

EL DISEÑO DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA EN COLOMBIA: NECESIDAD DE INTRODUCIR REFORMAS

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO*

RESUMEN

En el presente artículo se pretende abordar de manera muy breve la temática del diseño de la Autoridad de Competencia en Colombia. Para el efecto se muestra la estructura de la autoridad a través del tiempo, se formulan algunas críticas al respecto y se proponen reformas puntuales para mejorar su desempeño en materia de efectividad, independencia y de la garantía de los derechos tanto

* 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 los denunciantes como de los denunciados, al igual que los de los demás afectados por las prácticas y operaciones que investiga o analiza la autoridad.

Palabras clave: Superintendencia de Industria y Comercio, libre competencia.

THE STRUCTURE OF THE ANTITRUST AUTHORITY IN COLOMBIA: THE NEED TO INTRODUCE REFORMS

Abstract

This article briefly analyzes the structure of the Colombian Competition Authority. For that purpose it shows the structure of the authority through time, presents some in that regard and makes some propositions in order to improve its performance, specifically regarding its effectiveness, its independence and the guarantee of the defendant's and the petitioner's rights, as well as the rights of everyone affected by the practices and transactions the Competition Authority investigates.

Key words: Superintendence of Industry and Commerce, Free competition.

1. ANTECEDENTES Y SITUACIÓN ACTUAL DE LA NORMATIVA DE COMPETENCIA

La evolución del derecho de la competencia en Colombia puede dividirse en dos etapas principales que a su vez pueden ser subdivididas 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 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 la Ley 1340 del 24 de julio de 2009, cuyos aspectos más relevantes son los siguientes:

- 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 a hasta cien mil salarios mínimos legales men-

suales 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, a las cuales no me referiré en este documento.

2. EL DISEÑO DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA A TRAVÉS DEL TIEMPO

La Superintendencia de Industria y Comercio ha sido modificada en su estructura y funciones a través del tiempo. Los hitos más importantes en su evolución, son los siguientes:

2.1 DISEÑO DE LA SIC EN LA LEY 155 DE 1959

Como se sabe, a pesar de que hemos podido encontrar algunas normas anteriores sobre este tema, inclusive algunas que datan

-
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).

del siglo XIX, está claro que la aplicación del derecho de la competencia se inició en Colombia con la Ley 155 de 1959.

La autoridad de la competencia bajo la Ley 155 de 1959 era el Ministerio de Fomento, el cual investigaba las conductas anticompetitivas a través de las distintas superintendencias. Este diseño tenía la ventaja de que la autoridad que investigaba las conductas era claramente diferente de aquella que adoptaba las decisiones, con lo cual se garantizaba su independencia e imparcialidad. Como se verá adelante, éste es uno de los problemas que se asignan hoy día al diseño de la autoridad de la competencia, ya que no existe independencia entre quien investiga y quien sanciona.

El Decreto Ley 2974 de 1968, reorgánico del Ministerio de Fomento, fue expedido en virtud de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente por la Ley 65 de 1967. Este decreto creó la Superintendencia de Industria Comercio que remplazaría en sus funciones al Ministerio de Fomento. El Decreto Ley 623 de 1974 revisó la “*organización administrativa de la Superintendencia de Industria Comercio*” y le confirió nuevas funciones³. El artículo 25 del Decreto Ley 2974 de 1968 establecía:

“**Artículo 25.-** Créase la Superintendencia de Industria y Comercio adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico y encargada de cumplir las funciones de vigilancia y control que de acuerdo con las normas vigentes corresponden al Ministerio de Fomento”.

Como se puede observar, en los artículos 12 a 17 de la mencionada Ley 155 de 1959, los funcionarios encargados de instruir las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia eran diferentes de los que adoptan las decisiones, característica

3. Véase CUELLO IRIARTE, GUSTAVO, “La Superintendencia de Industria Comercio”. Revista *Universitas*, Núm. 48. Bogotá: 1975, pág. 303 y ss.

inicial que como ya se dijo, contribuye a preservar los derechos constitucionales de los investigados y a que la autoridad adopte decisiones imparciales⁴.

2.2 DECRETO LEY 3307 DE 1964. REFORMA LA LEY 155 DE 1959

El decreto asigna las funciones de control de las prácticas restrictivas de la competencia a la Superintendencia de Regulación Económica. Como se vio atrás, estas facultades fueron asignadas posteriormente a la Superintendencia de Industria y Comercio, creada por el Decreto Ley 2974 de 1968.

2.3 DECRETO LEY 3466 DE 1982. ESTATUTO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Por medio de este decreto se expidió el Estatuto de Protección al Consumidor y se asignó a la Superintendencia de Industria y Comercio su aplicación.

La normativa de protección al consumidor forma parte del derecho de la competencia y de los mercados y tiene total afinidad con las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia, cuyo objetivo principal es el bienestar del consumidor. La normativa designa a la SIC como autoridad responsable de velar por su aplicación.

4. Debe tenerse en cuenta que los artículos 12, 14, 15, y 16 fueron derogados tácitamente por el Decreto-Ley 2974 de 1968, mediante el cual se creó la Superintendencia de Industria y Comercio. Posteriormente en el Decreto-Ley 623 de 1974, se le otorgaron nuevas funciones a la SIC.

2.4 DECRETO 2153 DE 1992

Este decreto fue expedido con base en las facultades temporales que le otorgó al Presidente de la República el artículo 20 transitorio de la Constitución Política, con el fin de que adecuara la estructura de las entidades de la rama ejecutiva a la nueva Constitución.

En su momento el decreto fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad radicada por el doctor JESÚS VALLEJO MEJÍA ante el Consejo de Estado, que tiene la facultad residual de revisión constitucional de los actos de la administración. La demanda se centraba en que el artículo 20 transitorio de la Constitución había facultado al Gobierno para adecuar la estructura de la administración pública a la Carta, pero no para expedir normas sustanciales como las que contiene el decreto 2153 de 1992, el cual contiene definiciones de conductas prohibidas.

Para decidir, el Consejo de Estado tuvo en cuenta que las definiciones de conductas están íntimamente ligadas en el decreto a las funciones de las distintas dependencias de la SIC y concluyó que no se pueden asignar funciones sin explicar el contenido de las mismas, razón por la cual declaró la constitucionalidad del decreto.

Como ya se dijo, para la expedición del decreto, el Gobierno tuvo en cuenta la opinión de la comisión de expertos canadienses que visitó el país, encabezada por SHYAM KHEMANI. La influencia de la escuela canadiense de la competencia se deja sentir en varios aspectos del decreto.

En relación con los aspectos institucionales, el decreto crea nuevas dependencias dentro de la Superintendencia de Industria y Comercio. En primer lugar, crea la Superintendencia Delegada para la Promoción de la Competencia. De esta delegatura dependen los distintos grupos de trabajo que hoy en día se han formado para asistir al superintendente delegado en la instrucción de las investigaciones. Así mismo, el decreto crea el Con-

sejo Asesor del Superintendente, como un órgano colegiado de Consulta del Superintendente en materias relacionadas con la promoción de la competencia. El Consejo se integra con cinco (5) expertos en materias empresariales, económicas o jurídicas, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República.

La estructura diseñada para la Ley 155 de 1959 fue mantenida en el decreto 2153 de 1992, ya que el superintendente delegado de Promoción de la Competencia que es el funcionario que expide la resolución de apertura de la investigación, la dirige y elabora el informe motivado, era un funcionario de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, con lo cual tenía independencia frente al superintendente de Industria y Comercio que debía adoptar la decisión. Al respecto el Numeral 19, artículo 4, decreto 2153 de 1992 establecía lo siguiente:

“Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

“...”

19. Nombrar, remover y administrar el personal de la Superintendencia de acuerdo con las normas vigentes, con excepción de los Superintendentes Delegados, cuya designación y remoción es competencia del Presidente de la República.” (Subrayas fuera de texto).

2.5 LEY 489 DE 1998

La estructura que hoy tiene la SIC, en la cual el funcionario investigador, el Superintendente Delegado de Promoción de la Competencia es un subalterno de libre nombramiento y remoción del Superintendente de Industria y Comercio, proviene del cambio introducido por la Ley 489 de 1998 que permite modificar la estructura interna de las entidades administrativas.

Como ya se dijo, hoy en día el superintendente delegado de Promoción de la Competencia es un funcionario nombrado por el superintendente de Industria y Comercio, con lo cual la independencia entre investigación y decisión se ha perdido. Dispone Numeral 50, del artículo 3 del decreto 1687 de 2010 lo siguiente:

“Artículo 3. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio.
Son funciones del Superintendente de Industria y Comercio:

“...”

50. Nombrar, remover y administrar el personal de la Superintendencia de acuerdo las normas vigentes.”

2.6 LEY 446 DE 1998. FACULTADES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS A LA SIC EN MATERIA DE COMPETENCIA DESLEAL Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Por medio de esta ley y con el fin de descongestionar los despachos judiciales, se le otorgaron facultades administrativas y jurisdiccionales a la SIC para decidir los casos de Competencia Desleal y Protección al Consumidor. Como consecuencia de lo anterior, los demandantes en competencia desleal tienen la posibilidad de accionar ante los jueces civiles del circuito o ante la SIC, lo cual le otorga competencia a prevención a aquella autoridad ante la cual se radique la demanda.

Es importante explicar que de acuerdo con la ley, el procedimiento que la SIC debía aplicar para el desarrollo de estas funciones, era el procedimiento administrativo de investigación de prácticas restrictivas de la competencia, lo cual generó una situación complicada, ya que el rol de la SIC en una investigación de prácticas restrictivas de la competencia es el de una autoridad de policía en ejercicio de una facultad de inspección y vigilancia de características marcadamente inquisitivas. Este rol difiere de

manera importante del rol de la SIC como juez en un proceso de competencia desleal, en el cual debe actuar de manera neutral frente a dos partes que se enfrentan en un proceso contencioso.

En vista de esta problemática, la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del ejercicio simultáneo de las funciones administrativas y judiciales asignadas a la SIC, impuso como condicionamiento que se dividieran los equipos de trabajo, con el fin de que los funcionarios encargados de la facultad administrativa de inspección y vigilancia, no fueran los mismos encargados de la facultad jurisdiccional⁵.

2.7 DECRETO LEY 1122 DE 1999. FACULTADES DE LA SIC

Este decreto fue expedido con base en las facultades extraordinarias que le otorgó al Presidente de la República el artículo 100 de la Ley 489 de 1998.

Por medio de este decreto se asignó a la SIC la facultad de decidir los casos de prácticas restrictivas de la competencia en todos los sectores de la economía, con excepción del sector financiero.

El decreto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional⁶.

2.8 DECRETO 266 DE 2000. FACULTADES DE LA SIC

En vista de la declaratoria de inexecutable del Decreto Ley 1122 de 1999, se expidió este decreto, también con base en las facultades extraordinarias que le otorgó al Presidente de la República el artículo 100 de la Ley 489 de 1998, las cuales no se habían agotado aún.

5. Corte Constitucional. Sentencia C-649 de 2001. Magistrado Ponente, EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

6. Corte Constitucional. Sentencia C-923 de 1999.

Por medio de este decreto se asignó a la SIC la facultad de decidir los casos de prácticas restrictivas de la competencia en todos los sectores de la economía, sin excepción alguna, por lo que se puede decir que (por algunos meses), la SIC actuó como autoridad única de competencia en Colombia.

Este decreto también fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional⁷.

2.9 LEY 962 DE 2005, LEY DE RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES

Esta ley le aplica el procedimiento abreviado del Código de Procedimiento Civil a los procesos judiciales de competencia desleal que se adelanten ante la SIC, con lo cual se equipara el procedimiento que utiliza la SIC cuando actúa como juez de descongestión en materias de competencia desleal, con el procedimiento que desarrollan los jueces civiles del circuito.

Con esta ley se solucionó la problemática generada por la imposición del procedimiento administrativo al trámite de los procesos judiciales de competencia desleal. En efecto, como ya se advirtió, el rol de la SIC en una investigación de prácticas restrictivas de la competencia es el de una autoridad de policía en ejercicio de una facultad de inspección y vigilancia de características marcadamente inquisitivas. Este rol difiere de manera importante del rol de la SIC como juez en un proceso de competencia desleal, en el cual debe actuar de manera neutral frente a dos partes que se enfrentan en un proceso contencioso.

2.10 LEY 1340 DE 2009. NUEVA LEY DE COMPETENCIA

El día 24 de julio de 2009 el Congreso de la República aprobó la Ley 1340 de 2009.

7. Corte Constitucional. Sentencia C-1316 de 2000.

La ley estableció la Autoridad Única de Competencia en cabeza de la SIC; armonizó el Régimen General de Libre Competencia con los Regímenes Especiales; y fortaleció la abogacía de la competencia y la coordinación entre entidades estatales para temas de competencia.

2.11 DECRETO 3523 DE 2009. ESTRUCTURA DE LA SIC Y FUNCIONES DE SUS DEPENDENCIAS

El día 15 de septiembre de 2009 el Gobierno expidió este decreto por medio del cual modificó la estructura de la SIC y determinó las facultades de sus dependencias. Este decreto fue proferido con base en las facultades que otorga al Presidente de la República el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 54 de la Ley 489 de 1998.

Por alguna razón, en la elaboración del decreto 3523 de 2009 no se tuvo en cuenta que la Ley 1340 de 2009 ya estaba en vigencia, razón por la cual el decreto presenta importantes discrepancias y contradicciones con la recientemente aprobada Ley 1340 de 2009, los cuales resultaron en parte corregidos con la expedición del decreto 1687 de 2010.

2.12 DECRETO 1687 DE 2010. ESTRUCTURA DE LA SIC Y FUNCIONES DE SUS DEPENDENCIAS. MODIFICA EL DECRETO 3523 DE 2009

En mayo 14 de 2010, el Gobierno expidió el decreto 1687, con el fin de corregir los errores cometidos en el decreto 3523 de 2009 y reglamentar la estructura y funciones de la SIC, de acuerdo con la Ley 1340 de 2009.

3. PRINCIPALES FALENCIAS EN EL DISEÑO DE LA AUTORIDAD Y PROPUESTAS PARA UNA REFORMA

3.1 AUTORIDAD COLEGIADA

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, e unanimidad y le permitirá ser más resistente a los intentos de captura por los sectores económicos, políticos o por el mismo Estado.

3.2 INDEPENDENCIA DEL GOBIERNO

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.

3.3 NEUTRALIDAD

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.