

40

TEMAS PROCESALES

Vanessa Franco Ramírez
Editora



RED

— Proceso y Justicia —

2024-2 ISSN 2619-3655

TEORÍA ECONÓMICA, PRUEBA Y DERECHO DE LA COMPETENCIA: CONTEXTO Y RELEVANCIA¹

Luis Felipe Jaramillo de los Ríos²

RESUMEN

El presente artículo muestra la especial connotación que tiene la teoría económica en la prueba. Así, esta tiene un sentido especial para el proceso en el derecho de la competencia, en la que la teoría económica cambia según los avances tecnológicos y sociales del momento. Por este motivo, se requiere una actualización constante de las directrices emanadas por las autoridades respectivas sobre los temas en dicha rama del derecho. Se toma como ejemplo de este cambio la actualización de las directrices del Consejo Europeo para evaluar el mercado de referencia, en el cual se nota la incorporación de elementos de la economía digital en la directiva del año 2024 frente a la expedida en el año 1997.

Palabras clave: derecho de la competencia, prueba, mercado de referencia, proceso.

ECONOMIC THEORY, EVIDENCE, AND ANTITRUST LAW: CONTEXT AND RELEVANCE

ABSTRACT

This article shows the special connotation that Economic Theory has in the proof. Thus, this has a special meaning for the process in Competition Law, where the Economic Theory changes according to the technological and social advances of the moment. For this reason, a constant update of the guidelines issued by the respective authorities on the issues in said branch of Law is required. As an example of this change, the updating of the European Council guidelines to evaluate the reference market is taken, where the incorporation of elements of the digital economy is noted in the 2024 directive compared to the one issued in 1997.

Keywords: antitrust law, proof, reference market, process.

¹ Artículo producto de investigación doctoral.

² Economista Industrial. Especialista en Gestión Financiera Empresarial. Magíster en Derecho Económico. Doctorando en Derecho Procesal Contemporáneo. Profesor investigador Facultad de Derecho Universidad de Medellín. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1392-5761>

1. TEORÍA ECONÓMICA Y DERECHO

Cuando observamos y estudiamos el comportamiento humano desde el propósito de sus acciones para satisfacer las necesidades colectivas e individuales, encontramos que en aquellas se presentan dos dimensiones. En primer lugar, en la dimensión económica, el hombre debe definir cómo usar recursos escasos que, al transformarlos en bienes y servicios, satisfacen dichas necesidades. Es esta la definición de economía como disciplina de estudio del actuar humano³ que en su desarrollo metodológico y científico comprende dos aspectos: uno positivo y otro normativo. En segundo lugar, tenemos la dimensión jurídica de la actuación humana en la que se analiza el conjunto de normas que regulan la tenencia y el uso de aquellos recursos escasos que al ser transformados satisfacen necesidades. Así, se presenta una relación de integración en la que “lo jurídico y lo económico en lugar de repelerse se complementan, formando un bloque único” (Sierralta Ríos, 1988, p. 14).

Una vez enunciada la presencia de aspectos económicos y jurídicos en la actividad productiva del hombre, pasaremos a mostrar el fundamento que tiene la teoría económica en el proceso constructivo de la economía como disciplina, la cual da sustento al razonamiento en el proceso litigioso en el área del Derecho de la Competencia.

1.1. TEORÍA ECONÓMICA

En la construcción de la economía como disciplina se emplea el método científico, en el cual se incluyen diferentes elementos que dan validez al resultado que arroje la aplicación de aquel. Es así como el método científico implica la observación, la formulación de supuestos y la creación de modelos económicos. A renglón seguido, el resultado del desarrollo de la observación de hechos económicos, formulación de hipótesis bajo supuestos y contrastación de ellas, y creación de modelos que explique la realidad económica, desemboca en la formulación de dos tipos de afirmaciones: la positivas y las normativas (Mankiw, 2017).

Las afirmaciones positivas o, como se denominan en el lenguaje económico, la teoría económica, son aquellas explicaciones del comportamiento de los elementos que hacen parte del sistema económico, es decir, de los resultados de dichos comportamientos; aquellas afirmaciones han sido validadas tanto por el razonamiento matemático como por otro tipo de razonamientos como la inducción y la deducción, permitiendo analizar el comportamiento de un agente económico frente a lo esperado de acuerdo a la teoría económica. Debe resaltarse que, para

3 La definición de economía como la disciplina que se encarga de estudiar cómo el hombre emplea recursos escasos para satisfacer necesidades ilimitadas es desarrollada ampliamente en los textos básicos de economía. Puede consultarse esta definición en el capítulo primero del texto: *Principios de Economía* de Gregory Mankiw (2017, p. 4.).

darle validez a aquel análisis se deber partir de una serie de supuestos, o situaciones dadas en el momento del comportamiento del agente. En realidad, el papel de los supuestos es el de hacer más sencillo y comprensible la situación a estudiar y que se representa en un modelo (Mankiw, 2017).

Ahora, Mankiw dice al respecto que “los economistas también utilizan modelos para estudiar el funcionamiento del mundo” (Mankiw, 2017, p. 22) y que, como cualquier otro, un modelo económico puede omitir detalles que se presentan en la realidad que busca ilustrar, pero los elementos que se encuentran en aquel son los básicos y necesarios para explicar el hecho económico estudiado.

Para el análisis del modelo económico se requiere de herramientas que Curtis e Irvine (2022) enuncian como “descripciones y explicaciones verbales, diagramas, ecuaciones algebraicas, tablas de datos y pruebas estadísticas de relaciones económicas”⁴ (p. 27). Estas herramientas se emplean para confrontar las observaciones de un asunto económico, en particular frente a la teoría económica, permitiéndonos así evaluar los efectos de los actos llevados a cabo por los agentes económicos⁵ y los efectos sociales y particulares (según sea el caso) derivados de dicho comportamiento.

1.2. LA TEORÍA ECONÓMICA EN EL DERECHO

Una vez enunciado qué es la teoría económica y en cuáles campos de la Economía como disciplina la encontramos, se explicará cómo la teoría económica puede hallar su espacio en el campo del derecho. Para ello explicaremos brevemente como el derecho económico se convierten en una herramienta útil en el proceso que se efectúa en temas de derecho de la competencia.

Lo primero que debemos explicar es la forma como se conciben ambos términos y su relación. En este sentido, Márquez Escobar (2005) explica que el concepto economía puede concebirse como una relación espacio-tiempo (institución), en donde las personas llevan a cabo una interacción de cooperación en la producción y consumo de bienes y servicios; pero también puede tomarse como una metodología que explica dicha interacción humana con el propósito enunciado anteriormente. De esta manera, si relacionamos la economía como

⁴ El texto original expresa: “These involve verbal descriptions and explanations, diagrams, algebraic equations, data tables and charts and statistical tests of economic relationships.”

⁵ Se entiende por agentes económicos aquellos sujetos que participan en los procesos de producción, distribución y consumo de los bienes y servicios que satisfacen las necesidades sociales. Los agentes económicos por excelencia se identifican como productores, consumidores y el Estado, el cual se encarga de ofrecer un marco que estructure el comportamiento de los dos primeros.

institución⁶ y el derecho como la disciplina que estudia la conformación del conjunto de reglas y normas presentes en una institución, nos estaremos refiriendo al derecho económico (Márquez Escobar, 2005).

Ahora, cuando tomamos dos nuevos sentidos para las palabras economía y derecho, en este caso, la economía como un método que estudia la acción humana para disponer de recursos escasos y con estos proveer de bienes y servicios para la sociedad, y tomamos el derecho como la institución que establece las reglas de actuación en aquella acción humana, nos estamos refiriendo al *análisis económico del derecho*. En este sentido, afirma Márquez Escobar (2005), la economía es una herramienta de análisis a través de la cual se da cuenta del derecho de un modo descriptivo o valorativo.

Ya que se ha especificado qué es el análisis económico del derecho y el derecho económico como expresiones de la relación entre el derecho y la economía, se explicará un poco el campo de acción de esta última disciplina, para así tener claridad sobre la utilidad y el papel que ella juega en los temas procesales con relación a la protección de la libre competencia.

1.2.1. EL DERECHO ECONÓMICO

Si bien es importante el análisis del impacto que tienen la aplicación de normas que inciden en el sistema económico, también es importante explicar qué es el derecho económico. Entre las numerosas definiciones, encontramos una clara y corta sobre su esencia: “es el conjunto de normas jurídicas de contenido económico, que tiene como finalidad regular la economía, para así alcanzar un punto de equilibrio que la haga más eficiente posible” (Márquez Robledo, 2005, p. 12).

Así, tomando el mercado como la institución que permite el arreglo de los factores productivos y la distribución de los bienes y servicios resultado de la combinación de aquello, es necesario que existan unas normas que busquen que la acción de los participantes en el mercado obtenga la satisfacción de sus necesidades en condiciones de eficiencia y equidad. Además, el mercado no es solamente un espacio meramente económico (desde la perspectiva del uso de recursos), sino que:

a pesar de la fuerza que da el razonamiento económico del mercado en términos de eficiencia, es necesario tener presente que el mercado no es algo impersonal; aunque como institución puede que sí lo sea, como un conjunto de decisiones de los agentes económicos no lo es; ya que las decisiones que se tomen en su interior repercuten directamente sobre las personas mejorando su situación o empeorándola (Jaramillo de los Ríos & Villa Orrego, 2015).

⁶ Para efectos de este artículo, tomamos la definición de institución que aporta Douglas North: “Las instituciones son las reglas del juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones creadas por el hombre que da forma a la interacción humana” (North, 1993, p. 13).

Estas normas en su dimensión del mercado, al intervenir en las relaciones de producción, distribución y consumo, implican el mayor cuidado en su implementación, pues pueden modificar variables sensibles como los precios y las cantidades de bienes y servicios necesarias para satisfacer las necesidades de la población.

Para que las normas que intervienen la interacción de los agentes económicos en el mercado puedan considerarse derecho económico deben guardar algunas particularidades propias de esta rama del conocimiento, las cuales Márquez Robledo (2005) denomina movilidad, instrumentalismo, concreción y humanismo. La movilidad se refiere al ajuste de la norma a la realidad económica que se quiere intervenir; el instrumentalismo se refiere a que las normas del derecho económico que deben servir de herramientas para cumplir propósitos económicos, siendo así el derecho económico un medio y no un fin; la concreción, se refiere a la acción de la norma sobre un problema económico específico de la sociedad; y por último, en cuanto al humanismo, si bien la intervención en el sistema económico a través de normas busca el uso eficiente de los recursos de la sociedad, dicha intervención debe buscar el beneficio humano (Márquez Robledo, 2005).

Todas estas normas que intervienen en un mercado, bien sea que impacten sobre el productor o sobre el consumidor, se denominan derecho de la competencia y su explicación económica será el eje sobre el cual gire la explicación de la prueba y su papel en el derecho.

Ya que se ha expresado que el uso óptimo de los recursos sociales es el propósito básico la economía como método de estudio, es de suma importancia ilustrar dos posturas de la doctrina frente a la cual deben prevalecer las acciones que protegen la libre competencia en relación con cuál de los agentes económicos debe proteger: al productor o al consumidor.

2. TEORÍA ECONÓMICA Y SU RELACIÓN CON EL PROCESO EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Sea lo primero para hablar del derecho de la competencia, entender el significado de la palabra *competencia*. Para ello, tomaremos la siguiente definición en donde se expresa que cuando se habla de competencia, “nos estamos refiriendo a la idea de la lucha o rivalidad entre dos o más sujetos por alcanzar de manera exclusiva una determinada meta” (Signes de Mesa, 2013, p. 29). Lo que se busca con esta competencia trasladada al campo económico es que en el mercado se puedan encontrar distintas alternativas en la provisión de bienes y servicios a precios asequibles para el consumidor; pero también permitir que las personas que deseen emprender una actividad económica a partir del uso de unos factores productivos y una capacidad y conocimiento sobre métodos de producción puedan hacerlo esperando una utilidad a partir de tales usos.

Pero la palabra competencia en la acepción que tomamos de Signes de Mesa implica también que la lucha puede ser despiadada y vulnerar el bienestar de quienes participan en ambos lados (tanto quien lucha por desarrollar un proceso productivo, es decir el productor de bienes y servicios, como quien espera un beneficio en forma de precios bajos para bienes y servicios, en la lucha entre productores), por lo que se requiere una ideología que sustente los propósitos de la intervención, en este caso del Estado en dicho proceso de competencia. Al respecto, sobre la ideología de la competencia, Signes de Mesa (2013) expresa que es preciso determinar el tipo de competencia que se desea en una sociedad para estructurar un conjunto de normas que, obedeciendo a la realidad social, económica y política, conformen lo que es el derecho de la competencia.

2.1. TEORÍA ECONÓMICA, POSTURAS DOCTRINALES Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA

A continuación, se enunciarán los principales argumentos desde la teoría económica que explican los resultados de la actuación de los consumidores y productores en un mercado, para luego exponer cómo estos argumentos positivos desde lo epistemológico, que careciendo de juicios de valor pueden mostrar dos puntos de vista al momento de aplicar las normas que protegen la libre competencia.

2.1.1. TEORÍA ECONÓMICA Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA

La teoría económica del mercado está basada en el ordenamiento o la estructura que la oferta y la demanda de un bien o servicio conforman para lograr el intercambio entre estos dos agentes económicos. De esta interacción se obtienen dos datos fundamentales que motivan a que tanto consumidores como productores o vendedores estén dispuestos a negociar dicho bien o servicio; estos datos son: el precio y las cantidades del bien en cuestión.

Acudiendo a la explicación dada en el numeral 1.1. de este texto sobre lo que es la teoría económica y su validez como explicación de los hechos que lleva a cabo el hombre para transformar recursos en bienes y servicios que satisfacen sus necesidades, podemos afirmar que la estructura de mercado que ha demostrado el logro de beneficios tanto para el productor como para el consumidor es la libre competencia.⁷

Recordemos entonces cuáles son los elementos básicos que definen un mercado de libre competencia, los cuales reforzarán la explicación de los beneficios sociales que se derivan de su presencia.

⁷ El mercado de libre competencia es un axioma que da sustento a la teoría de los mercados. A partir de esta premisa, se estructura el papel que juega cada uno de los agentes económicos que participan en el mercado y las normas establecidas para la participación de aquellos en dicho mercado.

Un mercado de libre competencia se da cuando ocurre lo siguiente:⁸ 1) muchas empresas producen productos idénticos; 2) existen muchos compradores y vendedores disponibles para comprar y vender el producto; 3) los compradores y los vendedores tienen información relevante para tomar decisiones racionales sobre el producto que es comprado y vendido; 4) las empresas pueden entrar y salir del mercado sin restricciones (Greenlaw & Taylor, 2017).

Si la estructura de mercado de libre competencia es el paradigma normativo,⁹ es porque la teoría económica ha demostrado que presenta unos beneficios para la sociedad denominados *eficiencias*, entre los cuales podemos destacar según Signes de Mesa (2013) la eficiencia de asignación, la eficiencia de producción y la eficiencia dinámica. La primera (asignación), se refiere a la posibilidad de que un bien o servicio se asignen en el mercado a quienes están dispuestos a pagar por él, especificando que el precio no superará su costo marginal de producción. La segunda (producción) relaciona la producción de un bien o prestación de un servicio con su costo óptimo o estrictamente necesario, lo cual en competencia hace que los oferentes busquen reducir lo máximo posible dichos costos generando un punto de partida para una posible transmisión de costos bajos a consumidor en forma de precios bajos;¹⁰ la tercera eficiencia (dinámica), se relaciona con el incentivo a innovar por parte de los competidores desde la oferta para que así, a través de esta, se logre la predilección por parte del consumidor.

Pero no solo la protección de un mercado competitivo es justificable desde un punto de vista estrictamente económico. También, desde un punto de vista de

8 El texto original en inglés dice lo siguiente: "Firms are said to be in perfect competition when the following conditions occur: (1) many firms produce identical products; (2) many buyers are available to buy the product, and many sellers are available to sell the product; (3) sellers and buyers have all relevant information to make rational decisions about the product being bought and sold; and (4) firms can enter and leave the market without any restrictions".

9 La mayoría de las constituciones o textos normativos toman el mercado de libre competencia como un propósito fundamental de las decisiones que en materia económica tomen los Estados que se encuentran bajo el mandato de aquella(o)s. Así, por ejemplo, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en su artículo 120 establece que "Los Estados miembros y la Unión actuarán respetando el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia, favoreciendo una eficiente asignación de recursos y de conformidad con los principios enunciados en el artículo 119". El texto del Tratado puede ser consultado en: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>; igualmente, en los Estados Unidos de América, se expidió en 1890 el Sherman Act, en la cual se proscribió "todo contrato, combinación, o conspiración que restrinja el comercio," y cualquier "monopolización, intento de monopolización, o conspiración o combinación para monopolizar" (tomado de la página de la Federal Trade Commission FTC: <https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>)

10 Se habla de una "posible" transmisión al consumidor del bajo costo en forma de bajos precios, puesto que aquella podría no darse (lo cual no tendría sentido en un mercado competitivo, pero podría suceder); en sentido contrario, no se debe tomar como ciento por ciento seguro que cuando hay concentración de la producción en un mercado, no habría razones para desarrollar una disminución del precio en un bien o servicio como resultado de un bajo costo.

los derechos y principios, el mercado competitivo tiene una importancia notoria cuando se relaciona su ejercicio sin más restricciones que las que impone el interés colectivo y los derechos de los demás con principios como la igualdad y la equidad; pero también cuando se entiende que al presentarse una fuerte correlación entre mercado competitivo o de competencia perfecta con precios relativamente bajos, las personas pueden disponer de más dinero¹¹ para comprar una variedad de bienes y servicios que satisfacen sus necesidades.

Así, en el mercado de libre competencia se tiene en cuenta el derecho del productor a una utilidad dado el ejercicio de su actividad económica, como también el beneficio que un consumidor obtiene al poder disponer de más dinero para comprar más bienes y servicios.

2.1.2. FINES DE LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA

Antes de exponer las posturas doctrinales más relevantes en temas de derecho de la competencia, debemos delimitar qué es la protección de la libre competencia y cuál sería su alcance. En primer lugar, la protección de la libre competencia implica proteger el derecho a participar en condiciones de igualdad (sin más restricciones que las que la naturaleza de la actividad económica imponga) como proveedor de un bien y un servicio; en segundo lugar, implica el derecho que como consumidores tenemos de acceder a bienes y servicios que permitan de una manera razonable de acuerdo con nuestra restricción presupuestal, satisfaciendo nuestras necesidades básicas. Expandiendo este propósito de protección de la libre competencia, Signes de Mesa (2013) expone cuatro posibles nociones de lo que significa proteger la libre competencia:

- a. La protección de la libre competencia debe enfocarse en lograr la promoción de la eficiencia y lograr el bienestar del consumidor.
- b. La protección de la libre competencia debe propender por que se garantice la presencia de rivales en el mercado de tal forma que no se dé una situación de posición de dominio.¹²

11 La limitación que tienen los individuos respecto a cantidad de dinero determinada se denomina restricción presupuestal, la cual se define como “las posibles combinaciones de dos bienes asequibles a un consumidor dado su ingreso limitado” (Greenlaw & Taylor, 2017).

12 La posición de dominio implica que una empresa en un mercado tiene un comportamiento en este frente a la fijación de precios y cantidades, el cual no está condicionado por sus competidores, clientes o compradores. Al respecto, Gerardin et al. (2012) escriben: “Some authors have seen two elements in this definition (dominance), namely (i) the power to behave independently of competitors, customers, and the consumers and (ii) the ability to prevent effective competition being maintained on the relevant market” (p.186).

- c. La protección de la libre competencia debe proteger a los competidores que participan en el mercado.
- d. La protección de la libre competencia debe buscar un objetivo que supere el mero aspecto de la eficiencia en el uso de los recursos y debe procurar que se logren objetivos de tipo social como la protección de sectores medianos y pequeños de la economía, o la redistribución de la renta.

A partir de estas premisas, indicaremos las diferentes posturas doctrinales que guían las acciones en pro de la protección de la libre competencia. Cada una da un marco de análisis de los elementos necesarios de la teoría económica que permiten entender los hechos económicos como aspectos probatorios en los procesos que se llevan a partir de la violación de un precepto normativo que regula la libre competencia.

2.1.3. LA ESCUELA DE PENSAMIENTO ECONÓMICO NEOCLÁSICA Y SU INFLUENCIA EN LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA

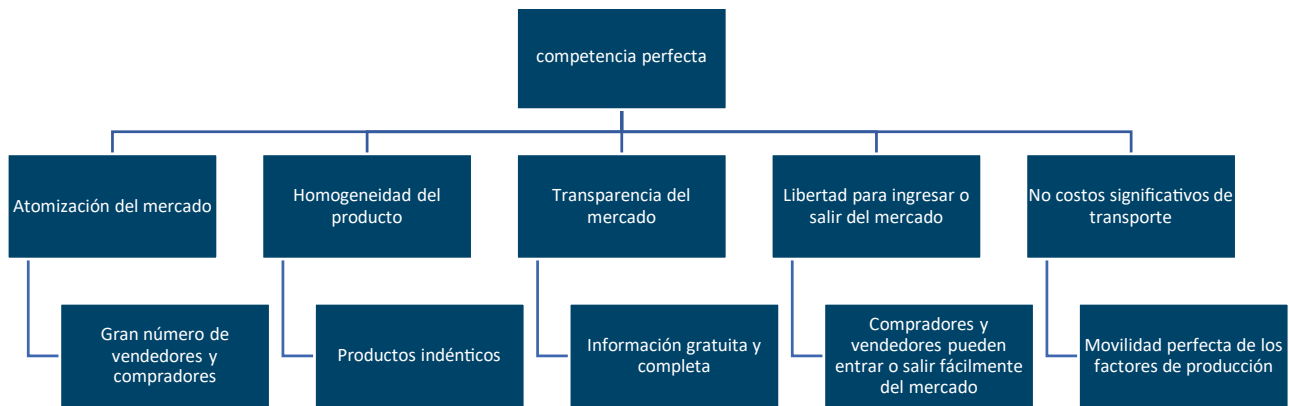
Las escuelas de pensamiento económico son las diferentes formas de analizar los hechos económicos en contexto, estando estos análisis no exentos de diferencias entre los economistas y estudiosos de los fundamentos económicos en temas de protección de la libre competencia. A pesar de estas diferencias interpretativas, la teoría económica del derecho de la competencia según Gerardin et al. (2012) "le da al derecho de la competencia más recursos por parte de herramientas económicas en su implementación habitual".¹³

Para analizar las diferentes formas de interpretar el comportamiento de los agentes económicos en el mercado y el impacto de aquel sobre variables relevantes como el precio y la cantidad de mercado, es necesario precisar la forma como se dan estas. Es así como el paradigma de la libre competencia y la formación del precio y la interacción de la oferta con la demanda en dicho mercado (libre competencia) se sustenta en la escuela neoclásica de pensamiento económico. Veamos entonces cuáles son los fundamentos del libre mercado a partir de esta escuela.

Para que haya libre competencia, es necesario que se presenten las siguientes situaciones:

13 "What is new with competition economics is that the rule of law has more recourse to economic tools in its customary implementation" (Gerardin et al., 2012, p. 61) (traducción nuestra).

Figura 1. Condiciones para un mercado de libre competencia.



Fuente: Gerardin et al. (2012).

La estructura de libre mercado que está definida por las anteriores características es el paradigma en general de un tipo de mercado que, desde el punto de vista de los intereses de los consumidores y de los productores (precios asequibles para los primeros y posibilidades de venta en el mercado para los segundos), es más favorable para ambos. Pero ¿cómo se denota en el comportamiento de aquellos agentes económicos (compradores y vendedores) estos beneficios? Veamos:

Para los compradores, el hecho de que ningún vendedor pueda determinar a su antojo el precio de un producto hace que la competencia favorezca a aquellos con precios que son el resultado de una estructura de costos lo más baja posible (asumiendo que las condiciones mostradas en la Figura 1; así, se establecen para compradores y vendedores las condiciones de libertad¹⁴ para participar en el mercado según el interés de cada uno. Es tal la importancia de proteger la capacidad de compra de un consumidor, y su derecho a elegir libremente entre diferentes posibilidades que se acomoden a su capacidad de compra, que podemos encontrar en distintos ordenamientos jurídicos y administrativos dicho propósito. Por ejemplo, en Colombia la Ley 1340 de 2009 protege la libre competencia, estableciendo en su artículo 3º como propósitos de las actuaciones administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio “la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica” (Congreso de la República de Colombia, 2009). También la Federal Trade Commission (FTC por sus siglas en inglés), tiene como

¹⁴ Sobre la libertad de acción para un vendedor o productor en un mercado, Adam Smith sostiene que: “Aunque el precio que le proporciona este beneficio (venta de un bien en un mercado libre), por tanto, no siempre es el más bajo la que un comerciante puede vender sus mercancías, sí es el más bajo al que puede venderlas durante un tiempo considerable; al menos donde hay libertad plena o donde puede cambiar su actividad tan frecuentemente como desee” Anotación en negrilla fuera de texto (Smith, 2011, p. 97).

misión¹⁵ “proteger a los consumidores y la competencia previniendo prácticas anticompetitivas”; de igual manera, la Comisión Europea como autoridad de protección de la competencia en la Unión Europea se encarga a través de la Dirección General de la Competencia de aplicar la normativa europea (artículos 101 a 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) buscando un mejor funcionamiento del mercado y de la competencia que beneficie a los consumidores través de bajos precios, sino también con oferta variada y calidad.¹⁶

3. TEORÍA ECONÓMICA Y PROCESO

A simple vista, estos dos conceptos parecieran no tener ninguna relación entre ellos, que no tienen puntos comunes (uno viene de la ciencia económica y el otro del derecho); pero si recordamos lo expuesto en el apartado 1.2. de este escrito, veremos que la economía y el derecho como disciplinas de estudio tienen muchos aspectos en común. Para mostrar su relación a través de puntos concretos, pensemos en lo siguiente: desde la definición de economía, encontramos que los recursos son escasos y las necesidades ilimitadas; siendo así, desde este punto de vista los humanos nos enfrentamos a cooperar o enfrentarnos por la disposición de estos recursos. En ambos casos se requiere la participación de un conjunto de normas e instituciones que permitan el uso de dichos recursos, haciendo más énfasis en aquellas cuando hay enfrentamiento. Como resultado de este enfrentamiento, se presentan diferentes usos inadecuados de los recursos escasos para satisfacer necesidades sociales.

Como el propósito del uso de los recursos es hacerlo de manera eficiente según las reglas establecidas social y legalmente, cuando no puede darse esta situación se genera una ineficiencia. En este sentido, “las normas y principios jurídicos influyen en las decisiones de las personas y no son meros juguetes vistosos para entretener a los juristas, son herramientas que pueden servir para mejorar nuestro futuro” (Arruiz, 2019, p. 125). En este contexto, el proceso debe ofrecer un resultado que sea eficiente (obviamente respetando todos los derechos de las partes involucradas y siguiendo las normas que lo dirigen).

Una vez enunciado que el proceso es una vía que ayuda a un resultado eficiente cuando se disputan derechos, cabe preguntarnos si el proceso en sí, siendo una herramienta de ayuda, ¿presenta costos? Si algo ha explicado la economía como disciplina de estudio, es que cualquier acción llevada a cabo por el hombre implica

15 Pueden consultarse todos los detalles acerca de la FTC en: <https://www.ftc.gov/es/acerca-de-la-ftc> (fecha de consulta, 04/10/2022).

16 Las funciones de la Dirección General de la Competencia se pueden consultar en: https://ec.europa.eu/info/departments/competition_es (fecha de consulta, 04/10/2022).

un costo denominado costo de oportunidad;¹⁷ por lo tanto, si el proceso es una serie de acciones, estas desde un punto de vista económico deben presentar costos.

Pero que el proceso implique costos no significa que no sea una herramienta útil para dirimir conflictos entre las personas. De hecho, según Cooter y Ulen (2016), el proceso tiene como propósito la minimización de los costos sociales, los cuales son dos: los costos administrativos (C_a) y los costos de los errores ($c(e)$). Una forma entonces de expresar los costos que se buscan minimizar a través del proceso es:

$$\min CS = C_a + c(e)$$

Los costos administrativos son:

la suma de los costos para los involucrados en el paso por las etapas de una disputa legal, como los costos de presentación, de una reclamación legal, el intercambio de información con la otra parte, la negociación en busca de un arreglo, la litigación y la apelación (Cooter & Ulen, 1998, p. 477).

En igual sentido, los anteriores autores expresan que los costos de error son más difíciles de comprender y medir, dado que aquel error implica partir de que hay un fallo en derecho “perfecto” (Cooter & Ulen, 1998, p. 477).

3.1. NORMAS, PROCESO Y TEORÍA ECONÓMICA

Es indiscutible la relación que debe existir entre el derecho sustancial y el derecho procesal, pues un proceso “ideal” es aquel en el cual la decisión tomada se ajuste a la “veracidad de los hechos” y pueda aplicarse en la mayor cantidad de casos (Arruiz, 2019, p. 126); pero como el proceso es dirigido por humanos, existe la probabilidad que se presenten errores en esta forma de tomar decisiones (a través del proceso), siendo necesario sopesar la decisión de un alargamiento entre en un proceso o aquella más ajustada a los presupuestos normativos. Como explica Arruiz (2019), puede que una sentencia sea incorrecta desde su aspecto sustancial, no legitimándose esta desde su resultado, sino que “resulta necesario encontrar una justificación procesal que la sustente” (p. 127). En otras palabras, aunque es factible que los presupuestos normativos sean perfectos, la reducción de los costos que puedan presentarse en el proceso es el factor que verdaderamente le da la relevancia a este como expresión de la solución a una “lucha de derechos” entre miembros de la sociedad.

Alternativamente a la reducción de los costos sociales que se desprendan de llevar a cabo un proceso judicial, también puede analizarse la reducción de los costos sociales relacionados con el proceso teniendo en cuenta la comparación de los costos asociados con la decisión de demandar y los beneficios que puedan

¹⁷ Este costo en economía se denomina costo de oportunidad y alude a lo que renunciamos por obtener algo.

derivarse de dicha decisión. En efecto, aunque se espere por las partes en litigio que a través del derecho sustancial se satisfaga sus pretensiones, debe tenerse en cuenta que solo una de ellas logrará salir airosa con ellas.

Para ilustrar los elementos constitutivos del proceso desde su visión como un método de asignación de recursos con un propósito (resolver unas pretensiones), Arruiz (2019), a partir de Shavell, toma un proceso hipotético referente a la indemnización de un daño. En este proceso intervienen las siguientes variables: los beneficios obtenidos por quien interpone la demanda identificados con la letra B; la probabilidad de obtener este beneficio (lograr su pretensión), identificado con la letra P, y por último, los costos asumidos en la presentación de la demanda, identificados con la letra C (Arruiz, 2019). Así, entonces el actor demandará si los beneficios obtenidos dada una probabilidad de éxito en su pretensión es mayor al costo que asumirá al presentar la demanda, es decir, si $PB > C$. Acá, se muestra de forma sencilla cómo expresar en variables el incentivo que pueda tener una persona para iniciar una demanda, pero es necesario considerar que quien demanda y es demandado no son los únicos intervinientes en el proceso; también interviene un juez, quien de acuerdo con procedimientos y reglas deberá decidir en derecho y conforme a los elementos probatorios presentados por las partes en pugna y así minimizar el error judicial *in iudicando*.¹⁸

Aquel error, lleva a que desde el Derecho Económico se proponga una suerte de “ayuda” o guía para que el juez pueda tomar su decisión con el menor riesgo de error, y es acá donde la prueba, la teoría económica aplicable y la experticia de un perito en la aplicación se convierten en elementos fundamentales en el proceso.

3.2. LAS PRUEBAS EN EL CONTEXTO ECONÓMICO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

En su libro *La prueba*, Taruffo (2008) expresa la distinción entre los medios de prueba y la prueba como resultado. Esta afirmación entraña un espacio o conexión entre aquellos dos conceptos, que no son de poca monta dado que los medios de prueba deben llevarnos a apreciar los hechos sobre los cuales versa la pugna entre las partes. Sigue Taruffo enunciando que a partir de una adecuada valoración y un raciocinio de aquellos medios de prueba, se puede llegar al hecho probado. En temas económicos para que se pueda dar tal relación entre medios y prueba como resultado, debe mediar una sólida teoría económica, la cual puede ser expuesta por expertos que actúen como peritos en el tema.

En cuanto a la relevancia de las pruebas, el tratadista italiano expresa que su presentación debe ser cuidadosa, definida y bien fundada en los hechos; además expresa que la admisibilidad de la prueba se justifica en los “valores generales o

¹⁸ El error *in iudicando* es aquel error que cometen “los jueces al dictar sentencia y aplicar el derecho” (Arruiz, 2019, p. 131).

intereses específicos que merezcan una consideración especial" (Taruffo , 2008, p. 37). Cuando la controversia requiera de pruebas que versen sobre situaciones que atenten con la libertad de mercado, los valores generales se encuentran en diferentes ordenamientos normativos, como por ejemplo la Constitución Política de Colombia en su artículo 333; los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o el Sherman Act (ley Sherman) en los Estados Unidos de América, por enunciar las normas más reconocidas en nuestro medio, con las cuales se busca proteger el mercado como un espacio de beneficio colectivo a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad y de la igualdad de condiciones para acceder al mercado.

Es entonces en este contexto que los sujetos económicos, al realizar actos económicos diariamente, les pueden generar un daño, malestar o perjuicio a los elementos que sustentan un mercado competitivo, debiéndose recurrir al derecho de la competencia para proteger los derechos y hacer cumplir los deberes de aquellos actores (Jaramillo de los Ríos, 2020).

Estos actos en el mercado dejan señales que deben ser interpretadas según una serie de códigos y significados propios de la teoría económica, para lograr una "apreciación sobre la causalidad de los hechos" (De León, 2003) desde el estudio económico sobre la competencia y el mercado. Así, el estudio de los hechos relacionados con la conducta demandada desde la teoría económica (que ha sido construida según las máximas de experiencia) es necesario, dado que el conocimiento es dinámico, inconstante y fundamentado en saberes científicos y técnicos (Rivera Morales, 2011).

3.2.1. IMPORTANCIA DE LA PRUEBA EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Referirse a los hechos económicos en un sentido jurídico significa aludir a un conjunto de normas que "pueden verse como instrumentos de los que dispone la o el juez para resolver los conflictos jurídicos que se plantean" (González Lagier, 2022), lo cual implica tener sumo cuidado al identificar aquellos hechos o actos que sean pretendidos como elementos a ser considerados en un litigio en el área del derecho de la competencia. En efecto, Ferrer Beltrán (2022) identifica tres momentos o etapas procesales sobre la prueba: un primer momento en el cual se recauda todo el acervo probatorio y que a su juicio debe ser enfatizado en suma importancia; un segundo momento, en cual se valora la prueba, y un tercero en el que debe tomar una decisión motivada.

Una vez identificados los hechos o actos objeto del litigio (dando por descontado que deben estar enmarcados en una norma jurídica), se debe determinar que pueden tomarse como pruebas si hacen parte de un "conjunto de actividades, inferencias, medios e instrumentos que se usan en el marco del proceso judicial para determinar si debe aceptarse que los hechos descritos en el supuesto de hecho" (González Lagier, 2022) y han de denominarse prueba judicial; todo esto hace que

la prueba primero tomada como medio para acercarse al hecho, luego pase por un conjunto de inferencias y razonamientos que traten de demostrar las razones para aceptar que un hecho ha ocurrido, derivándose en razonamiento probatorio.

Así, pues, ya tenemos dos elementos del derecho probatorio que pueden ser mirados análogamente como elementos constitutivos del razonamiento económico. Por un lado, desde el derecho probatorio, están los medios de prueba (orales, documentales, periciales informáticas, etc.) y el razonamiento probatorio; en este mismo orden y de forma análoga, desde el ámbito económico tenemos las observaciones¹⁹ y el razonamiento económico,²⁰ las cuales reciben el nombre de economía descriptiva y teoría económica (Rossetti, 2002).

En orden de ideas, trataremos el tema de la prueba desde su mirada como una observación y, posteriormente, la prueba a partir de su relación con la inferencia o razonamiento de acuerdo con lo expresado en el párrafo anterior.

En cuanto al hecho económico como prueba, cada situación económica es particular, lo mismo que sus hechos; por lo tanto, el comportamiento de un agente económico en el mercado debe ser leído por un analista de acuerdo con la explicación que la teoría económica prevalente en el momento determine (De León, 2003). Las conductas solo pueden ser catalogadas como legales o ilegales si existe previamente una comprensión de las relaciones causales de los hechos, "sin lo cual es imposible calificar la conducta" (De León, 2003).

Con lo anterior se entiende el alcance y la relevancia de los hechos económicos en del derecho de la competencia, puesto que para el derecho "en la gran mayoría de los casos, el objeto de la prueba es una acción realizada por una persona" (González Lagier, 2022), es decir, son actos, movimientos, esfuerzos físicos que podrían quedar plasmados físicamente en algún medio. Esto nos lleva a preguntarnos lo siguiente: entonces, si las pruebas están relacionadas con hechos que a su vez se derivan de acciones u omisiones llevadas a cabo por personas, ¿cómo podemos abordar los hechos que suceden en un sistema económico que tienen un resultado en el mercado o en quienes participan en él?

Esta pregunta reafirma la importancia del modo de acceder al conocimiento de estos hechos. Por un lado, una acción personal puede apreciarse a través de pruebas escritas, documentos privados o públicos, correos electrónicos, testimonios, etc.; a su vez, cuando se trata de temas técnicos y específicos como la expresión

19 Desde un punto de vista metodológico, las observaciones y el registro de los hechos o actos económicos se denominan economía descriptiva, según Rossetti. Para una ampliación de este concepto se puede consultar el numeral Capítulo 1 del libro *Introducción a la Economía* de José Paschoal Rossetti.

20 El razonamiento económico lo podemos asociar con la teoría económica, la cual se basa en principios, teorías, leyes y modelos económicos que, como Rossetti esquematiza, recogen los desarrollos de la microeconomía y la macroeconomía.

de hechos efectuados por los agentes económicos en el mercado (consumidores, empresas, entre otros) que pueden relacionarse con mediciones o indicadores, se necesita de pruebas periciales. En este último caso es vital la prueba pericial.

Dada la especialidad del tema que nos atañe (la libre competencia económica), la prueba pericial tiene una función especial; Taruffo (2008) argumenta al respecto que el juez no es alguien omnisciente, lo cual le imposibilita evaluar algunos hechos materia del litigio, o que tienen que ver con decisiones no litigiosas como en el caso de integraciones empresariales, las cuales tienen un impacto en los derechos colectivos o individuales relacionados con agentes económico en el mercado. Es por ello que hay que “recurrir a peritos expertos en diversos ámbitos para ofrecer al juzgador toda la información técnica y científica necesaria para decidir el caso” (Taruffo, 2008), enfatizando que lo relevante de la prueba pericial no es centrarse en quien la aporta, sino su fiabilidad (Vázquez, 2022).

Es por ello que la calidad de las pruebas periciales determina el buen desarrollo del proceso en cuestión, dado que el juez debe tomar la decisión correspondiente al caso que se trata; esto depende “en buena medida del trabajo que hagan los y las abogadas” (Vázquez, 2022).

Ahora bien, el buen trabajo que los abogados hagan en la presentación de las pruebas es de suma ayuda para el juez, pues este tiene la obligación de resolver en derecho el caso que está en sus manos, y como representante del Estado debe ser lo más probo y profesional en sus decisiones, so pena de incurrir en sanciones que pueden ser de tipo penal, civil o disciplinario (Ramírez Carvajal, 2009).

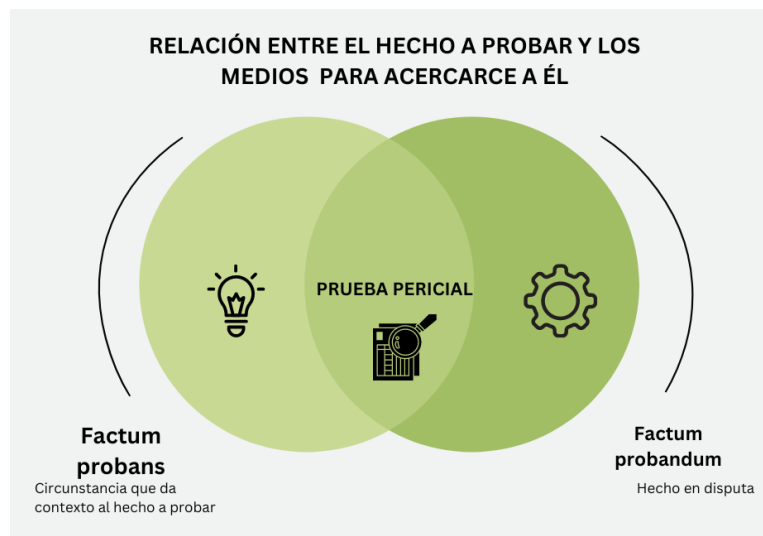
Hasta aquí hemos tratado sobre la prueba pericial, la cual consiste en escuchar el dictamen de un perito sobre hechos relevantes o respondiendo preguntas hipotéticas que surjan de las partes o del juez (Taruffo, 2008); pero en el derecho de la competencia también se trabaja sobre medios de prueba indirectos denominados pruebas circunstanciales. Estas son aquellas inferencias sobre la verdad de un hecho principal obtenidas asumiendo otro hecho (Taruffo, 2008). Esta clasificación es traída dado que, como hemos resaltado a lo largo de este numeral, diferentes hechos económicos susceptibles de llevarse al proceso solo pueden percibirse a través de inferencias que buscan vincular una circunstancia (*factum probans*) con un hecho en disputa (*factum probandum*)²¹ (Taruffo, 2008). En un hecho económico encontramos la conjunción de estas dos clasificaciones de la prueba en el derecho de la competencia. El profesor Taruffo, al exponer la estructura fundamental de las pruebas periciales, explica que el *factum probandum* es descrito a través de un enunciado relacionado con un hecho principal, y que el *factum probans* pudo

21 Una relación de ambas definiciones en el estudio de la prueba es la que expresa Taruffo (2008): “la estructura fundamental de las pruebas circunstanciales está determinada por la conexión inferencial por medio de la cual el juzgador vincula una circunstancia (el *factum probans*) con un hecho en disputa (el *factum probandum*).

ser percibido directamente por el juzgador, o “porque esta circunstancia ha sido demostrada a través de medios de prueba específicos” (Taruffo, 2008).

El anterior juego de palabras pareciera ser un poco confuso, pero su relación es clara según el siguiente diagrama de VENN de la Figura 2, que es clara al situar la prueba pericial en el ámbito simultáneo de las circunstancias que contextualizan el hecho a probar y el hecho que se busca probar.

Figura 2. Relación entre hecho a probar, contexto y medios de prueba.



Fuente: elaboración propia.

Ya que hemos mostrado la importancia que tiene la prueba pericial a partir de cómo nos acercamos al hecho en disputa y cómo el perito interpreta estos elementos probatorios desarrollados a través, por ejemplo, de las pruebas técnicas y las pruebas estadísticas, hablemos del contexto en el que se interpretan estas pruebas.

3.2.2. CONTEXTO DE LA PRUEBA EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Para que la prueba pericial tenga un sentido útil en el proceso, es decir, que aquella sirva al juzgador o aquel que tiene la potestad para tomar una decisión administrativa y así resolver el caso, es necesario que sea leída en un contexto; como nos estamos refiriendo a hechos relacionados con el derecho de la competencia, es necesario establecer el contexto económico en el que se analizan las pruebas.

Así, pues, tratamos la escuela de pensamiento económico que sustenta el análisis actual en el tema probatorio del derecho de la competencia. Si bien la escuela neoclásica es principalmente la que le da sustento al análisis de las controversias en el derecho de la competencia, los cambios en los factores económicos como en los tipos de bienes y servicios surgidos del mercado, sus usos

y provechos, entre otros, han ocasionado que se requiera una teoría económica que explique el comportamiento y la interacción de todos aquellos elementos en aquel; eso sí, sin perder el objetivo básico que es la satisfacción del mayor número de necesidades de los usuarios (si hablamos de servicios) o de consumidores (si hablamos de bienes).

Para explicar este cambio, tomaremos un ejemplo de la evolución en la definición de un concepto básico en cualquier proceso desarrollado en temas de prácticas restrictivas de la libre competencia,²² abusos de posición de dominio²³ o integraciones empresariales:²⁴ *el mercado relevante*. Un mercado relevante es el “segmento económico donde una empresa está impidiendo el libre desarrollo de la oferta y la demanda” (Velandia, 2011), y, como ya lo hemos dicho, en el mercado hay derechos de sus participantes que deben ser respetados y protegidos por el Estado. Ahora bien, siguiendo con la definición de Velandia, el mercado relevante tiene dos elementos. El primero, el mercado geográfico que comprende el territorio en donde hay empresas que compiten con sus productos y otras que no están, pero estarían interesadas y tienen la capacidad para ingresar a dicho mercado. Un segundo elemento es el mercado producto, donde existe un producto principal (objeto de análisis) y otros productos secundarios o sustitutos perfectos del producto principal. Dicha sustituibilidad se da por usos, precios, composición, empaque, entre otras características de aquellos.

Figura 3. Composición del concepto “mercado relevante”.



Fuente: elaboración propia.

22 Las prácticas restrictivas de la competencia son todos aquellos actos o acuerdos que impiden el libre juego de la oferta y la demanda a través de los agentes económicos que las ejercen.

23 Para definir el abuso de la posición de dominio, primero es necesario definir qué es esta. La posición de dominio es la situación que logra una empresa al poder tomar decisiones sobre precio y cantidad de un bien o servicio, sin que necesariamente deba considerar la respuesta en precios y cantidades de otras empresas en el mercado. Así, cuando una empresa toma ventaja de su posición de dominio para evitar la competencia en el mercado, se dice que abusa de aquella.

24 Las integraciones empresariales se presentan cuando dos o más empresas convergen en unidad de mando y dirección bajo una sola persona jurídica. Así, antes había dos o más empresas en un mercado, de lo cual se espera que favorezca la libre competencia. Cuando se reduce entonces el número de competidores, se espera que dicha competencia también se reduzca.

La utilidad y practicidad del concepto de mercado relevante para el derecho de la competencia radica en que:

tiene con frecuencia una influencia decisiva en la valoración de un caso de competencia, al hacer públicos los procedimientos que se sigue para determinar el mercado y al indicar los criterios y elementos de prueba en los que basa para tomar una decisión (Signes de Mesa, 2013, p. 86).

Para que este concepto sea práctico y útil en el derecho de la competencia, debe ser considerado como parte del sistema de protección de la libre competencia. Así, en distintas jurisdicciones administrativas se redactaron documentos en los que se indica el valor de una debida definición del mercado relevante necesario para la decisión en la materia. Estos documentos toman el nombre de directivas, guías, documentos de orientación, entre otros, dependiendo de la jurisdicción. Para nuestro ejemplo, tomaremos la jurisdicción europea, en donde el Consejo Europeo es la máxima autoridad administrativa en materia de protección de la libre competencia.

3.2.3. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE MERCADO RELEVANTE EN LA UNIÓN EUROPEA A PARTIR DE LA EVOLUCIÓN EN LA TEORÍA ECONÓMICA DEL MERCADO

La definición del mercado relevante que en el argot europeo del derecho de la competencia se denomina *mercado de referencia*. Se hizo por primera vez a través de la comunicación C 372/3 de diciembre 12 de 1997, "Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia".²⁵ En esta encontramos que la comunicación orienta y define el concepto de mercado de referencia indicando criterios y elementos de prueba, los cuales son necesarios para la solución de conflictos en esta área. Así, entre los numerales 33 y 52 que tratan sobre: "El proceso e [sic] reunión de elementos de prueba" se explican los elementos para analizar las características del producto principal, sus sustitutos y la zona geográfica donde las empresas operan o estarían interesadas en operar.

Los numerales 36 a 43 comprenden los "elementos de apreciación utilizados para definir los mercados. La dimensión del producto"; estos elementos giran alrededor de percepciones cualitativas y ensayos cuantitativos sobre los cambios ocasionados por los precios en las preferencias de los consumidores acerca de los bienes y servicios. Por supuesto que esta comunicación tiene como sustento la teoría económica del mercado acorde con la realidad de este en su momento (mediados de la década del 90 del siglo xx), la cual se fundamenta en la teoría económica neoclásica de los mercados que, a su vez, se centra en el precio de un

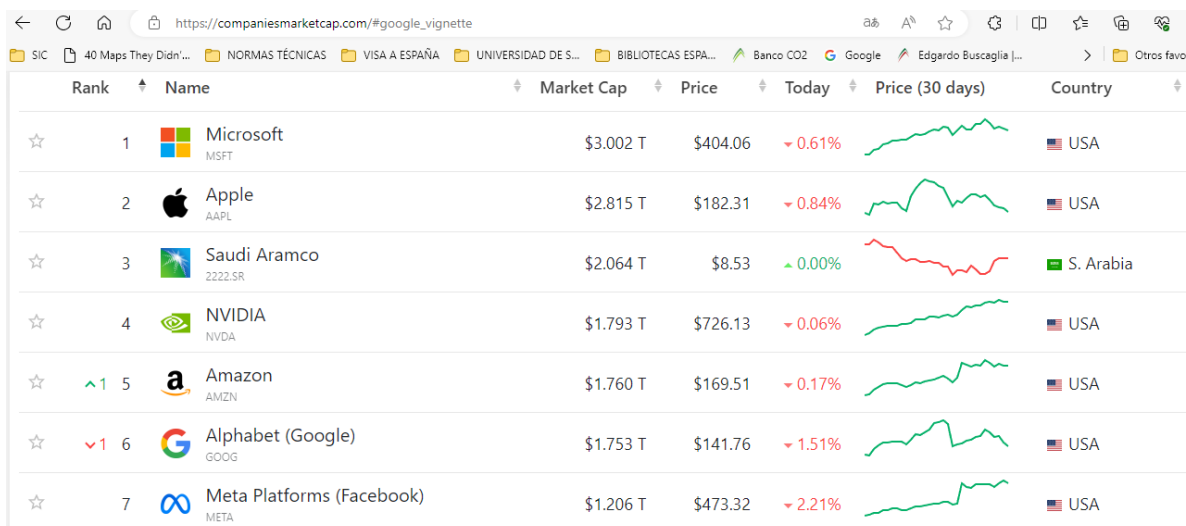
²⁵ La Comunicación puede ser consultada descargándola del siguiente enlace: EUR-Lex - 31997Y1209(01) - EN - EUR-Lex (europa.eu)

bien o servicio como resultado de la interacción entre demanda y oferta, y el cual es el resultado del comportamiento de sus determinantes.

Frente a la comunicación 97/C 372/3 del 1997, el contexto económico actual es muy distinto al de aquel año. La economía digital²⁶ está presente en la mayoría de las actividades económicas del planeta, en donde uno de sus componentes más representativos, el comercio electrónico, tuvo los siguientes desempeños:²⁷ un monto de transacciones para el año 2022 de 3,82 billones de USD; un aumento medio de 8,1 % (2005-2022) en exportaciones de servicios prestados digitalmente, como cifras que representan la importancia de este sector en la economía mundial.

Adicionalmente, a febrero de 2024, seis de las primeras empresas con mayor valor de mercado están relacionadas directamente con desarrollo de software y hardware (Microsoft; Apple; NVIDIA; Amazon; Alphabet y Meta platforms) como puede observarse en la Figura 4:

Figura 4. Compañías más grandes según capitalización bursátil (valor de mercado en \$USD)



Rank	Name	Market Cap	Price	Today	Price (30 days)	Country
1	Microsoft (MSFT)	\$3.002 T	\$404.06	-0.61%		USA
2	Apple (AAPL)	\$2.815 T	\$182.31	-0.84%		USA
3	Saudi Aramco (2222.SR)	\$2.064 T	\$8.53	-0.00%		S. Arabia
4	NVIDIA (NVDA)	\$1.793 T	\$726.13	-0.06%		USA
5	Amazon (AMZN)	\$1.760 T	\$169.51	-0.17%		USA
6	Alphabet (Google) (GOOG)	\$1.753 T	\$141.76	-1.51%		USA
7	Meta Platforms (Facebook) (META)	\$1.206 T	\$473.32	-2.21%		USA

Fuente: Companies Market Cap (s. f.).

La figura muestra la relevancia económica que el sector de la economía digital ha tomado, por lo que es necesario replantear la forma como las autoridades que protegen la libre competencia analizan su comportamiento en el mercado.

Esto llevó a que, en el año 2020, la Comisión Europea revisara exhaustivamente la Comunicación sobre la definición de mercados de referencia, concluyendo

²⁶ La economía digital se define como “una economía basada en las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)” (Overby & Audestad, 2021) (traducción nuestra).

²⁷ Según el Informe Anual de 2023 de la Organización Mundial del Comercio, página 81, el cual puede ser consultado a través del siguiente enlace: ar23_s.pdf (wto.org)

con la Comunicación C/2024/1645²⁸ presentada en febrero de 2024, en la cual se incluye el impacto en I+D en los sectores de economía digital. Esta Comunicación, según palabras de Margrethe Vestager, vicepresidenta ejecutiva encargada de la competencia, tiene entre sus elementos clave “la amplia visión general de las distintas fuentes de prueba y su valor probatorio para los análisis de definición de mercado”,²⁹ lo cual actualiza elementos valiosos en para el proceso. Cabe destacar que la versión del año 2024 incluye elementos conceptuales como plataformas multilaterales o economías de red indirectas, los cuales son propios de una economía digital con características bien diferentes a las de un mercado tradicional.

4. CONCLUSIONES

Cuando ocurren procesos con ocasión del ejercicio de la protección de los derechos de quienes participan en el mercado, se exige una apropiada definición de los elementos probatorios, así como una apropiada valoración de estos. Esto implica que:

- Se debe tener claridad y objetividad sobre los elementos conceptuales que explican el comportamiento de un mercado a la luz de la teoría económica propia que lo analiza.
- El proceso debe ser un aspecto que ayude a reducir los costos en los que incurren tanto la sociedad como para las partes en disputa.
- Al tratarse muchas veces de hechos económicos cuyo suceso no se puede analizar directamente a través del actor o los actores que lo llevaron a cabo, es necesario abordarlos a través de medios de prueba indirectos denominados pruebas circunstanciales.
- Estos medios de prueba en el derecho de la competencia incluyen testimonios, evidencias escritas, entre otros, siendo las pruebas técnicas (fundamentadas en la teoría económica) y las estadísticas las que se emplean en alto grado por parte de las autoridades económicas que protegen la libre competencia.
- Concurren con las anteriores las pruebas periciales, en las que un experto en el área del litigio le ayuda a la autoridad respectiva a comprender los elementos de prueba que aporten las partes para una mejor toma de la decisión en derecho.

28 [eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=PI_COM:C\(2023\)6789](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=PI_COM:C(2023)6789)

29 Comunicado de prensa febrero 8 (Comisión Europea, 2024): Anuncio de definición de mercado para casos de competencia (europa.eu)

- Este dictamen pericial debe estar contextualizado con la teoría económica que explica el hecho en cuestión; solo así se puede correlacionar una adecuada decisión en derecho con una reducción de los costos asociados al proceso.
- Un ejemplo del cambio en las actividades económicas que han llevado a que la teoría económica se actualice y a que, a su vez, las autoridades que protegen la libre competencia actualicen sus directrices sobre este tema es la definición del mercado de referencia o mercado relevante; esto puede observarse al comparar las directivas al respecto emanadas de la Comisión Europea en los años 1997 y 2024.

REFERENCIAS

Arruiz, S. G. (2019). Análisis económico del derecho procesal. En H. Acciarri (dir.), *Derecho, economía y ciencias del comportamiento* (pp. 125-146). Ediciones SAIJ. <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1713>

Comisión Europea. (7 de febrero de 2024). *Commission adopts revised Market Definition Notice for competition cases*. Press corner. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_6001

Companies Market Cap. (s.f.). *Companies ranked by Market Cap*. CompaniesMarketCap.com

Congreso de la República de Colombia. (24 de julio de 2009). *Ley 1340 de 2009*. DO: 47.420. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1340_2009.html

Cooter, R., & Ulen, T. (1998). *Derecho y economía* (1ª. ed.). Fondo de Cultura Económica.

Cooter, R., & Ulen, T. (2016). *Law and Economics*. Pearson.

Curtis, D., & Irvine, I. (2022). *Principles of Microeconomics*. Lyrics.

De León, I. (2003). La prueba indiciaria en los casos de restricciones a la competencia. *Foro del Jurista*, 27-45.

Ferrer Beltrán, J. (coord.) (2022). *Manual de razonamiento probatorio*. Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Gerardin, D., Layne-Farrar, A., & Petit, N. (2012). *EU Competition Law And Economics*. Oxford University Press.

González Lagier, D. (2022). Prueba, hechos y verdad. En J. Ferrer Beltrán (coord.), *Manual de razonamiento probatorio* (pp. 1-46). Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Greenlaw, S., & Taylor, T. (2017). *Principles of Microeconomics*. Rice University. <https://openstax.org/details/books/principles-microeconomics-2e>

Jaramillo de los Ríos, L. F. (2020). Prácticas restrictivas de la libre competencia: contexto y hecho económico como prueba. En D. A. Agudelo Mejía, L. Pabón Giraldo, L. O. Toro Garzón, & M. M. Bustamante Rúa (coord.), *Nuevas dinámicas del derecho procesal* (pp.299-319p. . Sello Editorial Universidad de Medellín.

Jaramillo de los Ríos, L. F., & Villa Orrego, H. A. (2015). La integridad del mercado como mecanismo de protección de los derechos colectivos. *Revista Jurídicas*, 12(2), 9-25. doi:10.17151/jurid.2015.12.2.2

Mankiw, G. N. (2017). *Principios de Economía*. Cengage Learning Editores.

Márquez Escobar, C. P. (2005). *Anotaciones sobre el Análisis Económico del Derecho*. Pontificia Universidad Javeriana.

Márquez Robledo, F. (2005). *Apuntes sobre Derecho Económico y Derecho de la Competencia*. Pontificia Universidad Javeriana.

North, D. (1993). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Fondo de Cultura Económica.

Organization for Economic Cooperation and Development. (2023). *OECD*. <https://www.oecd.org/daf/competition/theories-of-harm-for-digital-mergers-2023.pdf>

Overby, H., & Audestad, J. (2021). *Introduction to Digital Economics*. Springer.

Ramírez Carvajal, D. M. (2009). *La prueba de oficio: una perspectiva para el proceso dialógico civil*. Universidad Externado de Colombia.

Rivera Morales, R. (2011). *La probática y el Derecho Probatorio* [conferencia magistral] curso de probática y derecho probatorio Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo Universidad de Medellín. Medellín.

Rossetti, J. P. (2002). *Introducción a la Economía* (18^ª ed.). Oxford University Press.

Sierralta Ríos, A. (1988). *Introducción a la Juseconomía*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Signes de Mesa, J. I. (2013). Fundamentos del derecho y la política de la competencia. En AAVV, *Derecho de la competencia* (pp. 29-90. Civitas-Thomson Reuters.

Smith, A. (2011). *La riqueza de las naciones* (3^ª ed.) (C. Rodríguez Braun , Trad.) (original publicado en 1776). Alianza Editorial.

Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Marcial Pons.

Vázquez, C. (2022). La conformación del conjunto de elementos de juicio: la práctica de la prueba pericial y de la prueba testifical. En J. Ferrer Beltrán (coord.), *Manual de razonamiento probatorio* (pp. 243-288). Suprema Corte de Justicia de la Nación.

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

40 | TEMAS PROCESALES

2024-2



RED

— Proceso y Justicia —

La constante evolución del derecho procesal y su impacto en la vida cotidiana exigen una mirada renovada que permita comprender y enfrentar los retos que emergen de las realidades sociales, económicas y tecnológicas. En este contexto, nuestra Revista Temas Procesales se posiciona como un espacio de reflexión crítica, interacción académica y construcción de conocimiento colectivo enfocado en las problemáticas actuales que debe afrontar el derecho procesal.

Con esta edición, reafirmamos nuestro compromiso de generar un impacto significativo en el estudio y la práctica del derecho procesal, apostando por una aproximación crítica, inclusiva y comprometida con los valores de justicia y equidad. Invitamos a nuestros lectores a sumergirse en estas reflexiones, convencidos de que cada aportación contribuye a enriquecer un campo jurídico tan dinámico como indispensable. Juntos, sigamos construyendo un derecho procesal más justo, abierto y pertinente.