intención del *antitrust* norteamericano, de tener al consumidor como epicentro de la protección. En 1987, por ejemplo, en *Premier Elec. Constr. Co. v. Nat'l Elec. Contractors Ass'n*¹²⁷ el fallador entendió que el objetivo principal de la materia era salvaguardar los intereses de los consumidores evitando que tuviesen que asumir sobrepuestos. Concepción que se extendió por otro grupo de fallos que también utilizaron aquel argumento en los años subsiguientes, como *Kochert v. Greater Lafayette Health Servs., Inc.*¹²⁸ *Geneva Pharm. Tech. Corp. v. Barr Labs. Incv.*¹²⁹ *La. Wholesale Drug Co. v. Hoechst Marion Roussel, Inc.*¹³⁰ *Digital Equip. Corp. v. Uniq Digital Techs.*¹³¹ en el que ade-

124 Aaron EDLIN, “Stopping Above-Cost Predatory Pricing”, en *Yale Law Journal*, 111 (2002), p. 948.

125 Extrañamente, pues en principio la eficiencia y las defensas ejercidas por Bjork y la doctrina de Chicago, configuran la argumentación predominante en Estados Unidos acerca del tema en mención.

126 Tal y como se extrae de la lectura de apartados previos del presente trabajo, en los cuales se expone la propensión de la doctrina estadounidense, desde los tiempos de Bjork, a defender la aplicación de las normas de libre competencia en atención especial a los argumentos de eficiencia, como respuesta absoluta a los males de los mercados. Lo que contrasta claramente con una realidad jurisprudencial en virtud de la cual, al margen de la defensa doctrinal, los jueces del país norteamericano difícilmente prefieren los argumentos de eficiencia por encima de los vinculados con beneficiar al consumidor.

127 814 F.2d 358, 368 (7th Cir. 1987).

128 463 F.3d 710, 715 (7th Cir. 2006).

129 En protección de los intereses de los consumidores por medio de la salvaguarda del proceso competitivo. 386 F.3d 485, 489 (2d Cir. 2004).

130 332 F.3d 896, 904 (6th Cir. 2003), en el cual se entendió que las normas en estudio debían tener como objetivo garantizar que los beneficios del marco competitivo repercutiesen en beneficio de los compradores o adquirentes de los bienes o servicios relacionados con la práctica o conducta evaluada en el caso particular.

131 73 F.3d 756, 761 (7th Cir. 1996).

más se entendió, tal y como se teorizó previamente, que cualquier transferencia de riqueza de los consumidores a los productores debía ser evitada por las normas de libre competencia,¹³² ya que configuraba un perjuicio general al consumo y al ecosistema competitivo.

En ese sentido, los circuitos estadounidenses que tomaron las decisiones mencionadas en el párrafo anterior, además de llevar a cabo análisis propios “proconsumidor”, sustentaron sus impresiones sobre el tema, también, en la jurisprudencia que al respecto había surgido en el seno de la Suprema Corte de Estados Unidos. Así por ejemplo, es relevante resaltar el caso *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp*¹³³ (en lo sucesivo *Brooke Group*), en el cual el máximo Tribunal Federal norteamericano decidió no condenar una conducta que reducía la eficiencia asignativa, al entender que la misma aparejaba, igualmente, una más que posible reducción de los precios que debían asumir los consumidores.¹³⁴ Decisión clara en beneficio de la protección del consumidor como epicentro de la normativa de libre competencia,¹³⁵ ya que los razonamientos económicos cedieron manifiestamente ante los argumentos vinculados con la defensa de los particulares y el consumo.

Otro grupo de fallos de la máxima autoridad judicial en Estados Unidos complementó la mencionada dinámica. Así, por ejemplo, se resalta el fallo *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*,¹³⁶ en el cual la Corte manifestó, con respecto al marco de protección de la Ley Sherman, que el mismo actuaba en favor de la sociedad y la colectividad ante hipotéticos fallos de mercado, y no como medio de salvaguarda del espectro negocial o concurrencial. De igual forma, el caso *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*,¹³⁷ en el cual la Suprema Corte refrendó los conceptos del fallo *Brooke Group* y los llevó un poco más allá, al determinar que el impacto en la competencia que puede aparejar —por ejemplo— una práctica restrictiva, siempre está directamente relacionado con el impacto que aquella actuación tiene en los consumidores. En virtud de aquel razonamiento, el alto Tribunal expuso que el estándar que se debía utilizar por parte de los jueces nacionales en el marco de decisión de casos *antitrust* a su cargo debía ser siempre el del análisis de la

132 Decisiones que se unen a un grupo de fallos también estadounidenses que utilizan la argumentación social relacionada con el *antitrust* en su toma de decisiones, dejando así de lado los conceptos netamente económicos de eficiencia en la producción o en la asignación, de ganancias empresariales o de excedentes de ejercicio; en beneficio de otros de distinta naturaleza centrados en los consumidores, como el del poder de elección, la calidad o el precio. Así, a saber, *PolyGram Holding, Inc. v. FTC* (416 F.3d 29 [D.C. Cir. 2005]), *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardware Lumber Co* (127 S. Ct. 1069 [2007]) y *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* (127 S. Ct. 2705 [2007]).

133 509 U.S. 209, 224 (1993).

134 Argumento que posteriormente fue utilizado en el asunto *Cascade Health Solutions v. PeaceHealth*. 515 F.3d 883 (9th Cir. 2008).

135 Sobre el fallo, véanse los comentarios de John KIRKWOOD y Robert LANDE, “The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, not Increasing Efficiency”, *op. cit.*, pp. 216-217. En ellos, los autores defienden que en la decisión en mención la Corte define el bienestar de los consumidores gracias a los beneficios que los particulares pueden obtener en el mercado en virtud de la conducta, y no como podrían pensar los miembros de la Escuela de Chicago, en uso de argumentos vinculados con la eficiencia económica.

136 506 U.S. 447 (1993).

137 127 S. Ct. 2705, 2713, 2716, 2718 (2007).

profundidad del menoscabo concurrencial mediante la determinación de las consecuencias que la conducta particular generase en los consumidores.

En el caso *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*,¹³⁸ la Suprema Corte estadounidense le siguió otorgando un papel protagónico a la dimensión social de la libre competencia, y en específico a la protección del consumidor como objetivo primordial del sistema concurrencial. En el fallo mencionado, el Tribunal Federal norteamericano, analizando una práctica restrictiva de la competencia, realizó análisis exhaustivos del impacto de la conducta en los mercados bajo el prisma de los efectos por soportar por parte de los consumidores, dejando de lado argumentos relacionados con la eficiencia, y reafirmando con ahínco que los intereses de los consumidores, como premisa, nunca pueden verse sacrificados en pro de incrementar la eficiencia en los procesos productivos o de mercado.

Resulta totalmente claro, gracias a los fallos mencionados —así como a otros tantos—, que el aporte del máximo Tribunal Federal estadounidense en el tema en mención ha sido de suma importancia, pues ha puesto de manifiesto una intención social que rodea el *antitrust*, incluso en las más altas esferas judiciales. Aun así, el verdadero aporte ha sido el de los jueces de instancia que han debido enfrentarse al tema con mayor frecuencia, comprobando también esa dimensión social de la libre competencia de forma reiterada, refrendando una y otra vez una concepción en virtud de la cual lo esencial en un asunto de libre competencia que gire alrededor de una posible práctica restrictiva, es comprobar que la conducta no perjudica a los consumidores, o, en su defecto, que la misma incorpora suficientes virtudes que favorecen la competitividad superando cualquier hipotética carga negativa que pueda caer sobre ellos.¹³⁹

Son muchos los fallos ajenos a la suprema Corte que pueden favorecer la comprobación del extremo descrito. Así, por ejemplo, solo por nombrar algunos asuntos adicionales en los que se ha utilizado el estándar social de protección al consumidor situándolo por encima de los vinculados con la eficiencia económica, el caso *Rebel Oil Co. v. Atlantic Richfield Co.*,¹⁴⁰ el popular caso *United States v. Microsoft Corp.*,¹⁴¹ en el cual el Tribunal de apelación del caso equiparó el concepto de efecto anticompetitivo con crear un menoscabo en la competencia propiamente dicha, así como también con perjudicar a los consumidores. De igual modo, el fallo *Federal Trade Commission v. H.J. Heinz Co.*,¹⁴² el caso *MetroNet Servs. Corp. v. Qwest Corp.*,¹⁴³ entre otros¹⁴⁴ que, como se manifestó, han dejado claro en el pa-

138 127 S. Ct. 1069, 1077, 1078 (2007).

139 Al respecto los comentarios de Robert LANDE, “The Rise and (Coming) Fall of Efficiency as the ruler of Antitrust”, en *The Antitrust Bulletin*, 33 (1988), p. 460.

140 51 F.3d 1421 (9th Cir. 1995), en el cual el fallador determinó que si bien una conducta que elimina rivales menoscaba la competencia, dicha reducción no pone en marcha la aplicación de las normas de libre competencia hasta tanto la conducta configure un riesgo para el bienestar de los consumidores.

141 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

142 246 F.3d (D.C. Cir. 2001).

143 383 F.3d 1124 (9th Cir. 2004).

144 *United States v. Long Island Jewish Medical Center* 983 F. Supp. 121 (E.D. New York, 1997), *Dr. Pepper/Seven-Up Cos. v. Federal Trade Commission*, 798 F. Supp. 762, 777 (D.D.C. 1992).

norama del *antitrust*, que la solución de asuntos de libre competencia en uso de argumentos afines a la eficiencia, es cada vez más un “espejismo” defendido por la Escuela de Chicago que apenas tiene cabida en la realidad de Estados Unidos.¹⁴⁵

En suma, tanto de la argumentación jurisprudencial como de las decisiones adoptadas por los jueces estadounidenses —al margen de las instancias o las cortes involucradas— es posible extraer una intención social inequívoca de la defensa de la competencia que se inclina cada vez con mayor fortaleza hacia la protección completa de los consumidores, erigiendo dicha meta como el propósito fundamental de la normativa *antitrust*. Si bien realizar análisis económicos relacionados con la afectación de los mercados, la productividad o la asignación eficiente de recursos, está también justificado en virtud de la protección concurrencial, tal parece que aquellos razonamientos solo resultan prioritarios cuando no se estén poniendo en riesgo intereses sociales. Prueba de ello son los fallos relacionados en este apartado, y algunos otros que, además de priorizar al consumidor, solo se han desmarcado de dicha dinámica para proteger a otros que igualmente se ven impactados por prácticas restrictivas o conductas similares, como son las pequeñas y medianas empresas.¹⁴⁶ La intención que muestran los precedentes está vinculada con proteger los grupos de interés más desfavorecidos en virtud de una práctica, y no con realizar análisis que hagan más eficiente el sistema de mercado. Dicha situación permite comprobar que la libre competencia en Estados Unidos ha tomado una dirección palmaria hacia la “socialización de sus intereses”, que aún no ha mostrado con claridad sus límites y su alcance.¹⁴⁷

4.2. Las prioridades de la protección ejercida por la jurisprudencia europea en materia de *antitrust* al margen del mercado único

De acuerdo con los comentarios realizados en apartados precedentes, en los cuales se expusieron de forma sucinta las condiciones excepcionales en torno a las cuales gira el derecho *antitrust* comunitario —marcado por una protección prioritaria del mercado único europeo—, y según la pluralidad de objetivos secundarios que

145 Así lo entiende Einer ELHAUGE, “Harvard, not Chicago: Which Antitrust School Drives Recent Supreme Court Decisions”, en *Competition Policy International*, 3 (2) (2007), pp. 1-15, quien analiza en su trabajo más de 40 fallos del máximo Tribunal Federal de Estados Unidos surgidos en los últimos veinte años, que siempre, sin excepciones, se sitúan del lado de los argumentos de la Escuela de Harvard, dejando de lado los razonamientos defendidos por la Escuela de Chicago.

146 Siempre y cuando los consumidores no se encuentren en peligro. Los fallos de relevancia al respecto, *Kartell v. Blue Shield of Massachusetts, Inc.*, 749 F.2d (1st Cir. 1984) que además de resultar esenciales por la protección de emprendedores que defiende, reafirma las concepciones de salvaguarda de los consumidores, en razón de la defensa que aborda, referida a la determinación de una conducta anticompetitiva por parte de los jueces, solo en aquellos casos en los cuales dicha actuación no perjudique a los particulares que acuden a los mercados. Relacionado también con la protección de pequeños y medianos empresarios, *Telecor Commc'ns, Inc. v. Sw. Bell Tel. Co.*, 305 F.3d (10th Cir. 2002); *Balmoral Cinema, Inc. v. Allied Artist Pictures Corp.*, 885 F.2d (6th Cir. 1989), y *Woods Exploration & Producing Co. v. Aluminum Co. of America*, 438 F.2d (5th Cir. 1971). Son importantes también los comentarios que se encuentran en John KIRKWOOD y Robert LANDE, “The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, not Increasing Efficiency”, *op. cit.*, pp. 233-236.

147 Ejemplo de dicha afirmación es el asunto previamente nombrado *United States v. Brown University* y otros. Nota al pie número 22. De igual forma relacionado, en virtud de los argumentos sociales adheridos, *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde* 466 U.S. 2 (1984).

acompañan aquella meta fundamental, es lógico que la dirección de la jurisprudencia europea con respecto a los objetivos de las normas de libre competencia no tenga un nivel de uniformidad similar al cultivado en Estados Unidos, donde las Cortes competentes, tal y como se expuso, han seguido especialmente los conceptos de la Escuela de Harvard.

Al haber tantos objetivos reconocidos por la doctrina, que han sido empleados de forma reiterada por las distintas instituciones europeas con capacidad para influenciar el tránsito y la aplicación de las normas *antitrust*,¹⁴⁸ las direcciones que ha emprendido el precedente en materia de libre competencia en la Comunidad son igualmente variadas. En virtud de esa dinámica, actualmente es posible encontrar en Europa defensas frontales a los propósitos sociales de la materia, así como también “custodias” de los objetivos económicos, haciendo profundamente difusa la senda jurisprudencial.

La Comisión Europea, por ejemplo, como eje de la política de competencia comunitaria,¹⁴⁹ en uso de sus facultades decisorias,¹⁵⁰ ha mostrado su predisposición a proteger a los consumidores, expresando en variadas ocasiones que el bienestar de estos últimos debe ser la prioridad de la protección adherida a las normas *antitrust*. Lo que contrasta con el criterio que ha mostrado tener el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en las decisiones que ha tomado sobre el tema, ya que le ha dado prioridad, además de al mercado único, a otros principios de importancia —más que todo de naturaleza económica— relacionados con la custodia de la estructura del mercado, la eficiencia asignativa y la competencia propiamente dicha, poniendo todos aquellos caracteres por encima de los objetivos netamente sociales vinculados a la defensa del consumidor.

Esas diferencias de concepto, si bien pueden llegar a ser inconvenientes en terreno europeo, también están justificadas en una modificación gradual de la concepción del sistema comunitario de defensa de la competencia, a la cual han cedido las

148 Así, por ejemplo, la Comisión Europea y su Dirección general de competencia, el Tribunal de Primera instancia y el Tribunal de justicia de las comunidades europeas. En otro nivel, pero generando igualmente influencia, la Red europea de autoridades de competencia conformada por las autoridades nacionales de competencia de los países miembros, toda vez que con sus decisiones igualmente crean precedentes a nivel comunitario.

149 Encargada de la formulación, implementación y orientación de la política de competencia europea gracias al sustento jurisprudencial que le aportan, a saber: sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Por ejemplo, de 28 de febrero de 1991, asunto C-234 de 1989, *Stergios Delimitis v. Henninger Bräu AG*, en <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61989J0234:EN:HTML>, apartados 44 y 47; de 18 de septiembre de 1992, asunto T-24/90, *Automec Srl v. La Comisión de las Comunidades Europeas*, en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61990A0024:ES:HTML>, apartado 73; y de 14 de diciembre de 2000, asunto C-344/98, apartado 47, en <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998J0344:ES:PDF>, apartado 73.

150 Acerca de dichas facultades, véase Jesús Alfonso SOTO PINEDA, *Vías de aplicación del Derecho de la competencia*, op. cit., pp. 160 y ss.; Luis Ángel BALLESTERO MOFFA, “La delimitación de las funciones normativa y administrativa en el orden comunitario, en particular la decisión”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 9 (2001), pp. 303-320; así como también, Wouter WILS, *Efficiency and European antitrust enforcement*, Portland, Hart Publishing, 2008, p. 29.

autoridades involucradas, en razón del dinamismo de la materia. En ese sentido, la Comisión Europea, adaptándose a los cambios de procedimiento que en virtud de la modernización del *antitrust*¹⁵¹ se han producido en el ámbito de la libre competencia —que a la larga han impulsado a los oficiales, agentes y funcionarios de la Comisión a realizar “reinterpretaciones” de las bases del *antitrust*— se ha centrado en el impacto social de la libre competencia y en la defensa de los consumidores, pues ha entendido que utilizando aquel estándar es posible garantizar una salvaguarda transversal de los mercados en todos aquellos casos en los cuales la unidad comunitaria no se encuentre en peligro.

La razón de ser de esta forma de proceder es, al parecer, que la Comisión ha comprendido que si bien los razonamientos económicos son importantes en la aplicación del derecho de la competencia en la Unión Europea, estos no proporcionan por sí solos una orientación adecuada sobre los objetivos normativos, ya que no se adaptan al actual marco de la Comunidad, a la “fragilidad” de los particulares, ni a los precedentes de mayor relevancia.

Como resultado de esa realidad, la Comisión ha venido defendiendo en sus resoluciones y en instrumentos jurídicos adicionales, el enfoque social de la normativa de libre competencia, entendiéndolo como una canalización precisa de los propósitos del *antitrust* y no, como algunos lo quieren hacer ver, como un cambio de perspectiva.¹⁵²

151 Los textos que conformaron el paquete de modernización que dio un vuelco a la interpretación y aplicación de las normas de libre competencia comunitarias está conformado por: el Reglamento 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del TCE; el Reglamento (CE) 773/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE; así como por un compendio de comunicaciones y directrices fechadas el día 27 de abril de 2004, publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea C101/05. Por ejemplo, la comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (p. 43); la comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE (p. 54); la comunicación de la Comisión relativa a las orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los artículos 81 y 82 del Tratado CE que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación) (p. 78); la comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículos 81 y 82 del Tratado CE (p. 65); las directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (p. 81), y las directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (p. 97).

152 Prueba de ello es que la Comisión Europea, desde sus primeros pronunciamientos, defendió la disposición de la protección al consumidor como objetivo de la defensa de la libre competencia en la comunidad. Así por ejemplo, deben ser reseñados: COMISIÓN EUROPEA, *I Report in Competition Policy* del año 1971, en http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/ar_1971_en.pdf, p. 12, en el cual la máxima autoridad de competencia europea manifestó, que tanto en el nivel comunitario como en el nacional, las autoridades debían velar por que la política de competencia favoreciese el uso productivo de recursos con miras a generar un beneficio general en la economía y un beneficio particular en los consumidores. Traducido no en el incremento de bienes o servicios para poner a disposición de estos últimos, sino, especialmente, en la puesta en marcha de acciones que permitiesen trasladar a los particulares una información de consumo cada vez más completa. De igual forma, en el mismo sentido, COMISIÓN EUROPEA, *VI Report on Competition Policy* del año 1976, en http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/ar_1976_en.pdf, p. 9, en el cual la Comisión refrendó su óptica, al manifestar como imperativo garantizar el tránsito empresarial por las lindes competitivas, como medio para garantizar la adquisición de bienes y servicios por parte de los consumidores, en los términos de mayor favorabilidad posibles para los particulares.

Así pues, son muy reveladores, por ejemplo, los comentarios realizados por la máxima autoridad de competencia europea en el *discussion paper* acerca de la aplicación del artículo 102 del TFUE, en el cual queda claro que para la Comisión la principal preocupación en materia de competencia es generar una protección efectiva de los consumidores, que además de trasladar a un segundo plano las preocupaciones referentes a la eficiencia económica, impida que se susciten transferencias “improcedentes” de riqueza de los particulares hacia las compañías con mayor poder de mercado.¹⁵³ Concepción que la autoridad refrendó posteriormente también en la Comunicación de Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes,¹⁵⁴ donde continuó otorgando protagonismo a los consumidores, al manifestar que son estos últimos, y no otros, quienes suelen padecer los efectos lesivos que puedan surgir de las conductas de las empresas dominantes, haciéndose merecedores, según su óptica, de una defensa excepcional de los derechos que en su favor están adheridos a las normas de libre competencia comunitarias.

Además de los mencionados documentos, la Comisión Europea ha reforzado su posición en sendas decisiones.¹⁵⁵ Verbigracia, el caso General Electric/Honeywell,¹⁵⁶ en el cual la autoridad —dejando de lado argumentos económicos “proeficiencia”— prefirió defender los intereses de los consumidores “censurando” una operación de concentración, al interpretar que la misma configuraba un medio idóneo para perjudicar a los particulares en el mediano y corto plazo. De igual forma, y con el ánimo de nombrar algunos de los casos de mayor connotación mediática, el compromiso aceptado a Microsoft¹⁵⁷ en defensa frontal de los intereses de los consumidores priorizando los efectos por generar en los particulares, y el caso Google,¹⁵⁸ decidido de forma definitiva en el mes de febrero de 2014, que acepta compromisos adquiridos por la empresa mencionada, tanto para estabilizar el ecosistema competitivo como para favorecer a los consumidores.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como ya se manifestó, ha tenido una opinión distinta y ha trabajado principalmente con el estándar de

153 COMISIÓN EUROPEA, *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Bruselas, diciembre de 2005, en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>. De acuerdo con los comentarios realizados en el cuerpo del texto, se recomienda la lectura de los apartados 4, 17 y 18 del documento. De igual forma, los comentarios también realizados por la máxima autoridad comunitaria de competencia en la *Comunicación de la comisión: directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 (101) del Tratado*, apartado 13 en el cual se prioriza como finalidad de la normativa de libre competencia la defensa del bienestar de los consumidores.

154 Comunicación de la Comisión, de 24 de febrero de 2009, publicada en el *Diario Oficial* C45/7 (2009/C 45/02), en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:ES:PDF>. Apartado 19.

155 También apoyadas por la doctrina más relevante. Debe ser resaltada la labor de Claus-Dieter EHLERMANN e Isabela ATANASIU, *European Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EC Antitrust*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 359.

156 Caso COMP/M.2220, de 3 de julio de 2001. El documento se encuentra disponible para consulta en: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2220_en.pdf.

157 Decisión de la Comisión Europea, de 16 de diciembre de 2009, COMP/C-3/39.530.

158 COMP/AT. 39740, de 30 de noviembre de 2010, en http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result&policy_area_id=1,2,3&case_title=google

protección del mercado único como prioridad, incluso en aquellos casos en los cuales la conducta anticompetitiva no comporte *per se* un riesgo real a la unidad comunitaria.

Prueba de ello son un grupo de fallos de relevancia del mencionado Tribunal que, girando en torno a la salvaguarda del mercado plural europeo, sentaron las bases que en el pasado reciente ha continuado defendiendo la mencionada Corte. Así por ejemplo, el caso *República Italiana v. El Consejo y la Comisión de la Comunidad Económica Europea*,¹⁵⁹ en el cual se defendió que impedir falseamientos en el ecosistema competitivo estaba justificado principalmente en el amparo de la unidad de mercado; el caso *Nv International Fruit Company y Otros v. La Comisión de las Comunidades Europeas* que refrendó la salvaguarda enunciada;¹⁶⁰ el caso *Eco Swiss China Time v. Benetton International NV*,¹⁶¹ en el cual se expuso que la normativa de libre competencia configuraba un elemento esencial para el funcionamiento del mercado único; así como también el fallo *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. v. La Comisión de las Comunidades Europeas*.¹⁶²

Como resultado de la mencionada jurisprudencia, posteriormente, en el caso *GlaxoSmithKline Services Unlimited v. La Comisión de las Comunidades Europeas*,¹⁶³ el Tribunal de Justicia continuó defendiendo la protección prioritaria de la unidad de mercado europea, desvirtuando así la concepción de la Comisión referida a entender la defensa de los consumidores como objetivo primordial del *antitrust*. De ahí que en las consideraciones del caso, la Corte defendiera que no le era posible extraer del articulado de referencia del TFUE o de la jurisprudencia ningún apartado que comprobara que una práctica restrictiva solo podría ser considerada anticompetitiva, una vez despojara a los consumidores finales de las ventajas características de la competencia efectiva.

-
- 159 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 13 de julio de 1966, asunto 32/65, en la cual, en el apartado referente al fallo puede leerse: "Considerando que, al establecer las normas sobre la competencia aplicables a las empresas en la Tercera Parte del Tratado, consagrada a la 'Política de la Comunidad', la finalidad del artículo 85 es aplicar los objetivos de la 'acción de la Comunidad' que se indican en el artículo 3, especialmente, 'el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada', y ello a fin de conseguir 'el establecimiento de un mercado común', que constituye uno de los objetivos fundamentales recogidos en el artículo 2; que, por consiguiente, el artículo 85 en su integridad debe ser situado en el contexto de las disposiciones del Preámbulo del Tratado que lo aclaran y, en particular, de aquellas relativas a 'la eliminación de las barreras' y a la 'competencia leal', necesarias para alcanzar la unidad del mercado", en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61965CJ0032:ES:PDF>
- 160 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 13 de mayo de 1971, asuntos acumulados del 41/70 al 44/70, apartados 31, 35, 40, 55, 64 y 69, en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61970CJ0041:ES:PDF>.
- 161 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 1 de junio de 1999, asunto C-126/1997, apartado 36, en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997J0126:EN:HTML>.
- 162 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 21 de febrero de 1973, asunto 6/1972, apartados 18, 19, 20, 23, 25, 28 y 30, en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61972CJ0006:ES:PDF>
- 163 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 6 de octubre de 2009, asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, apartados 61, 62 y 63, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=77866&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=16412>

De acuerdo con los argumentos del Tribunal de Justicia en el mencionado fallo, las normas de competencia europeas no están dirigidas a proteger en exclusiva los intereses directos de los competidores o consumidores, sino, por el contrario, a defender caracteres “proeficiencia” como la estructura del mercado y la competencia propiamente dicha. La interpretación de la Corte, en ese sentido, ha sido, principalmente, que amparados por la salvaguarda del mercado único y en uso de argumentos económicos, de forma transversal se ven beneficiados todos los agentes mencionados.¹⁶⁴

No obstante, a pesar de que hasta cierto punto los fallos mencionados demuestran —de la mano de otro grupo de sentencias que han seguido aquella doctrina—¹⁶⁵ cuál ha sido la postura predominante del Tribunal de Justicia en lo referido a los objetivos del *antitrust*, también debe resaltarse que en algunas oportunidades la posición de aquel Tribunal se ha desligado de esa defensa exclusiva de la unidad comunitaria y se ha dirigido hacia la protección de los consumidores, demostrando que en algunos casos en los que el mercado único no ha formado parte del debate, la Corte ha preferido, así sea de forma somera y sin desprestigiar los argumentos económicos, centrarse en mitigar el impacto que deben soportar los particulares en virtud de una conducta anticompetitiva.

Así por ejemplo, es posible enunciar el caso *Dow Chemical Iberica S.A. y otros v. La Comisión*,¹⁶⁶ en el cual la Corte dejó claro —en contradicción de otros de sus fallos— que la función de las normas de libre competencia era evitar cualquier distorsión competitiva que pudiese ir en detrimento del interés público, las empresas singulares y los consumidores. Lo que se une de forma inequívoca con lo defendido por el mismo Tribunal en el caso *Orkem S.A. v. La Comisión de las Comunidades Europeas*, que le otorgó protagonismo a los consumidores y al interés general en el marco de protección de la normativa de referencia,¹⁶⁷ así como también en la sentencia *Hoechst A. G. v. La Comisión de las Comunidades Europeas*,¹⁶⁸ el caso

164 *Ibid.*, apartado 63: “la comprobación de que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia no puede estar supeditada a que los consumidores finales se vean privados de las ventajas de una competencia efectiva en términos de términos de abastecimiento o de precios”. Igualmente relevante el fallo *T-Mobile Netherlands BV y otros v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, de 4 de junio de 2009, asunto C-8/08. Apartados 38 y 39.

165 Las que sentaron las bases, a saber: la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 13 de julio de 1966, *Établissements Consten S.à.R.L. y Grundig-Verkaufs-GmbH v. la Comisión de la Comunidad Económica Europea*. Asuntos acumulados 56 y 58/64. También, del mismo Tribunal, de 13 de julio de 1966, *Italy v. el Consejo y la Comisión*. Asunto 32/65.

166 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 17 de octubre de 1989, asuntos acumulados 97/87, 98/87 y 99/87, apartado 22, en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61987J0097:EN:HTML>.

167 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 18 de octubre de 1989, asunto 374/87, apartado 19, en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61987CJ0374:ES:PDF>

168 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 21 de septiembre de 1989, asuntos acumulados 46/87 y 227/88, apartado 25, en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61987CJ0046:ES:PDF>

Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet,¹⁶⁹ la sentencia van den Bergh Foods Ltda. v. La Comisión de las Comunidades Europeas,¹⁷⁰ o el caso National Panasonic v. La Comisión de las Comunidades Europeas,¹⁷¹ en el cual se planteó como función prioritaria de la normativa en estudio, nuevamente, prevenir distorsiones competitivas que menoscabasen al interés público, a las empresas, y, especialmente a los consumidores. Siendo igualmente relevantes otro grupo de fallos anexos, que antes o después defendieron la misma óptica.

En ese sentido, da la impresión, una vez expuestas las preferencias de la Comisión y el Tribunal de Justicia en lo referente al tema de los propósitos del *antitrust*, que a pesar de que cada autoridad toma sus decisiones normalmente en uso de la predilección social o económica que le representa, en algunas ocasiones los razonamientos de ambas instituciones han coincidido, otorgándole prioridad a la salvaguarda de los consumidores y al interés público.

Superada cualquier preocupación vinculada con la unidad de mercado europea, en la Comunidad —de acuerdo con los precedentes— parece poder otorgársele prioridad a los objetivos sociales, o a los económicos. Proteger preferentemente a los consumidores no es entonces una desfachatez, pues, por el contrario, si ese ha sido el objetivo favorito de la Comisión Europea como máxima autoridad de competencia comunitaria, ¿por qué no puede pensarse en que se esté tornando en la meta fundamental del *antitrust* europeo tras el mercado único? El Tribunal de Justicia en varios de sus fallos permite extraer esa conclusión, pues siendo ambiguo, ha manifestado de forma reiterada que favorecer a los consumidores es una parte esencial de la libre competencia.

De cualquier modo, al existir tantas diferencias de importancia entre las concepciones de las dos instituciones europeas de mayor influencia en el tema —que se hacen más profundas al existir también diversidad en la protección ejercida al interior del Tribunal de Justicia—, resulta lógico que la respuesta a la pregunta que se formuló previamente en este documento, referente a cuál es la meta primordial del *antitrust* en Europa en aquellos casos en los cuales no esté de por medio la defensa imperativa del mercado único, sino la pugna entre eficiencia económica y protección al consumidor, sea completamente difusa. Tanto la autoridad encargada de un caso como el momento histórico y la interpretación de precedentes alteran la preeminencia que le dan las instituciones al mismo. Aunque, de la mano de la jurisprudencia y los instrumentos jurídicos de relevancia, tal y como se expuso, parezca ser que la defensa de los consumidores tenga un lugar especial, pues ha

169 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 27 de marzo de 2012, asunto C-209/10, apartado 20, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=121061&pageIndex=0&doclang=ES&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=49655>

170 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 23 de octubre de 2003, asunto T-65/98, apartado 170, en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998A0065:EN:PDF>

171 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 26 de junio de 1980, asunto 136/79, apartado 20, en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997J0126:EN:HTML>

sido en virtud de aquella salvaguarda que las instituciones europeas analizadas han coincidido en sus apreciaciones.

4.3. La afinidad social de la jurisprudencia de libre competencia en Colombia

Previamente en este trabajo, en el apartado referente a la disposición legal de los objetivos de las normas de protección de la competencia en Colombia, se concluyó que el catálogo de propósitos de la materia en el mencionado país era claramente multidisciplinar, acercándose a la posición defendida en la Unión Europea. De ahí que emprender una salvaguarda de elementos heterogéneos como los sociales o económicos en el marco de un supuesto de hecho particular vinculado con el *anti-trust* estuviese más que justificado; ya que el marco de acción puesto a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio no plantea límites en ese sentido, sino que, por el contrario, “arenga” una protección en tres bandas dispuesta en favor de las empresas, los consumidores y la eficiencia económica.

Dicha dinámica de protección de intereses variados le permite a la autoridad de competencia en Colombia establecer de forma continua prioridades acerca del rumbo de las prácticas restrictivas. Siendo aquella la razón por la cual no es extraño hallar decisiones en las cuales la Superintendencia mencionada haya favorecido la eficiencia económica cuando la conducta involucrada no afectase a los consumidores; así como tampoco encontrar resoluciones en las cuales haya defendido el interés de los consumidores cuando la actuación investigada no generase ineficiencias.

Al no existir conflicto entre la eficiencia económica y la dimensión social de la defensa de la competencia (especialmente la protección de los consumidores), lo común es que la Superintendencia falle de acuerdo con las condiciones del caso identificando los impactos negativos en la competencia propiamente dicha o en los particulares, “preservando” el bien jurídico que se encuentre en mayor riesgo.

Pero, y ¿qué sucede cuando sean incompatibles?; cuando, por ejemplo, una conducta eficiente impacte negativamente en los consumidores perjudicándolos, o cuando una actuación de mercado ineficiente favorezca a los consumidores por medio de una bajada de precios, un incremento en la calidad de los productos, etc. ¿Qué impulsa a la autoridad de competencia en Colombia a investigar y sancionar empresas que ejercen prácticas restrictivas?, ¿un mercado ineficiente?, o ¿un menoscabo causado a los consumidores en virtud de un comportamiento empresarial?, ¿a qué le otorga prelación la Superintendencia de Industria y Comercio?, ¿cuál es la prioridad de las normas de libre competencia en Colombia según la perspectiva de la Corte Constitucional? Aparentemente, de acuerdo con las decisiones de ambas “corporaciones”, la social, vinculada con defender a los consumidores.

Como puede observarse en algunos pronunciamientos de relevancia de la Corte Constitucional, siempre que ha tenido la oportunidad ha destacado la razón so-

cial de la normativa de libre competencia. Por ejemplo, en la sentencia C-815 de 2001,¹⁷² que al promover como parte esencial de la actividad competitiva el lucro empresarial, defendió también que aquel beneficio privado debía estar siempre acompañado de la generación de beneficios para el consumidor de bienes y servicios, traducidos en una mejor calidad de los bienes y los servicios, en mayores garantías, así como también en un precio real y justo.

De acuerdo con la perspectiva de la Corte en el mencionado caso, la libre competencia debe ser considerada, siempre y sin matices, un instrumento idóneo con el cual combatir las desigualdades sociales, toda vez que el ejercicio arbitrario de las libertades económicas —teniendo capacidad de generar impactos negativos en los particulares— justifica la salvaguarda.¹⁷³ Concepción que la alta Corte mantuvo en otras de sus sentencias. Particularmente, en la sentencia C-369 de 2002,¹⁷⁴ en la cual resaltó de nuevo la intencionalidad social que debía ser intrínseca a las normas de competencia, así como también la importancia de proteger al consumidor por medio de ese grupo normativo.

Son igualmente importantes otros de sus pronunciamientos, como el de la sentencia C-992 de 2006,¹⁷⁵ en la cual la Corte defendió el sentido plural de los propósitos de la política de competencia y la política económica al completo, dándole un papel principal a su función social. En ese sentido, la Corte manifestó en la mencionada sentencia que el Estado, por intermedio de sus instituciones, en uso de los objetivos de cada una de las políticas mencionadas, se plantea prioridades de acuerdo al caso concreto y a las necesidades propias de la sociedad, pudiendo entonces, con el mismo alcance, “favorecer la industrialización de una determinada región; [...] desestimular ciertas iniciativas y empresas (al generar impactos económicos o sociales). [...] establecer políticas de estímulo”, etc.

La óptica del alto Tribunal en esa dirección, posteriormente refrendada en la sentencia C-432 de 2010,¹⁷⁶ demuestra que según su doctrina, resulta fundamental

172 Corte Constitucional, sentencia C-815, de 2 de agosto de 2001, demanda de inconstitucionalidad contra el literal b) del artículo 11 de la Ley 555 de febrero de 2000. M. P. Rodrigo Escobar Gil. Consideraciones de la Corte: apartado 3.3, en http://avancejuridico.sic.gov.co/sic/docs/sc815_01.htm

173 Máxime cuando se une a la función social que en Colombia le impone la Constitución Política a la “empresa”, en virtud de la cual la unidad económica o de producción tiene a su cargo el cumplimiento de ciertas obligaciones de generación de beneficio colectivo. Sobre aquella función social, algunas sentencias de la Corte Constitucional que han desarrollado el tema a profundidad, a saber: la sentencia T-14 de 1994, el fallo T-375 de 1997, el asunto C-263 de 2011, así como también la decisión C-620 de 2012.

174 Revisión constitucional del “Cuarto Protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios con la lista de compromisos específicos de Colombia anexa”, hecho en Ginebra el 15 de abril de 1997, y de la Ley 671 del 30 de julio de 2001, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo. M. P. Eduardo Montealegre Lynett, 14 de mayo de 2002. Consideraciones de la Corte: apartado 23, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-369-02.htm>

175 Corte Constitucional, sentencia C-992 de 2006: demanda de inconstitucionalidad contra las expresiones “entidades públicas” que hacen parte del literal e) del artículo 4 —modificado por el Decreto Ley 2180 de 1984—, y los artículos 27 y 28 del Decreto Ley 2344 de 1971, “Por el cual se reorganiza el Servicio Aéreo a Territorios Nacionales Satena”. M. P. Álvaro Tafur Galvis, 29 de noviembre de 2006. Consideraciones de la Corte: apartado 5.3.4.1, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-992-06.htm>

176 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 86 de la Ley 1328 de 2009, “Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”. M. P.

aplicar la política de competencia otorgándole protección especial a la perspectiva social de la materia y, por consiguiente, a los consumidores, siempre y cuando no se dejen de lado las prioridades de naturaleza económica, también esenciales en la estructura estatal, en aquellos casos en los que no se estén generando, o sean susceptibles de generarse, menoscabos en los particulares. Siendo aquella la razón por la cual en las normas de protección de la competencia en Colombia los fines de la materia se adaptan tanto a los conceptos esgrimidos por la Escuela de Chicago, como también a los de la Escuela de Harvard.

Circunstancia que también puede percibirse, naturalmente, en las resoluciones y los pronunciamientos de la Superintendencia de Industria y Comercio, que al exponer las condiciones de la política de competencia a su cargo, y sin desconocer los aspectos económicos, ha manifestado dar preferencia al interés general —por lo tanto social— vinculado con favorecer a los consumidores, ya que en escrito remitido a la OCDE y el BID —en el marco del estudio que sobre la política de competencia en Colombia llevaron a cabo las dos instituciones— manifestó que los consumidores conforman una colectividad digna de un nivel de consideración mayor que la colectividad de empresas.¹⁷⁷

Criterios aquellos ratificados por la autoridad al manifestar en el mismo documento, también, que los propósitos “multidisciplinares” adheridos a las normas *antitrust* en Colombia deben ser protegidos de manera equitativa y proporcionada a su incidencia dentro de la gran finalidad de la libre competencia: el interés general.¹⁷⁸

La Superintendencia, gracias al mencionado pronunciamiento y a otros que siguen la misma línea, ha dejado clara su “doctrina probable” y ha puesto el interés general, estrechamente relacionado con favorecer a los consumidores, por encima de los argumentos económicos “proeficiencia”, a pesar de que ellos también estén incluidos como objetivos en las normas. De ahí que pueda pensarse que de presentarse una conducta empresarial generadora de grandes eficiencias económicas y, a su vez, de grandes perjuicios a los consumidores, aquella no pueda ser avalada por la autoridad, ya que esta última ha mostrado tener una clara inclinación a tutelar los propósitos que menores perjuicios caucen a la generalidad.¹⁷⁹

En algunas de sus resoluciones es posible percibir esa defensa prioritaria del interés general, surgida de la conciencia de la dimensión social de la protección de la libre competencia. Por ejemplo, en el relevante caso Claro: irregularidades en

Humberto Antonio Sierra Porto, 2 de junio de 2010. Consideraciones de la Corte: apartado 7.3.1, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-432-10.htm>

177 Información ofrecida por escrito por la Superintendencia, en razón del documento OCDE y BID, *Derecho y política de la competencia en Colombia: Examen inter-pares*, 2009, p. 18, nota al pie número 22 del documento.

178 *Ibid.*, nota al pie número 23 del documento.

179 Que la Superintendencia de Industria y Comercio parece entender mejor representada en los consumidores que en la eficiencia, tal vez porque alberga dudas acerca de lo defendido por los sectores economicistas de la doctrina, que insisten en manifestar que la persecución de un sistema competitivo eficiente, de forma transversal, puede eliminar cualquier presunto menoscabo que deban soportar los consumidores.

la portabilidad numérica móvil,¹⁸⁰ donde los argumentos económicos relacionados con la eficiencia económica si bien también están presentes, pasan a un segundo plano, pues la autoridad le dio prioridad a los efectos que causaban en los particulares en virtud de un comportamiento inmoderado de una importante empresa de telefonía celular. No resulta sencillo, tras leer la mencionada decisión, percibir una transposición de los propósitos economicistas de eficiencia defendidos por la Escuela de Chicago, ya que la autoridad concentró sus esfuerzos especialmente en defender nociones de “protección colectiva” estrechamente relacionadas con la argumentación de la Escuela de Harvard, haciendo difícil al lector trazar una línea clara entre los argumentos vinculados con proteger la competencia y aquellos dirigidos a defender al consumidor.

En la resolución mencionada, la Superintendencia, por intermedio de su previa investigación y sanción, favoreció la situación de otras compañías que se estaban viendo limitadas en virtud de la posición dominante de la empresa Claro. Aunque, al parecer, lo que verdaderamente impulsó a la autoridad a ejercer ese amparo, no fue la deformidad del ecosistema competitivo propiamente dicho, sino, como se dijo, defender a los consumidores que debido al comportamiento abusivo de una empresa con gran poder de mercado, estaban siendo desprovistos de su capacidad de elección.

Circunstancia que puede percibirse en otras decisiones de la Superintendencia, en las cuales el impulso de la investigación y de la resolución del caso fue salvaguardar a consumidores “constreñidos” por una o varias empresas en virtud de una práctica restrictiva, y no crear un mercado más eficiente. Y es que a pesar de que de forma transversal el mercado se estabilice y venza el comportamiento *contralegem* de las empresas involucradas, no es la intención que deja entrever la autoridad en los casos a su cargo, por lo cual no puede defenderse que el propósito principal del *antitrust* en Colombia sea el económico “proeficiencia”, ya que gracias a los precedentes, ahora con mayor claridad, ese papel está reservado a la protección de los consumidores, al haberse comprobado que conductas eficientes que menoscaben sus intereses, siempre deben ceder ante la protección de estos últimos y del interés general.

En ese sentido, para reforzar esa óptica, puede resaltarse, por ejemplo, el aporte que ha significado el caso Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral (Acemi),¹⁸¹ en virtud del cual la Superintendencia sancionó a varias entidades promotoras de salud al haber realizado un acuerdo anticompetitivo dirigido a unificar la cobertura de salud que debían suministrar a los usuarios, negando

180 Resolución 53403, de 3 de septiembre de 2013. Radicación: 11-137485.

181 Que responde a un compendio de resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, a saber: la Resolución 10958 de 6 de marzo de 2009, de apertura de investigación a las entidades promotoras de salud (EPS) en relación con las autorizaciones y negaciones de servicios de salud a los usuarios; la Resolución 46111, de 30 de agosto de 2011, de imposición de sanciones a las EPS en virtud a la realización de acuerdos anticompetitivos de no cobertura de diversos servicios de salud, así como también la Resolución 65116, de 21 de noviembre de 2011, por medio de la cual se resolvieron los recursos de reposición de las EPS investigadas, integrantes de Acemi.

de forma sistemática y concertada a los consumidores muchos de los servicios de salud incluidos en el plan obligatorio de salud (POS).

En aquel asunto, la Superintendencia de Industria y Comercio puso en marcha su engranaje debido a un comportamiento empresarial que afectaba de forma frontal a los consumidores y que desestabilizaba el interés general al involucrar un servicio como el de salud, relacionado con derechos fundamentales protegidos por la Constitución Política. La defensa ejercida por la autoridad en este caso, combinó nuevamente la protección de la competencia con la defensa de los consumidores haciendo difícil deslindar los argumentos de una u otra salvaguarda, o hallar razonamientos económicos dirigidos a potenciar la eficiencia.

Como también puede interpretarse, sucedió en los casos contra el grupo Nule, por participación en acuerdos colusorios en procesos de contratación pública relacionados con la adjudicación de contratos ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), referidos a la operación de las plantas de producción de bienestarina¹⁸² y a la “gestión” de aspectos varios de los hogares¹⁸³ de la mencionada institución. Si bien en estos dos casos, al igual que en los enunciados previamente, la estabilización del ecosistema competitivo fue el instrumento de protección de los intereses generales, fueron bienes jurídicos sensibles vinculados con la opinión pública y con los consumidores o usuarios,¹⁸⁴ ajenos en su mayoría a razonamientos de eficiencia económica, los que sirvieron de impulso y de motor a la actuación de la Superintendencia.¹⁸⁵

Gracias a decisiones como aquellas, resulta más sencillo comprobar que la actuación ordinaria y común de la Superintendencia se dirige a proteger a los consumidores, incluso por medio de las decisiones de protección de la competencia. Los móviles de la autoridad para investigar y sancionar una conducta, las consideraciones adheridas a sus pronunciamientos en uso de una argumentación de corte

182 Resolución 54693, de 16 de septiembre de 2013 y Resolución 68972, de 25 de noviembre de 2013, en respuesta al recurso de reposición presentado en virtud de la primera.

183 Resolución 54695, de 16 de septiembre de 2013 y Resolución 68967, de 25 de noviembre de 2013, en respuesta al recurso de reposición presentado en virtud de la primera.

184 Al estar relacionado con la colusión en concursos y licitaciones, el tema es de especial sensibilidad, en parte, porque los recursos que pueden ser asignados a una empresa elegida gracias a una dinámica restrictiva, son de naturaleza colectiva; por tanto, susceptibles de generar un impacto social de importancia con capacidad para afectar a los consumidores. En ese sentido, al margen de que en Colombia existan regímenes que disciplinan la actividad que envuelve los recursos públicos, así como también instituciones que cumplen una función similar, como la Agencia Nacional de Contratación Pública, la realidad es que la Superintendencia de Industria y Comercio debe valorar ese extremo en los asuntos a su cargo e incluirlo en la argumentación, como efectivamente ha sucedido en los casos enunciados. Sobre la excepcionalidad de los pactos anticompetitivos en los procesos de contratación pública, fortaleciendo la óptica mencionada, véase Emilio José ARCHILA PENALOSA y Camilo PABÓN ALMANZA, “Colusión en licitaciones y concursos: el caso paradigmático para las entidades públicas”, en *Con-texto: Revista de Derecho y Economía*, 38 (2012), p. 23. Siendo de relevancia igualmente los comentarios que pueden hallarse en Camilo OSSA, “Tratamiento de la colusión en la contratación pública: una visión del caso colombiano en derecho comparado”, *Documento de trabajo*, 2013, pp. 1-29, en http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=camilo_ossa

185 Al relacionar la alimentación de menores desprotegidos y la alimentación como principio fundamental vinculado con los derechos humanos.

social “proconsumo” y la valoración habitual del impacto de sus resoluciones en los consumidores, permiten confirmar una propensión social de defensa general de los consumidores de la entidad.

Extremo que también puede comprobarse en otras de las resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio. Como en el caso relacionado con el contrato de suministro de abarrotes al Instituto para la Protección de la Niñez y la Juventud (Idipron),¹⁸⁶ en el que los móviles fueron claramente sociales y las argumentaciones tomaron firmemente en cuenta la protección del grupo de consumidores involucrado con el caso.

Es evidente, a partir de las decisiones enunciadas en este apartado, que los niveles de claridad entre la jurisprudencia europea, estadounidense o colombiana en la búsqueda del nexo claro entre la defensa de la competencia y el objetivo protección al consumidor son dispares. En Colombia, existe un listado plural de objetivos de distinta índole que justifica tanto la perspectiva social como la económica en el marco de un proceso, por lo que estimar que los consumidores son epicentro inequívoco de la protección concurrencial sin esperar opiniones contrarias, es ilusorio.

Aun así, de la mano del presente documento, se hace aquella afirmación por entender que si bien en Colombia la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Superintendencia de Industria y Comercio puede tomar la dirección económica o social, la realidad es que cuando una conducta eficiente perjudica a los consumidores o una conducta ineficiente beneficia a los consumidores, las mencionadas entidades prefieren fallar en favor de estos, vetando la conducta eficiente en el primer evento, o consintiendo la del segundo caso en virtud del impacto positivo en los particulares.

En ese sentido, con base en el recorrido de los precedentes, no es descabellado tampoco en este caso, tal y como sucedió en el europeo, afirmar que el objetivo primigenio de la defensa de la competencia en Colombia sea la protección de los consumidores.¹⁸⁷ De hecho, en el caso del país suramericano es más claro que en Europa donde la protección del mercado único se erige como propósito principal que desplaza a la protección al consumidor a un segundo escalón. Las decisiones de las autoridades que mayor incidencia tienen en el tema en Colombia permiten argumentar en favor de esa percepción, ya que de ellas se extrae que no existe finalidad última de las normas de libre competencia que haya logrado un mayor

186 Resolución 53914, de 9 de septiembre de 2013.

187 Situación que entrelaza la hipótesis defendida y el principio de doctrina probable en lo que a defensa de la libre competencia se refiere. Unión de razonamientos que determina la obligatoriedad que rodea, en cuanto al análisis y atención de los precedentes en el marco de decisión de un asunto particular, la tarea de las autoridades administrativas o judiciales competentes para referirse a asuntos concurrenciales. El desarrollo del principio de doctrina probable en la defensa de la libre competencia en Colombia, puede encontrarse en la sentencia C-537 de 2010 de la Corte Constitucional colombiana.

consenso entre la Corte Constitucional y la Superintendencia de Industria y Comercio, que la de beneficiar al consumidor.¹⁸⁸

5. CONCLUSIONES

La defensa de la competencia suele estructurarse con el objetivo de darle cumplimiento a propósitos económicos y sociales, compatibles entre sí, y no con la finalidad de satisfacer, de forma exclusiva, derroteros asociados a una de aquellas vertientes.

El razonamiento defendido por la Escuela de Chicago, con base en el cual la protección del consumidor no es siquiera un objetivo de la defensa de la competencia, es un argumento errado en la mayoría de sistemas alrededor del globo, y en específico en los tres sistemas evaluados en este artículo, tal y como la ley y la jurisprudencia de aquellos emplazamientos ha permitido comprobar.

La defensa de la competencia tiene un impacto social de importancia que influencia el debate acerca de los objetivos de las normas *antitrust* y que justifica la inclusión de la protección al consumidor como propósito de la materia.

La eficiencia económica, si bien está presente —taxativa o tácitamente— como propósito de las normas de libre competencia en todos los ordenamientos analizados, en la práctica —de acuerdo con la jurisprudencia— tiene un alcance reducido limitado a las conductas que no pongan en riesgo el bienestar general y de los consumidores.

En Estados Unidos, el propósito inequívoco de las normas *antitrust*, de acuerdo con la disposición legal imperante, y más allá del poderío doctrinal de los conceptos economicistas, es la protección de los consumidores.

La jurisprudencia estadounidense, sin excepción, se ha inclinado a defender, en uso de las normas de libre competencia, los intereses del consumidor, relegando a un segundo plano los argumentos de eficiencia, solo aplicables en aquellos casos en los cuales la conducta anticompetitiva carezca de capacidad para impactar negativamente en los consumidores.

En Europa, el propósito principal de las normas de libre competencia es fortalecer y salvaguardar el mercado único europeo. Tras dicha defensa, el objetivo de mayor importancia es la protección al consumidor, toda vez que la Comisión Europea, como máxima autoridad de competencia comunitaria, ha priorizado amparar los

188 Al respecto, los comentarios de Alfonso MIRANDA LONDOÑO y Juan David GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, “Fundamentos económicos del Derecho de la competencia: los beneficios del monopolio *v.* los beneficios de la competencia”, *op. cit.*, p. 333; que pueden convertirse en argumento de esa óptica seguida por la defensa de la competencia en Colombia priorizando a los consumidores: “se puede afirmar que la finalidad última de las normas de libre competencia es el beneficio del consumidor. En efecto, se espera que la aplicación activa de la política de competencia permitirá a los consumidores acceder a una mayor cantidad y variedad de bienes y servicios de mejor calidad y a un mejor precio”.

intereses de los consumidores en aquellos casos en los que la unidad de mercado comunitaria no se encuentre en peligro. Prioridad que se ha extendido al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que a pesar de su ambigüedad, ha mostrado también su predilección por defender a los consumidores por encima de la eficiencia asignativa y la competitividad, cuando no existe riesgo alguno para el mercado plural.

En Colombia, las normas de protección de la competencia incorporan un listado de objetivos “multidisciplinar”, en virtud del cual el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica, junto a la libre participación de las empresas en el mercado, son propósitos igualitarios de la materia. Lo anterior genera que la baraja de posibilidades de la Superintendencia de Industria y Comercio, como máxima autoridad de competencia en el país, sea extensa, pudiendo priorizar aspectos sociales o económicos en el marco de un proceso.

De las decisiones de la Superintendencia de Industria y comercio y de los fallos de la Corte Constitucional colombiana, se extrae una propensión del sistema a salvaguardar por medio de las normas de competencia los intereses de los consumidores, siempre que se encuentren en disputa con la eficiencia económica. La importancia que le ha dado la Corte Constitucional a los argumentos de defensa del consumidor, así como: i) las motivaciones que despliegan el engranaje de la autoridad de competencia colombiana, ii) los argumentos que incorporan esta última a sus resoluciones y iii) las decisiones que toma en beneficio del interés general, comprueban que los argumentos económicos son parte importante del avance doctrinal pero no del avance en materia de precedentes.

El objetivo fundamental y último de las normas de libre competencia es ejercer una defensa efectiva de los consumidores, toda vez que al dejar de lado intereses económicos particulares como el mercado único en Europa, todos los sistemas estudiados y otros tantos, priorizan proteger los intereses de los consumidores, antes que favorecer un ecosistema competitivo eficiente.

BIBLIOGRAFÍA

- AKMAN, Pinar, “Consumer Welfare and article 102 EC: Practice and Rhetoric”, en *World Competition*, 32.
- AKMAN, Pinar, “Searching for the long-lost soul of article 82 EC”, CCP *working paper 07-5*, ESRC centre for competition policy and school of law, Anglia, University of East.
- ALEMANIA, *The act against unfair competition*, UWG, 43-7, sección primera.
- AMATO, Giuliano, *Antitrust and the Bounds of Power. The dilemma of liberal democracy in the history of the market*, Oxford, Hart Publishing, 1997.
- ANDRIYCHUK, Oles, “Rediscovering the Spirit of Competition: On the Normative Value of the Competitive Process”, en *European Competition Journal*, 6 (3) (2010).

- ARCHILA PEÑALOSA, Emilio José y PABÓN ALMANZA, Camilo, “Colusión en licitaciones y concursos: el caso paradigmático para las entidades públicas”, en *Con-texto: Revista de Derecho y Economía*, 38 (2012).
- ARMENGOL I GASUL, ORIOL, “Derecho de la competencia en tiempos de crisis”, en *Gaceta jurídica de la competencia y de la Unión Europea*, 8 (2009).
- AVERITT, Neil y LANDE, Robert, “Using the “consumer choice” approach to antitrust law”, en *Antitrust Law Journal*, 74 (2007).
- BALLESTERO MOFFA, Luis Ángel, “La delimitación de las funciones normativa y administrativa en el orden comunitario, en particular, la decisión”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 9 (2001).
- BELLAMY, Christopher, CHILD, Graham y PICAÑOL, Enric, *Derecho de la competencia en el mercado común*, Madrid, Civitas, 1992.
- BENEYTO PÉREZ, José María, “Hacia un nuevo Derecho de la Competencia, el Libro Blanco de la Comisión sobre modernización y Descentralización en la aplicación de los artículos 85 y 86”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 202 (1999).
- BILLINGS, Learned Hand, *Comentarios a United states Vs. Aluminum Co. Of America*, 148 F.2d 416 (Segundo circuito. 1945).
- BISHOP, Simon y WALKER, Mike, *The Economics of EC Competition Law*, Sweet & Londres, Maxwell, 2002.
- BLAIR, Roger y SOKOL, Daniel, “Welfare standars in U.S. and EU Antitrust Enforcement”, en *Fordham Law Review*, 102 (2013).
- BÖGE, Ulf, “State imposed Restrictions of Competition and Competition Advocacy” en *Challenges of Addressing State Imposed or Facilitated Restraints*, ABA Spring Meeting, 29 de marzo de 2006, Washington D.C.
- BORCHARDT, Klaus-Dierter, Comisión de las Comunidades Europeas, *El ABC del Derecho Comunitario*, Bruselas, Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, 2000.
- BORK, Robert, “Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act”, *Journal of Law and Economics*, 9 (1966).
- BRAMMER, Silke, *Co-operation Between National Competition agencies in the enforcement of EC Competition Law*, Oxford y Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009.
- BRODLEY, Joseph, “The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress”, en *New York University Law Review*, 62 (1987).
- BUTTIGIEG, Eugene, *Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest. A Comparative Analysis of US Antitrust Law and EC Competition Law*, Wolters Kluwer, 2009.

- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA, Javier, “El Derecho Europeo de la Competencia: Objeto, fuentes y sistemática”, en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar (eds.), *Derecho Europeo de la Competencia*, Madrid, Colex, 2000.
- CAVANAGH, Edward, “Antitrust Remedies Revisited”, en *Oregon Law Review*, 84 (2005).
- CAVANAGH, Edward, “Detrebling Antitrust Damages: An Idea Whose Time Has Come?”, en *Tulane Law Review*, 61 (1987).
- CHILE, Decreto ley No. 211 de 1973.
- COKE, Richard, 21 *Congressional Record*. 2614, 1890. Extraído de FINCH, James Arthur, *Bills and debates in Congress Relating to Trust: Fiftieth Congress to fifty-seventh Congress, First Session, Inclusive*, Washington, U.S. Government Printing Office, 1902.
- COLOMBIA, *Ley 1340 de 2009* “Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”. *Diario Oficial* 47.420 de 24 de julio de 2009.
- COLOMBIA, Revisión constitucional del “Cuarto Protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios con la lista de compromisos específicos de Colombia anexa”, hecho en Ginebra el 15 de abril de 1997, y de la Ley 671 del 30 de julio de 2001, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo. M. P. Eduardo Montealegre Lynett, 14 de mayo de 2002.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C-369/2002.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C-535/1997.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C-815/2001.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C-263 de 2011.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C-432/10, de 2 de junio de 2010: demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 86 de la Ley 1328 de 2009, “Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C-537/2010.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C-620 de 2012.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C-815, de 2 de agosto de 2001: demanda de inconstitucionalidad contra el literal b) del artículo 11 de la Ley 555 de febrero de 2000. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C-992/06, de 29 de noviembre de 2006: demanda de inconstitucionalidad contra las expresiones “entidades públicas” que hacen parte del literal c) del artículo 4 —modificado por el Decreto Ley 2180 de 1984—, y los artículos 27 y 28 del Decreto Ley 2344 de 1971 “Por el cual se reorganiza el Servicio Aéreo a Territorios Nacionales Satena”. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

- COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia T-14 de 1994.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia T-375 de 1997.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia T-240/1993.
- COLOMBIA, Superintendencia de Industria y Comercio, Información ofrecida en razón del documento OCDE y BID, *Derecho y política de la competencia en Colombia: Examen inter-pares*, 2009.
- COLOMBIA, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 10958, de 6 de marzo de 2009, de apertura de investigación a las entidades promotoras de salud (EPS) en relación con las autorizaciones y negaciones de servicios de salud a los usuarios.
- COLOMBIA, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 46111, de 30 de agosto de 2011, de imposición de sanciones a las EPS en virtud a la realización de acuerdos anticompetitivos de no cobertura de diversos servicios de salud.
- COLOMBIA, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 53914, de 9 de septiembre de 2013.
- COLOMBIA, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 54693, de 16 de septiembre de 2013.
- COLOMBIA, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 54695, de 16 de septiembre de 2013.
- COLOMBIA, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 65116, de 21 de noviembre de 2011, por medio de la cual se resolvieron los recursos de reposición de las EPS investigadas, integrantes de ACEMI.
- COLOMBIA, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 68967, de 25 de noviembre de 2013.
- COLOMBIA, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 68972, de 25 de noviembre de 2013.
- COLOMBIA, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 53403, de 3 de septiembre de 2013. Radicación: 11-137485.
- CRAIG, Paul y DE BÚRCA, Gráinne, *EU Law. Text, cases and materials*, New York, Oxford University Press, 4 ed., 2008.
- CRANE, Daniel, "Antitrust enforcement during national crises: an unhappy history", en *GCP The online magazine for global competition policy*, 1 (2008).
- CSERES, Katalin Judit, "What has competition done for consumers in liberalised markets?", en *The Competition Law Review*, 4 (2) (2008).
- CSERES, Katalin, "Controversies of the Consumer Welfare Standard", en *Competition Law Review*, 3 (2) (2006).
- CSERES, Katalin Judit, *Competition Law and Consumer Protection*, The Hague, Kluwer Law International, 2005.

- DABBAH, Maher M., *International and Comparative Competition Law*, New York, Cambridge University Press, 2010.
- DABBAH, Maher, *The internationalization of Antitrust Policy*, New York, Cambridge University Press, 2003.
- DE LA CRUZ FERRER, Juan, *Principios de Regulación Económica en la Unión Europea*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2002.
- DE LEON, Ignacio, "Manual para la Formación y Aplicación de las Leyes de Competencia", Documento de Trabajo presentado en la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), 2002.
- DEWEY, Donald, "The Economic Theory of Antitrust: Science or Religion?", en *Virginia Law Review*, 50 (3) (1964).
- DÍEZ ESTELLA, Fernando, "Los objetivos del Derecho Antitrust", en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, 224 (2003).
- EASTERBROOK, Frank, "Workable Antitrust Policy", en *Michigan Law Review*, 84 (1986).
- EDLIN, Aaron, "Stopping Above-Cost Predatory Pricing", en *Yale Law Journal*, 111 (2002).
- ECKHOFF, Johann y MOCH, Christiane, "Competition - The Core of a market economy", en ECKHOFF, Johann (ed.), *Competition Policy in Europe*, Berlin, Springer, 2004.
- EHLERMANN, Claus-Dieter y ATANASIU, Isabela, *European Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EC Antitrust*, Oxford, Hart Publishing, 2011.
- EHLERMANN, Claus-Dieter, "The contribution of EC competition policy to the singles market", en *Common Market Law Review*, 29 (1992).
- ELHAUGE, Einer, "Harvard, not Chicago: Which Antitrust School Drives Recent Supreme Court Decisions", en *Competition Policy International*, 3 (2) (2007).
- ELZINGA, Kenneth, "The Goal of Antitrust: Other Than Competition and Efficiency, What else Counts?", en *University of Pennsylvania Law Review*, 125 (6) (1977).
- EOVALDI, Thomas, "Private Consumer Substantive and Procedural Remedies under State Law", en *The Antitrust Bulletin*, 15 (1970).
- ESPINOSA CALABUIG, Rosario, "Derecho de la Competencia", en ESPLUGUES MOTA, Carlos (ed.), *Derecho del Comercio Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.
- ESTADOS UNIDOS, 127 S. Ct. 1069, 1077, 1078 (2007).
- ESTADOS UNIDOS, 127 S. Ct. 2705, 2713, 2716, 2718 (2007).
- ESTADOS UNIDOS, 246 F.3d (D.C. Cir. 2001).
- ESTADOS UNIDOS, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).
- ESTADOS UNIDOS, 332 F.3d 896, 904 (6th Cir. 2003).

- ESTADOS UNIDOS, 383 F.3d 1124 (9th Cir. 2004).
- ESTADOS UNIDOS, 386 F.3d 485, 489 (2d Cir. 2004).
- ESTADOS UNIDOS, 463 F.3d 710, 715 (7th Cir. 2006).
- ESTADOS UNIDOS, 506 U.S. 447 (1993).
- ESTADOS UNIDOS, 509 U.S. 209, 224 (1993).
- ESTADOS UNIDOS, 51 F.3d 1421 (9th Cir. 1995).
- ESTADOS UNIDOS, 73 F.3d 756, 761 (7th Cir. 1996).
- ESTADOS UNIDOS, 814 F.2d 358, 368 (7th Cir. 1987).
- ESTADOS UNIDOS, Balmoral Cinema, Inc. v. Allied Artist Pictures Corp., 885 F.2d (6th Cir. 1989).
- ESTADOS UNIDOS, Cascade Health Solutions v. PeaceHealth. 515 F.3d 883 (9th Cir. 2008).
- ESTADOS UNIDOS, Dr. Pepper/Seven-Up Cos. v. Federal Trade Commission, 798 F. Supp. 762, 777 (D.D.C. 1992).
- ESTADOS UNIDOS, Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2 (1984).
- ESTADOS UNIDOS, Kartell v. Blue Shield of Massachusetts, Inc., 749 F.2d (1st Cir. 1984).
- ESTADOS UNIDOS, Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. (127 S. Ct. 2705, 2007).
- ESTADOS UNIDOS, PolyGram Holding, Inc. v. FTC (416 F.3d 29, D.C. Cir. 2005).
- ESTADOS UNIDOS, Sentencia de la Suprema Corte de Estados Unidos, de 28 de junio de 1984, Bacchus Imports, Ltd. v. Dias, 468 U.S. 263 (1984).
- ESTADOS UNIDOS, Sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, de 4 de abril de 1994, Oregon Waste Systems, Inc. v. Department of Environmental Quality of Oregon, 511 U.S. 93, 99 (1994).
- ESTADOS UNIDOS, Sherman Act del 2 de julio de 1890.
- ESTADOS UNIDOS, Telecor Commc'ns, Inc. v. Sw. Bell Tel. Co., 305 F.3d (10th Cir. 2002).
- ESTADOS UNIDOS, United states Code (Commerce and Trade).
- ESTADOS UNIDOS, United States v. Brown University y otros (Universidades: Columbia, Cornell, Dartmouth, Harvard, Princeton, Yale y Pennsylvania), United States Court of Appeals, Third circuit. - 5 F.3d 658 (3d Cir. 1993), 17 de septiembre de 1993.
- ESTADOS UNIDOS, United States v. Long Island Jewish Medical Center 983 F. Supp. 121 (E.D New York, 1997).

ESTADOS UNIDOS, *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardware Lumber Co* (127 S. Ct. 1069, 2007).

ESTADOS UNIDOS, *Woods Exploration & Producing Co. Vs. Aluminum Co. of America*, 438 F.2d (5th Cir. 1971).

EUROPA, COMISIÓN EUROPEA, caso COMP/AT. 39740, de 30 de noviembre de 2010.

EUROPA, COMISIÓN EUROPEA, caso COMP/C-3/39.530, de 16 de diciembre de 2009.

EUROPA, COMISIÓN EUROPEA, caso COMP/M.2220, de 3 de julio de 2001.

EUROPA, COMISIÓN EUROPEA, Comunicación sobre directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 (101) del Tratado.

EUROPA, COMISIÓN EUROPEA, Comunicación, de 24 de febrero de 2009, publicada en el Diario Oficial C 45/7 (2009/C 45/02).

EUROPA, COMISIÓN EUROPEA, DG *Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Bruselas, diciembre de 2005.

EUROPA, COMISIÓN EUROPEA, *I Report in Competition Policy* del año 1971.

EUROPA, COMISIÓN EUROPEA, *VI Report on Competition Policy* del año 1976.

EUROPA, Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE, de 27 de abril de 2004.

EUROPA, Comunicación de la Comisión relativa a las orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los artículos 81 y 82 del Tratado CE que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación), de 27 de abril de 2004.

EUROPA, Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia, de 27 de abril de 2004.

EUROPA, Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, de 27 de abril de 2004.

EUROPA, Comunicación de la Comisión: directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 (101) del Tratado, 2004/C 101/08, publicado en el Diario oficial de la Unión Europea C 101/97 de 27 de abril de 2004.

EUROPA, DIRECTORATE GENERAL COMPETITION, *Discussion paper on the application of article 82 on the Treaty of exclusionary abuses*, Bruselas, 2005.

EUROPA, DIRECTORATE GENERAL FOR COMPETITION, *Discussion paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, 2005.

EUROPA, Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

EUROPA, Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, de 27 de abril de 2004.

EUROPA, Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, de 27 de abril de 2004.

EUROPA, Reglamento (CE) 773/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE.

EUROPA, Reglamento 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del TCE.

EUROPA, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas de 14 de diciembre de 2000, Asunto C-344/98.

EUROPA, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas de 18 de septiembre de 1992, asunto T-24/90, Automec Srl v. La Comisión de las Comunidades Europeas.

EUROPA, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas de 28 de febrero de 1991, asunto C-234 de 1989, Stergios Delimitis v. Henninger Bräu AG.

EUROPA, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc y otros v. SARL "Au blé vert".

EUROPA, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 1 de junio de 1999, asunto C-126/1997.

EUROPA, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 13 de julio de 1966, asunto 32/65.

EUROPA, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 13 de julio de 1966, Établissements Consten S.à.R.L. y Grundig-Verkaufs-GmbH v. la Comisión de la Comunidad Económica Europea. Asuntos acumulados 56 y 58/64.

EUROPA, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 13 de julio de 1966, Italy v. el Consejo y la Comisión. Asunto 32/65.

EUROPA, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 13 de mayo de 1971, asuntos acumulados del 41/70 al 44/70.

EUROPA, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 17 de octubre de 1989, asuntos acumulados 97/87, 98/87 y 99/87.

EUROPA, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 18 de octubre de 1989, asunto 374/87.

EUROPA, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 19 de Marzo de 1991, *República Francesa v. La Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto C-202/88.

412 EUROPA, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99, Courage Ltd Vs. Bernard Crehan y otros.

- EUROPA, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 21 de febrero de 1973, asunto 6/1972.
- EUROPA, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 21 de septiembre de 1989, asuntos acumulados 46/87 y 227/88.
- EUROPA, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 23 de octubre de 2003. Asunto T-65/98.
- EUROPA, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 26 de junio de 1980, asunto 136/79.
- EUROPA, Sentencia del Tribunal de Justicia de las comunidades Europeas, de 27 de marzo de 2012, asunto C-209/10.
- EUROPA, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 4 de junio de 2009, asunto C-8/08, T-Mobile Netherlands BV y otros Vs. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit.
- EUROPA, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 6 de octubre de 2009, asuntos acumulados C 501/06 P, C 513/06 P, C 515/06 P y C 519/06 P.
- EUROPA, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH Vs. La Comisión de la Comunidad Económica Europea.
- EUROPA, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 28 de marzo de 2001, Instituto de Agentes Autorizados ante la Oficina Europea de Patentes v. La Comisión de las Comunidades Europeas, asunto T-144/99.
- EUROPA, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- EUROPA. Sentencia del Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas, de 26 de junio de 1999, Déménagements-Manutention Transport SA, asunto C-256/97.
- EUROPA. Sentencia del Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas, de 29 de abril de 1999, El Reino de España v. La Comisión de las Comunidades Europeas, asunto C-342/96.
- FOX, Eleanor M, "The kaleidoscope of antitrust and its significance in the world economy: respecting differences", en HAWK, Barry (ed.), *International Antitrust Law and Policy*, 2001 Fordham Corporate Law Institute, New York, Juris Publishing, 2002.
- FOX, Eleanor, "The Battle for the Soul of Antitrust", en *California Law Review*, 75 (3) (1987).
- FRANCIOSI, Robert, "United States V. Brown University Et Al.: Why Do Nonprofits Fix Prices?", *discussion paper 92-99*, Universidad de Arizona, 1994.
- FURSE, Mark, "The role of competition policy: A survey", en *European Competition Law Review*, 17 (4) (1996).
- GARRIDO RUIZ, Fulgencio, "Novedades aportadas por el nuevo Reglamento nº 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los ar-

títulos 81 y 82 CE”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 231 (2004).

GERBER, David J, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, New York, Oxford University Press, 1998.

GERBER, Davis, “Fairness in competition law: European and U.S. experience”, *Conference on Fairness and Asian Competition Laws*, marzo 5 de 2004, Kyoto, Japón.

GIL IBÁÑEZ, José Luis, “La Comisión y la aplicación del derecho comunitario de la competencia”, en *La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento CE 1/2003*, GARRIDO ESPA (ed.), Luis, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

GINSBURG, Douglas, “An introduction to Bork (1966)”, en *Competition Policy International*, 2 (2006).

GUTIÉRREZ, Inmaculada y PADILLA, Jorge, “Economía de la Competencia”, en *Tratado de Derecho de la Competencia Unión Europea y España*, BENEYTO PÉREZ-CERDÁ, José María (dir.), Barcelona, Bosch, t. 1, 2005.

GUZMÁN, Andrew, “Is International Antitrust Possible?”, en *New York University Law Review*, 73 (1998).

HAGEN, Everett, “An economic justification of protectionism”, en *Quarterly Journal of Economics*, 72 (4) (1958).

HAWK, Barry, “Giuliano Amato, Antitrust and the Bounds of Power”, en *Fordham International Law Journal*, 21 (4) (1997).

HAWK, Barry, “The American (Anti-trust) Revolution: Lessons for the EEC?”, en *European Competition Law Review*, 9 (1) (1988).

HAZZLETT, Thomas, “The Legislative History of the Sherman Act Reexamined”, en *Economic Enquiry*, 30 (1992).

HOAR, George Frisbie, *Autobiography of Seventy Years*, New York, Scribner’s Sons, 1903.

HOFSTADTER, Richard, “What Happened to the antitrust Movement?”, en SULLIVAN, Thomas (ed.), *The Political Economy of the Sherman Act: The First One Hundred Years*, New York, Oxford University Press, 1991.

HOLMES, Katherine, “The EC White Paper on Modernisation”, en *Journal of World Competition*, 23 (2000).

HOVENKAMP, Herbert, “The Rationalization of Antitrust”, en *Harvard Law Review*, 116 (3) (2003).

HOVENKAMP, Herbert, “Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique”, en *Columbia Business Law Review*, 2001.

HOVENKAMP, Herbert, “The Marginalist revolution in Legal Thought”, en *Vanderbilt Law Review*, 46 (1993).

- HOVENKAMP, Herbert, Federal Antitrust Policy. *The Law of Competition and its Practice*, St Paul, West Publishing Co., 1999.
- HOVENKAMP, Herbert, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Cambridge y London, Harvard University Press, 2005.
- HUFFMAN, Max, "Neo-Behavioralism?", *Documento de trabajo*, 2010.
- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, *Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies*, 2007.
- JELEZTCHEVA, María, "Génesis de la Federal Trade Commission y breve análisis de los objetivos del Derecho Antitrust norteamericano y europeo", en *Revista de estudios jurídicos UNESP*, 14 (19) (2010).
- JENNY, Frédéric, "Razón de ser del Derecho de la competencia y misiones encomendadas a sus autoridades", en *Ekonomiaz*, 61 (2006).
- JONES, Alison y SUFRIN, Brenda, *EC Competition Law. Text, Cases and Materials*, New York, Oxford University Press, 2008.
- KAPLOW, Louis y SHAVELL, Steven, "Fairness versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice", en *Journal of Legal Studies*, 32 (2003).
- KAPLOW, Louis y SHAVELL, Steven, "Fairness versus Welfare", en *Harvard Law Review*, 114 (2001).
- KHEMANI, Shyam, "Application of Competition Law: Exemptions and Exceptions", *United Nations Conference on Trade and Development*, New York and Genève, United Nations, 2002.
- KIM, Kyung-Hoon, "Rising Protectionism in emerging Countries", en *SERI Quarterly*, 1 (2012).
- KIRKWOOD, John y LANDE, Robert, "The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, not Increasing Efficiency", en *Notre Dame Law Review*, 84 (2008).
- KLEIN, Joel, "Competition Policy Objectives in the Context of a Multilateral Competition Code", en EHLERMANN, Dieter y LAUDATI, Laraine (eds.), *European Competition Law Annual 1997: Objectives of Competition Policy*, Oxford, Hart Publishing, 1998.
- KOLASKY, William, "What is Competition? A Comparison of US and EU Perspective", en *Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr Antitrust Series. Documento de trabajo*, 19 (2004).
- KOMNINOS, Assimakis, "Modernisation and Decentralisation: Retrospective and Prospective", en EHLERMANN, Claus-Dieter y AMATO, Giuliano (eds.), *EC Competition Law. A Critical Assessment*, Oxford, Hart Publishing, 2007.
- KORAH, Valentine, "EEC Competition Policy, Legal Form or Economic Efficiency", en *Current Legal Problems*, 39 (1) (1986).

- KORAH, Valentine, *An introductory guide to EC Law and practice*, Oxford, Hart Publishing, 2004.
- KORAH, Valentine, *An introductory guide to EC Law and practice*, London, Sweet & Maxwell, 1994.
- KORAH, Valentine, *Introducción al Derecho y práctica de la competencia en la CEE*, Barcelona, Ariel Derecho, 1988.
- KOVACIC, William, "The Modern Evolution of U.S. Competition Policy enforcement Norms", en *Antitrust Law Journal*, 71 (2003).
- KOVACIC, William, "The Antitrust Paradox Revisited: Robert Bork and the Transformation of Modern Antitrust Policy", en *Wayne Law Journal*, 36 (1990).
- KOVACIC, William, "The intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix", en *Columbia Business Law Review*, 1 (2007).
- KROES, Neelie, "European Competition Policy — Delivering Better Markets and Better Choices" pronunciado en Londres el 15 de septiembre de 2005 como parte del día europeo del consumidor y de la competencia.
- LANDE, Robert y AVERITT, Neil, "Consumer Sovereignty: A Unified Theory of antitrust and Consumer Protection Law", en *Antitrust Law Journal*, 65 (1997).
- LANDE, Robert y AVERITT, Neil, "Using the "Consumer Choice" Approach to Antitrust Law", en *Antitrust Law Journal*, 74 (2007).
- LANDE, Robert, "Consumer Choice as the Best Way to describe the Goals of Competition Law", en *University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper*, 2012.
- LANDE, Robert, "Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust", en *University of Pittsburg Law Review*, 62 (3) (2001).
- LANDE, Robert, "The Rise and (Coming) Fall of Efficiency as the ruler of Antitrust", en *The Antitrust Bulletin*, 33 (1988).
- LANDE, Robert, "Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretations Challenged", en *Hastings Law Journal*, 34 (1982).
- LANDOLT, Philip Louis, *Modernised EC competition law in international arbitration*, The Hague, Kluwer Law International, 2006.
- LANDRY, Sylvain, TRUDEL, Yves, O. DIORIO, Mattio, "Just-in-time supply: Cooperation, competition, and Abuse", en *Competitiveness Review*, 8 (1) (1998).
- LIANOS, Ioannis, "Some Reflections on the question of the Goals of EU Competition Law", en *CLES Working Paper Series*, 3 (2013).
- LOWE, Philip, "The Design of competition policy institutions for the twenty-first century: the experience of the European Commission and the Directorate-Generall for Competition", en VIVES, Xavier (ed.), *Competition Policy in the EU. Fifty years from the treaty of Rome*, New York, Oxford University Press, 2009.

- LOWE, Philip, "The Design of competition policy institutions for the twenty-first century: the experience of the European Commission and the Directorate-General for Competition", en VIVES, Xavier (ed.), *Competition Policy in the EU. Fifty years from the treaty of Rome*, New York, Oxford University Press, 2009.
- MAIER RIGAUD, Frank, "On the normative foundations of Competition Law — Efficiency, Political Freedom and the Freedom to Compete", en ZIMMER, Daniel (ed.), *The Goals of Competition Law*, Cheltenham, UK — Northampton, USA, EDWARD ELGAR, 2012.
- MARCOS, Francisco y SÁNCHEZ GRAELLS, Albert, "Damages for breach of the EC anti-trust rules: harmonising Tort Law through the back door?", en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 1 (2008).
- MARCOS, Francisco, "En defensa de la competencia pero en contra del mercado: la paradoja antitrust en Latinoamérica. Notas a propósito de De León, I", en *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, 7 (2010).
- MARTIN, Stephen, *Industrial Economics, Economic Analysis and Public Policy*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 2 ed., 1993.
- MCGEE, Robert, "An economic analysis of protectionism in the United states with implications for international trade in Europe", en *The George Washington Journal of International Law and Economics*, 26 (3) (1993).
- MEDINA GONZALES, Sara, "La Política de la Competencia", en *Políticas de la Unión Europea*, LINDE PANIAGUA, Enrique (dir.), Madrid, Colex, 2 ed., 2007.
- MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Juan David, "Fundamentos Económicos del Derecho de la competencia: los beneficios del monopolio v. los beneficios de la competencia", en *Revista Derecho de la Competencia*, 2 (2) (2006).
- MIRANDA LONDOÑO, Alfonso, "Anotaciones sobre el Derecho antimonopólico en los Estados Unidos de Norteamérica", en *CEDEC III: Colección seminarios 10*, Bogotá, Javegraf, 2002.
- MOTTA, Massimo, *Competition Policy. Theory and Practice*, New York, Cambridge University Press, 2004.
- MOTTA, Massimo, *Competition Policy. Theory and Practice*, New York, Cambridge University Press, 2004.
- MULLERAT BALMAÑA, Ramón, "El arbitraje y el derecho de la competencia", en *Revista Derecho de los Negocios*, 248 (2011).
- NEUMANN, Manfred, *Competition Policy: History, theory and practice*, UK, Edward Elgar Publishing, 2001.
- OCDE Y BID, *Derecho y política de la competencia en Colombia: Examen inter-pares*, 2009.
- OCDE, *Derecho y política de la competencia e América Latina: Exámenes inter-pares en argentina, Brasil, Chile, México y Perú*, Banco Interamericano de desarrollo Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2007.

- ORBACH, Barak, "How Antitrust lost its goal", en *Fordham Law Review*, 81 (2013).
- ORTIZ BAQUERO, Ingrid, *La aplicación privada del Derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*, La Ley, Wolters Kluwer España, 2011.
- OSSA, Camilo, "Tratamiento de la colusión en la contratación pública: una visión del caso colombiano en derecho comparado", Documento de trabajo, 2013.
- PACE, Lorenzo Federico, *Derecho Europeo de la Competencia. Prohibiciones antitrust, control de concentraciones y procedimientos de aplicación*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2007.
- PACE, Lorenzo Federico, *European Antitrust Law. Prohibitions, Merger Control and Procedures*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2007.
- PARIKH, Jenisha y MAJUMDAR, Kashmira, "Competition Law and the Consumer Law: Identifying the Contours in Light of the Case of Belaire Owners Association v DLF", en *Nujs Law Review*, 5 (2012).
- PASCUAL Y VICENTE, Juan, "Fundamentos y limitaciones de la Defensa de la competencia", en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, 224 (2003).
- PASTOR, Jaime Vicente, "La política comunitaria de competencia", en *Economía de la Unión Europea*, JORDAN GALDUF, Josep Maria (dir.), Navarra, Thomson Civitas.
- PÉREZ, Patricia, "La importancia del Derecho de la competencia para el correcto funcionamiento de la economía, especialmente en épocas de crisis", en *Strategy & Management Business Review*, 3 (1).
- PIRAINO, Thomas, "Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century", en *Indiana Law Journal*, 82 (2).
- POSNER, Richard, "The Chicago School of antitrust analysis", en *University of Pennsylvania Law Review*, 27 (4) (1979).
- POSNER, Richard, *Antitrust Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 2001.
- Reino Unido, *The grocery market. The OFT's reasons for making a reference to the competition Commission*, OFT 845.
- RODRÍGUEZ CURIEL, Wenceslao, "Las ayudas públicas en la Ley de Defensa de la Competencia", en *El nuevo Derecho Comunitario y Español de la competencia: Descentralización, análisis económico y cooperación internacional*, Madrid, Bosch, 2002.
- RUBINFELD, Daniel, "Evaluating Antitrust Enforcement: Economic Foundations", en *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute, International Antitrust Law & Policy*, New York, Juris Publishing, 2009.
- SCHERER, Frederic, M. Y ROSS, David R., *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston, Houghton Mifflin, 1990.

- SCHINKEL, Maarten Pieter y TUINSTRAN, Jan, "Imperfect Competition Law Enforcement", CeNDEF working paper 04-07, 2004.
- SCHINKEL, Maarten Pieter, "Effective Cartel Enforcement in Europe", Amsterdam Center for Law & Economics, Working Paper 2006-14, en *World Competition: Law and Economics Review*, 30 (2007).
- SEGURA SÁNCHEZ, Julio, "La Política de defensa de la competencia: objetivos, fundamentos y marco institucional", en *Ekonomiaz: Revista Vasca de Economía*, 61 (2006).
- SHERMAN, John, 21 *Congressional Record*. 2461, 1890, de FINCH, James Arthur, Bills and debates in Congress Relating to Trust: Fiftieth Congress to fifty-seventh Congress, First Session, Inclusive, Washington, U.S. Government Printing Office, 1902.
- SOTO PINEDA, Jesús Alfonso, "La doctrina y la evaluación de tendencias en la aplicación de la normativa antitrust", en *Revista de Derecho Mercantil*, 288 (2013).
- SOTO PINEDA, Jesús Alfonso, *Vías de aplicación del Derecho de la competencia*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2012.
- SOUTY, François, *Le Droit de la concurrence de l'Union Européene*, Paris, Montchrestien, 1997.
- STIGLER, George, "Economics - The Imperial Science?", en *The Scandinavian Journal of economics*, 86 (3) 1984.
- STIGLER, George, "The Origin of the Sherman Act", en *The Journal of Legal Studies*, 1985.
- STUCKE, Maurice, "Reconsidering antitrust goals", en *Boston College Law Review*, 53 (2012).
- STUCKE, Maurice, "Should competition policy promote happiness?", *Research Paper 207*, Legal studies Research Paper Series, de próxima aparición en *Fordham Law Review*, 2013.
- SULLIVAN, Lawrence, "Post-Chicago Economics: Economist, Lawyers, Judges, and Enforcement Officials in a Less Determine Theoretical World", en *Antitrust Law Journal*, 63 (1995).
- TAKACS, Wendy, "Pressures for protectionism: an empirical analysis", en *Economic Inquiry*, 19 (4) (1998).
- THORELLI, Hans, *The Federal Antitrust Policy: Origination of an American Tradition*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 1955.
- TIROLE, Jean, *Teoría de la Organización Industrial*, Barcelona, Ariel Derecho, 1990.
- TISSOT-FAVRE, Anna y SAKKERS, Edwoud, "What Kind of Sanctions? A Perspective from the european Commission", en BAUDENBACHER, Carl (ed.), *Current Developments in European and International Competition Law*, 16Th St. Gallen International Competition Law Forum ICF 2009, Basilea, Helbing Lichtenhahn, 2010.

- TOWNLEY, Chris, "Which goals count in article 101 TFUE?; Public policy and its discontents", en *European Competition Law Review*, 9 (2011).
- TOWNLEY, Christopher, *Article 81 EC and Public Policy*, Oxford y Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009.
- UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), *Model Law on Competition*.
- URUGUAY, Ley 18.159 de Promoción y Defensa de la Competencia.
- VALENTINE, Debra A., "Prepared Remarks for the Pacific Economic Competition Council", *Conference on Trade and Competition Policy*, Montreal, mayo 13 y 14 de 2003.
- VAN BAELE, Ivo y BELLIS, Jean-François, *Competition Law of the European Community*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010.
- VAN DER BERGH, Roger y CAMESASCA, Peter D., *European Competition Law and Economics: a comparative perspective*, Antwerpen, Intersentia-Hart, 2001.
- VAN LENNEP, Emile, "Protectionism vs. Economic Policy", en *The OECD Observer*, 115 (1982).
- VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, "El derecho europeo de la competencia", en VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio (coord.), *Derecho Europeo de la Competencia: antitrust e intervenciones públicas*, Valladolid, Lex Nova, 2005.
- VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen *et al.* *Private enforcement of competition law*, Valladolid, Lex Nova, 2011.
- VENEZUELA, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
- VENEZUELA, Ley Antimonopolio, Antioligopolio y contra la Competencia Desleal, 2006.
- VICKERS, John, Chairperson for the UK Office of Fair Trading, en *The European competition and consumer day conference*.
- VIDE, Ana, *Derecho Español de la Competencia. Comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002*, Barcelona, Bosch, t. II, 2008.
- WAELEBROECK, Michel, "Price Discrimination and Rebate Policies under EU Competition Law", en HAWK, Barry (ed.), *Fordham Corporate Law Institute*, Conferencia anual 22, 26 y 27 de octubre de 1995, 1996.
- WAELEBROECK, Michel, FRIGNANI, Aldo y MÉGRET, Jacques, *Derecho Europeo de la Competencia*, t. 1, Barcelona, Bosch, 1998.
- WEBER WALLER, Spencer, "Competition and Consumer Protection: Breaking Down the walls", Conferencia *European Competition and Consumer Protection Officials*, DG Comp, Bruselas, Comisión Europea, 2003.

- WILS WOUTER, P. J., "Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe?", en *World Competition: Law and Economics Review*, 26 (3) (2003).
- WILS Wouter, P. J., "The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages", en *World Competition: Law and Economics Review*, 32 (1) (2009).
- WILS Wouter, P. J., *Efficiency and European antitrust enforcement*, Portland, Hart Publishing, 2008.
- WILS Wouter, P. J., *The Optimal Enforcement of EC antitrust Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2002.
- WRIGHT, Joshua, "Abandoning antitrust's Chicago Obsession: The Case for Evidence-Based Antitrust", en *Antitrust Law Journal*, 78 (1) (2012).
- WRIGHT, Joshua, "The Antitrust/Consumer Protection Paradox: Two Policies at War with Each Other", en *George Mason Law & Economics Research Paper*, 12-45 (2012).
- ZULLITA FELLINI, Gadulfo y PÉREZ MIRANDA, Rafael, "El Derecho frente a los monopolios", en *Estudios de Derecho Económico IV*, México D.F., Universidad Autónoma de México, 1983.

