

SECCIÓN I

ARTÍCULOS DE AUTORES NACIONALES

ACTUALIDAD EN DERECHO DE LA COMPETENCIA LOGROS Y TAREAS PENDIENTES

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO*

RESUMEN

Con posterioridad a la expedición de la Ley 1340 de 2009, se han expedido en Colombia dos normas sobre derecho de la competencia que, pese a que no cuentan con la importancia de la mencionada ley, han introducido cambios importantes: El llamado “Estatuto Anticorrupción” (Ley 1474 de 2011) y el Decreto-Ley “Antitrámites” (decreto 019 de 2012). El presente artículo analiza los avances que, en materia de competencia, se han realizado des-

* Abogado y socioeconomista javeriano. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Máster en Derecho de la Universidad de Cornell. Profesor de Derecho de la Competencia a nivel de pregrado y posgrado en las Universidades Javeriana, Externado y otras. Conferencista en Derecho de la Competencia a nivel nacional e internacional. Director del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, Director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia - CEDEC. Socio de la firma Esguerra Barrera Arriaga.

de la expedición de la Ley 1340 de 2009. Adicionalmente, explica cuáles son las modificaciones que sería deseable introducirle a la normativa de competencia, con el fin de dotarla de mejores elementos para cumplir con su misión de proteger la libre y leal competencia en los mercados colombianos.

Palabras clave: libre competencia, Estatuto Anticorrupción, Ley Antitrámites.

COMPETITION LAWS IN COLOMBIA ACHIEVEMENTS AND CHALLENGES FOR THE FUTURE

Abstract

Since the expedition of Law 1340 in 2009, two new laws have referred to antitrust in Colombia. Though they don't have the importance of the mentioned law, they introduced interesting changes. These laws are: Law 1474 of 2011, better known as the "Anticorruption Statute", and Law-Decree 019 of 2012, better known as the "Anti-Bureaucracy Statute". This article analyzes the achievements that have been made in the frame of anti-trust laws since Law 1340 was issued. Additionally, it explains the modifications that should be introduced to our Competition Laws in order to endow them with better instruments that will allow the authority to accomplish its mission to protect free competition in the Colombian markets.

Key words: *Free competition, Anticorruption Statute, Anti-Bureaucracy Statute*

La evolución del derecho de la competencia en Colombia puede dividirse en dos etapas principales que a su vez pueden ser subdi-

vididas en muchas otras, según la profundidad y el detalle que se le quiera dar al análisis.

La primera de las mencionadas etapas principales va desde la Ley 155 de 1959, por medio de la cual se expidió la primera normativa estructurada de derecho de la competencia, hasta la expedición la expedición del Decreto Especial 2153 de 1992, por medio del cual se organizaron las conductas anticompetitivas en varias categorías que incluyen la prohibición general, los acuerdos anticompetitivos, los actos anticompetitivos y las conductas de abuso de la posición dominante. Esta etapa pasa, por supuesto, por la expedición de la Constitución Política de 1991, en la cual se consagró por primera vez la Libre Competencia Económica como un derecho de todos que supone responsabilidades.

La segunda etapa va desde la expedición del decreto 2153 de 1992 hasta nuestros días, período dentro del cual se expidió a Ley 1340 del 24 de julio de 2009, cuyos aspectos más relevantes son:

- Estableció la Autoridad Única de Competencia en cabeza de la SIC.
- Armonizó el Régimen General de Libre Competencia con los Regímenes Especiales.
- Fortaleció la abogacía de la competencia y la coordinación entre entidades estatales para temas de competencia.
- Modificó los umbrales y el procedimiento de las concentraciones empresariales.
- Modificó el régimen de las garantías como mecanismo para la terminación anticipada de investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia.
- Incrementó la posibilidad de participación de terceros en las investigaciones de prácticas restrictivas de la competencia y en el trámite de las concentraciones empresariales.
- Estableció un programa de delación o de clemencia.

- Incrementó notablemente la capacidad sancionatoria de la SIC que ahora va hasta cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (100.000 SMLMV) o hasta el 150% de la utilidad generada por la conducta anticompetitiva en el caso de las personas jurídicas¹; y hasta dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (2.000 SMLMV)².
- Incrementó el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC que antes de la ley era de tres (3) años y ahora es de cinco (5) años.
- Estableció unos mecanismos especiales de intervención del Estado en el sector agrícola, los cuales eventualmente permitirán exceptuar conductas y situaciones de la aplicación de las normas de competencia.

Después de la Ley 1340 de 2009 se han expedido algunas normas adicionales, que, aunque no tienen la entidad e importancia de la mencionada ley, han introducido modificaciones interesantes que vale la pena destacar.

La primera de estas normas es la Ley 1474 de 2011, mejor conocida como el Estatuto Anticorrupción. El artículo 27 de la mencionada ley se refiere a los “*Acuerdos restrictivos de la competencia*” y convierte en delito los acuerdos anticompetitivos de colusión en licitaciones u ofertas públicas expresamente señalados como anticompetitivos por el numeral 9 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, cuando se trate de procesos de contratación estatal.

Como consecuencia de la expedición de esta norma, el derecho colombiano de la competencia incursiona en el terreno de la

1. Antes de la ley, la multa máxima era de hasta dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (2.000 SMLMV).

2. Antes de la ley, la multa máxima era de hasta trescientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (300 SMLMV).

represión criminal de las conductas anticompetitivas, con las consecuencias que esto tiene. De otra parte, el párrafo del artículo en comento dispone que las personas acusadas de este delito (es decir, colusión en licitaciones u ofertas públicas de contratación estatal) que reciban el beneficio total de delación establecido por la Ley 1340 de 2009, obtendrán como beneficio dentro del proceso penal, la reducción de la pena privativa de la libertad en una tercera parte, una rebaja del cuarenta por ciento (40%) de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años.

La segunda norma es el Decreto Ley 019 de 2012, o Ley “*Antitrámites*”, cuyo objetivo general es el de facilitar las actividades de las personas naturales y jurídicas, para lo cual suprime o reforma los trámites, procedimientos y regulaciones innecesarios existentes en la administración pública. Se basa en el postulado de los artículos 83 y 84 de la Constitución Política, que establecen, respectivamente, que las actuaciones de los particulares y de las entidades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fe, y que cuando un derecho o una actividad se hayan reglamentado de manera general, las autoridades no pueden establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.

En los artículos 155 y siguientes, el mencionado decreto modifica algunos de los trámites que se deben seguir ante la SIC en los procesos que se adelantan ante esa entidad:

- El artículo 155 del decreto modifica el procedimiento de prácticas restrictivas de la competencia contenido en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, en el sentido de establecer de manera expresa el término que se le concede a los imputados para ejercer el derecho de defensa en una investigación por prácticas restrictivas de la competencia, una vez les es notificada la resolución por medio de la cual se ordena la apertura de una investigación formal en su contra.

De conformidad con la norma mencionada, una vez la resolución de apertura es notificada, el o los investigados cuentan con un término de veinte (20) días hábiles para solicitar y aportar las pruebas que pretenden hacer valer en su defensa dentro de la investigación administrativa, para presentar sus descargos y para ofrecer garantías, si lo estiman pertinente.

Esta norma no resulta conveniente porque le pone una camisa de fuerza tanto a los investigados como a la autoridad, ya que en investigaciones complejas puede requerirse de un término mayor para preparar la defensa y evaluar la posibilidad y suficiencia de unas posibles garantías.

- El mismo artículo señala que instruida la investigación, se cita a una audiencia en la que los involucrados expongan sus argumentos de manera verbal. Antes del decreto 019 de 2012, esta audiencia no existía y esta modificación resulta consecuente con la tendencia de nuestro derecho hacia la oralidad.
- Una vez realizada la audiencia mencionada, el superintendente delegado de Protección a la Competencia presenta ante el superintendente de Industria y Comercio, un informe motivado en el cual se valoran las pruebas recaudadas y se recomienda al superintendente absolver o sancionar. El Decreto 019 de 2012 establece que del informe motivado se le corre traslado por veinte (20) días hábiles al investigado y a los terceros interesados. Este término tampoco existía en la legislación anterior.
- También dispone la ley que si en el informe motivado se considera que no se cometió ninguna infracción, el Superintendente de Industria y Comercio podrá acoger integralmente los argumentos del informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado. Esta posibilidad no existía antes del mencionado decreto.

- Este artículo permite, como lo permitía la legislación anterior, clausurar la investigación cuando el infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará su conducta. Esto se deberá hacer en el plazo que la SIC otorga para solicitar o aportar pruebas.
- La Ley 1340 de 2009 había estipulado que la SIC expediría guías que indicaran los criterios con base en los cuales se analizarían las obligaciones de los investigados y las formas en las que estas se garantizarían. Esa estipulación fue suprimida.
- En el artículo 156 del decreto, se impone a los investigados la obligación de publicar tanto en un diario de circulación nacional o regional, como en la página Web de la entidad (lo cual no se exigía antes), sobre el inicio del trámite de integraciones empresariales, la apertura de investigaciones, la imposición de sanciones y las garantías aceptadas.
- El artículo 157 del decreto establece que quien acredite un interés directo e individual en investigaciones por prácticas comerciales restrictivas podrá, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la publicación de la apertura de la investigación en la página Web de la SIC, intervenir, aportando las consideraciones y pruebas que pretendan hacer valer para que la SIC se pronuncie en uno u otro sentido.
- El artículo 158 del decreto modifica el procedimiento de notificación de las decisiones de apertura, resolución de recursos, sanción y aprobación de garantías. Hoy en día las notificaciones de los mencionados actos son personales o por aviso. Para el efecto, una vez proferida la decisión se remite a su destinatario una citación para que dentro del término de cinco (5) días hábiles se presente a la SIC y reciba personalmente la notificación.

Si la notificación personal no se lleva a cabo en el término señalado, la SIC remitirá un aviso a la dirección, el número de fax o la dirección de correo electrónico que consten en el ex-

pediente. Dicho aviso especificará: la fecha del acto, la autoridad que lo expide, los recursos que se podrían interponer y las autoridades ante las cuales se podrían interponer, los plazos y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar del destino. El aviso se enviará junto con una copia íntegra del Acto Administrativo correspondiente.

Si se desconoce la información del destinatario, el aviso se publicará en la página electrónica de la SIC y, en todo caso, en un lugar de acceso al público por cinco (5) días hábiles, con la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso.

En el expediente se dejará constancia de la remisión o publicación del aviso y de la fecha en que por este medio quedará surtida la notificación personal.

- Por último, el artículo 159 del decreto faculta al Superintendente de Industria y Comercio a guardar en reserva la identidad de quienes soliciten beneficios por colaboración.

Una vez explicados de manera resumida los principales cambios introducidos hasta la fecha en nuestra normativa de competencia, se procede expresar aquí, de manera también resumida, las modificaciones que sería deseable introducirle con el fin de dotarla de mejores elementos para cumplir con su misión de proteger la libre y leal competencia en los mercados colombianos.

En este sentido, se considera que tres son los cambios fundamentales que requiere la normativa de competencia en nuestro país:

- La autoridad debe ser colegiada y no unipersonal como es ahora. La autoridad se podría estructurar en la forma de una Comisión de Competencia, lo cual le sumará independencia, ecuanimidad y le permitirá ser más resistente a los intentos de

captura por los sectores económicos, políticos o por el mismo Estado.

- La autoridad debe ser independiente del gobierno. Sus miembros deben ser nombrados por un sistema de pesos y contrapesos, con base en sus calificaciones académicas y experiencia profesional, pero deben contar con un término estable y no estar sometidos del libre nombramiento y remoción del Presidente de la República.
- Debe existir independencia y separación entre la entidad que decide sobre el inicio de las investigaciones y las instruye, y la entidad que produce el fallo. En este momento el superintendente delegado de Promoción de la Competencia es un subalterno, de libre nombramiento y remoción del Superintendente de Industria y Comercio y participa en la redacción de los actos administrativos definitivos, con lo cual no se cumple el postulado contenido en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, según el cual *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella...”*.

Para el efecto debería crearse un Tribunal de Competencia, al cual la Comisión le presente las investigaciones que realice, con el fin de que los investigados tengan mayor certeza respecto de la independencia y autonomía de su fallador, como ocurre en numerosas jurisdicciones.

