

LA EXPERIENCIA, EFECTIVIDAD E INDEPENDENCIA DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA COLOMBIANA

JAIRO RUBIO ESCOBAR*

RESUMEN

La Ley 1340 de 2009 señaló que la Superintendencia de Industria y Comercio sería la autoridad única en materia de competencia. Lo anterior constituye, en nuestro concepto, el principal avance que introdujo esta nueva normatividad. Este escrito señala cuáles

* Es Abogado y Socio economista de la Pontificia Universidad Javeriana. Su último título académico lo obtuvo en el Franklin Pierce Law Center (New Hampshire, USA), donde se graduó como Magíster en Propiedad Intelectual. Adicionalmente, es Especialista en Derecho de Seguros de la Universidad Javeriana. Ha realizado estudios de especialización de propiedad industrial en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en Ginebra, Suiza. Ha sido profesor y conferencista, a nivel nacional e internacional, en temas de derecho de la Competencia, Consumidor y derecho de la Propiedad Industrial. En el campo de la docencia, es Director de la Especialización Derecho de la Competencia y Libre Comercio en la Universidad Javeriana y es profesor en las Universidades Javeriana, Rosario, Santo Tomas y Sabana, entre otras.

son los principales avances que se han logrado a lo largo de la historia del derecho de la competencia en Colombia, y qué desafíos existen para que se alcancen los beneficios del derecho de la competencia en Colombia.

Palabras clave: Derecho de la competencia, Superintendencia de Industria y Comercio, Ley 1340 de 2009, Autoridad de competencia, Independencia, Especialidad, Cuerpo colegiado.

EXPERIENCE, EFFECTIVENESS AND INDEPENDENCE IN COLOMBIA'S COMPETITION AUTHORITY

ABSTRACT:

Law 1340/09 established that the Superintendence of Industry and Commerce was Colombia's only authority in competition law. This is the greatest advancement that this country's antitrust regulation has introduced. This text tickles on the main advancements that have been undertaken throughout Colombia's history, and on the challenges that are still ahead to accomplish competition law's benefits in this country.

Key words: *Competition law, Superintendence of Industry and Commerce, Law 1340/09, Competition authority, Independence, Specialty, Collegial body.*

INTRODUCCIÓN

Colombia es un país que cuenta, desde 1959, con la expedición de la Ley 155, con regulación sobre prácticas comerciales restrictivas de la competencia. No obstante lo anterior, fue solo hasta comienzos de la década del noventa, con la nueva Constitución Política, que elevó a rango constitucional el derecho a la competencia como un derecho colectivo y, especialmente, en el año 1992, con la expedición del decreto 2153, que estableció los mecanismos procesales que permitieron comenzar a aplicar esta normatividad, que nuestro país comenzó adquirir conciencia sobre la importancia del derecho de la competencia para el desarrollo económico del país. Por ello, la experiencia Colombia en esta materia, solo hasta el próximo 30 de diciembre, día en que se expidió el decreto 2153, cumplirá veintiún años de aplicación.

CULTURA DE COMPETENCIA

El principal desafío que enfrentó el derecho a la competencia en nuestro país, a partir de 1992, fue la sensibilización sobre las normas de competencia o antimonopolio y sobre la incidencia que tiene su aplicación para la competencia y, por ende, para el desarrollo económico del país, que complementara las reformas reguladoras de liberación del mercado. En la década del noventa la aplicación del marco normativo de competencia fue exiguo y estaba orientado principalmente a divulgar sus conceptos, por lo que en este periodo se impusieron muy pocas sanciones. La firme aplicación de esta normatividad en los últimos años, especialmente en materia de carteles y de integraciones empresariales, castigando la autoridad de competencia ejemplarmente los carteles y no permitiendo todas aquellas integraciones que restringen indebidamente la competencia, ha ayudado en este desafío. Aunque hay que seguir trabajando en el mismo, hoy en día gran

parte de la sociedad civil percibe las bondades de la aplicación vigorosa de la legislación antimonopolio.

AUTORIDAD ÚNICA

Otra dificultad que enfrentaba el derecho a la competencia en Colombia, que fue solucionado con la Ley 1340 de 2009, era la multiplicidad de autoridades encargadas de velar por la observancia de las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia y de ejercer el control previo de las integraciones empresariales.

Antes de la expedición de la Ley 1340, la función se encontraba asignada a varias autoridades, como lo eran, entre otras, además de la Superintendencia de Industria y Comercio que tenía la cláusula general de competencia, las Superintendencias Financiera y de Servicios Públicos Domiciliarios, la Comisión Nacional de Televisión y el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. Esa dispersión de la función nos llevaba a preguntarnos la utilidad de la misma o si, por el contrario, era necesario su unificación en una sola autoridad.

Como lo manifestamos en reiteradas oportunidades¹, diversas razones permitían considerar que la centralización de esa función en una autoridad única era benéfica para los empresarios. En particular, esos beneficios parecen claros y deseables en términos de certeza, especialización y consistencia en la aplicación de las normas, pues no era claro por qué las consecuencias sancionatorias aplicables, o la manera de dar por concluidas las investigaciones, podían dar lugar a un tratamiento asimétrico entre las diferentes autoridades.

Las prácticas restrictivas de la competencia, al igual que las integraciones empresariales, no siempre se contraen a un solo sector económico, pues pueden comprometer empresas y consu-

1 Ámbito Jurídico, Bogotá, N° 187, 10-24, oct. 2005.

midores de diferentes sectores. En múltiples actividades un bien puede producirse en un sector pero transformarse en otro y comercializarse con efectos sobre toda la economía. Los energéticos son un caso que ilustra bien esa afirmación. Algunas de las fases de la actividad económica relacionada con bienes de esa naturaleza pueden estar sujetas a regulación. Sin embargo, la interacción competitiva de las empresas que las desarrollan, exista o no una integración vertical de algunas de ellas, puede producir efectos en toda la cadena con efectos sobre los consumidores de uno o varios de los bienes finales. La autoridad única en materia de prácticas restrictivas de la competencia e integraciones en ese tipo de actividades parecía necesaria. Por lo demás, evita la incertidumbre jurídica para las empresas sobre la autoridad competente ante la cual deben responder por sus conductas o ante la cual deben cumplir el deber legal de informar una integración.

Razones de especialización también sugerían la conveniencia de una autoridad única, pues a excepción de la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad especializada en la materia, y que hoy tiene esa calidad, las demás entidades que eran competentes no concluyeron investigación alguna o las mismas fueron escasas. Surgía, entonces, la inquietud de cuál era la causa de la falta de correspondencia entre la magnitud de sectores como el financiero y el de servicios públicos domiciliarios con las escasas, casi nulas, investigaciones por prácticas comerciales restrictivas en estos sectores. La conclusión, pues, no era otra que la falta de especialización de las autoridades encargadas de velar por la observancia de las mismas.

Una dispersión de la función de reprimir las citadas prácticas entre diferentes autoridades resultaba igualmente indeseable por el tratamiento asimétrico de conductas similares. Conforme al decreto 2153 de 1992, incurrir en prácticas restrictivas daba lugar a multas hasta por dos mil salarios mínimos mensuales legales vi-

gentes². Sin embargo, cuando en esas mismas prácticas incurrieran empresas de servicios públicos, el nivel máximo de la multa inicialmente era igual pero podía multiplicarse según el número de años en que se haya cometido la conducta, de conformidad con lo que dispuesto en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, hoy derogado por la Ley 1340 de 2009. Igualmente, mientras la Superintendencia de Industria y Comercio podía clausurar la investigación cuando se brindaban garantías de que el investigado suspendería o modificaría la conducta por la cual se le investigaba, una posibilidad similar no estaba prevista para las investigaciones que podía adelantar la Superintendencia de Servicios Públicos.

Consideraciones como las señaladas nos llevaron, ante la oposición de varias entidades del Gobierno Nacional –Superintendencia Financiera, Ministerio de Hacienda, Superintendencia de Servicios Públicos–, de presentar un proyecto de ley de iniciativa parlamentaria que centralizara en la Superintendencia de Industria y Comercio la función de reprimir las prácticas restrictivas de la competencia y ejercer el control previo de integraciones empresariales, sin importar el sector económico en que se presentarían. Esa iniciativa contó con el apoyo del senador ÁLVARO ASTHON, que presentó en el año 2005 el Proyecto de Ley 108 que, infortunadamente, por falta de apoyo del Gobierno, se hundió. Esta iniciativa, sin embargo, logró que al interior del Gobierno se diera el debate sobre la conveniencia de una autoridad única.

En el año 2007, el senador ÁLVARO ASTHON, con nuestro apoyo, presentó un nuevo proyecto de ley para crear una autoridad única en materia de competencia, que terminó con la expedición de la Ley 1340 de 2009, que centralizó las funciones en la Superintendencia de Industria y Comercio, y que constituye, en nuestro concepto, el principal avance en esta materia que introdujo esta

2 A raíz de la expedición de la Ley 1340 de 2009, las multas para las personas jurídicas se incrementaron a 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes.

nueva normatividad, pues adicional a que genera certeza jurídica sobre la autoridad competente, hace posible, como se expresó en precedencia, un tratamiento simétrico de conductas similares, sin importar el sector económico en el cual se presenten las prácticas anticompetitivas. Adicionalmente desvincula a la autoridad de competencia de cualquier interés sectorial.

AUTORIDAD DE COMPETENCIA COLEGIADA, ESPECIALIZADA E INDEPENDIENTE

Resueltas en gran parte los desafíos de la sensibilización y de la multiplicidad de autoridades encargadas de aplicar las normas de competencia, el principal desafío que enfrenta hoy en día el derecho a la competencia en nuestro país, es su fortalecimiento institucional, lo que implica la necesidad de que la autoridad única de competencia, como lo hemos propuesto desde hace varios años, sea una autoridad especializada, colegiada e independiente, sin que dicha independencia implique la exclusión de la autoridad de competencia de la rama ejecutiva del poder público.

Los beneficios de la competencia no se logran si no contamos con una autoridad de competencia suficientemente fuerte, profesional, capacitada e independiente para hacer cumplir las normas, lo que implica no solo fortalecerla en el ámbito financiero y administrativo, sino de la independencia de la tutela del Gobierno. La falta de independencia propicia el prejuicio de que las decisiones están sujetas a presiones indebidas de los grupos políticos y económicos, lo que socava la credibilidad de la autoridad de competencia.

ESPECIALIDAD

Son varias las ventajas que el país puede llegar a obtener si cuenta con una autoridad administrativa especializada que en adelante

cumpla estas funciones de vital importancia para la competitividad de nuestro país y para el bienestar general de los consumidores. En primer lugar, la desvinculación plena de la autoridad de competencia de intereses diversos. No parece consistente que la autoridad encargada de reprimir las prácticas comerciales restrictivas de la competencia, cumpla simultáneamente tareas de control de precios, regulación o de solución de controversias individuales entre empresarios. Es antitécnico que el superintendente delegado para la Promoción de la competencia, por ejemplo, que tiene la función de adelantar las investigaciones por prácticas comerciales restrictivas de la competencia, tenga a su vez la función de decidir los recursos de apelación y queja interpuestos contra los actos emanados de las Cámaras de Comercio.

Pero hay otras razones, la mezcla de funciones administrativas y jurisdiccionales que ejerce actualmente la Superintendencia de Industria y Comercio, por ejemplo, no solo plantea problemas complejos de organización interna, sino que confunde el propio mercado. En nuestro medio, para muchas personas no es fácil distinguir entre la función de dirimir disputas por actos de competencia desleal y la función de represión de conductas empresariales anticompetitivas, vale decir, con impacto sobre la eficiencia en el funcionamiento de los mercados y, por consiguiente, sobre el bienestar general de los consumidores. Precisamente esa confusión se refuerza cuando es la misma autoridad la que cumple una y otra función.

En el examen inter pares efectuado a la autoridad de competencia colombiana durante el Séptimo Foro Latinoamericano de Competencia, celebrado en Chile los días 9-10 de septiembre de 2009 y promovido por el BID y la OCDE, se indicó que una de las debilidades de la autoridad de competencia es que la Superintendencia de Industria y Comercio no es una entidad dedicada únicamente a la aplicación de la ley de competencia.

CUERPO COLEGIADO

La autoridad única y especializada que proponemos debe ser, adicionalmente, un cuerpo colegiado. La complejidad de los mercados y las implicaciones que una práctica comercial restrictiva puede tener sobre múltiples sectores, son significativas. Esto es igualmente cierto cuando se trata de decidir si se objeta o no una integración empresarial. En tal sentido, ordenar la separación de activos o el condicionamiento de una integración, exige la ponderación de múltiples factores legales, económicos y técnicos. Determinar, entonces, la legalidad de una práctica hace necesario articular múltiples elementos de juicio, tarea que —a no dudar—, podría cumplirse mejor bajo la responsabilidad de un cuerpo colegiado. En otras palabras, lo que se propone es asignar a un cuerpo administrativo especializado colegiado, la tarea por la que hoy responde en últimas un funcionario, que es el propio superintendente de Industria y Comercio. La experiencia internacional tanto en países avanzados como de desarrollo similar al nuestro, muestra que este tipo de estructura y organización es deseable y operativo, pues la responsabilidad de enfrentar a los investigados en una práctica comercial restrictiva, que normalmente son empresas con alto poder político y económico, no puede recaer en una sola persona. Por lo demás, un cuerpo colegiado es menos vulnerable frente a los intentos de captura por parte de los empresarios.

Si no se quiere crear una nueva entidad especializada, es necesario modificar la estructura de la Superintendencia como autoridad de competencia, para que la misma sea un cuerpo colegiado transparente y responsable ante la comunidad, pues bajo el esquema actual, se reitera, toda la responsabilidad y poder la tiene una sola persona, el superintendente de Industria y Comercio, pues incluso el funcionario encargado de la investigación, el superintendente delegado, es un subordinado suyo. La experiencia in-

ternacional muestra que la independencia *in jure* de la autoridad de competencia, que es otra de las características de la autoridad de competencia que proponemos, es más viable de lograrse bajo una estructura de cuerpo colegial, pues bajo este esquema las presiones de los grupos políticos y económicos o de las más altas esferas del Gobierno se diluyen. Ello no implica, por supuesto, que no se tenga que trabajar para asegurar la integridad moral y profesional de los miembros de la autoridad.

Esta recomendación de la creación de un cuerpo colegiado, que venimos proponiendo desde el año 2003, fue dada igualmente en el examen inter pares de la autoridad de competencia colombiana de 2009, a que se hizo referencia en precedencia.

INDEPENDENCIA

El perfil antes descrito es necesario pero no basta. La independencia del órgano de defensa de la competencia parece un elemento central. Como se anotó en precedencia, la defensa de la competencia supone la existencia de una autoridad independiente frente a intereses sectoriales por razones de imparcialidad. Supone también su independencia de otras tareas, para concentrarse eficazmente en la represión de las prácticas que comprometan el bienestar general de los consumidores. Pero también es aconsejable la independencia frente al poder ejecutivo, para evitar que los más altos niveles del Gobierno den instrucciones sobre cómo decidir un caso en particular. La credibilidad de la autoridad de competencia está basada, en buena medida, en su independencia e imparcialidad.

Organismos internacionales como la OCDE, CEPAL, el BID, BANCO MUNDIAL, entre otras, han indicado que una de las características para garantizar la eficacia y eficiencia de una autoridad de competencia, es la necesidad de que la entidad goce de autonomía frente al poder ejecutivo. La independencia de la auto-

ridad de competencia frente al Gobierno surge de la necesidad de separar funciones de regulación sectorial, propias del Gobierno Central, de la tarea de prevenir que determinadas prácticas afecten la eficiencia general de todo el aparato productivo. La defensa de la competencia, entonces, puede requerir que quien examine las prácticas que la restringen, lo haga con criterios distintos de los que convencionalmente se aplican para promover sectores o mercados específicos.

Sin embargo, en el año 2008, el Gobierno Nacional, en contravía de las recomendaciones internacionales que pregonan por una autoridad de competencia independiente del poder ejecutivo y de intereses políticos y con competencia técnica, presentó el proyecto de Ley 277, que implicaba todo lo contrario. En efecto, el proyecto establecía la politización de la autoridad de competencia, al crear lo que denominaba el **Consejo Superior de Protección de la Competencia**, que tenía dentro de sus funciones, como autoridad de competencia en todos los mercados nacionales, expedir los actos administrativos que objeten una operación de integración empresarial y las que ordenen su reversión, pues el consejo estaba conformado por los principales funcionarios del poder ejecutivo, que no son necesariamente expertos en materia de competencia. En otras palabras, el proyecto dejaba directamente en manos de funcionarios de origen político, la toma de estas decisiones. Conformar una autoridad de competencia con ministros de Estado, quienes carecen del conocimiento y experiencia para hacer evaluaciones técnicas, es politizar las decisiones. Gracias a la academia, la propuesta no fue acogida por el Congreso de la República.

Para lograr esa independencia de la autoridad de competencia, que es el principal reto que tenemos hoy en materia de legislación de competencia, hemos sugerido desde el año 2003 las siguientes medidas:

- Que la designación de los miembros del cuerpo colegiado, que puede ser efectuada por el Gobierno Nacional, sin que ello afecte la independencia, sean designados por un periodo fijo, lo que implica que no pueden ser destituidos sino por causas establecidas expresamente en la ley. Hoy en día el superintendente es de libre nombramiento y remoción del señor Presidente de la República. El periodo de los miembros del cuerpo colegiado puede ser igual al establecido, por ejemplo, para los miembros del Banco de la República, entidad que por ser un cuerpo colegiado y cuyos miembros no pueden ser removidos por el presidente, goza de mayor independencia que la que hoy en día tiene formalmente la autoridad de competencia. El cambio de los miembros de este cuerpo colegiado debería ser escalonado para asegurar la consistencia en las decisiones.
- Exigirles a los miembros del cuerpo colegiado y la de los demás integrantes de la autoridad de competencia, unos requisitos mínimos de idoneidad. Hoy en día no se requiere para la designación del superintendente de Industria y Comercio ni para la de superintendente delegado para la Promoción de la Competencia, ser especialistas o tener experiencia en materia de competencia, lo que implica que una persona que nunca ha tenido algún contacto con las normas de competencia puede ser designado superintendente de Industria y Comercio. Si los directivos de la autoridad no tienen competencia técnica, se presenta un desequilibrio entre el sector empresarial y la autoridad de competencia, que afecta la independencia de esta última.

La disparidad de salarios entre el sector público y privado no puede ser un obstáculo para que las autoridades de competencia contraten personal calificado. Si la autoridad de competencia tiene reputación, los abogados y economistas más brillantes optarán por trabajar en la autoridad de competencia, no por el salario, sino por el prestigio profesional que

adquieren, con el consiguiente incremento de su cotización en el mercado laboral.

- Otorgarle a la autoridad de competencia fuentes presupuestales estables para cumplir su misión. Como se indicó en el examen inter pares a la autoridad de competencia de 2009, es necesario aumentar la dotación de recursos humanos y presupuestarios de la SIC para el cumplimiento de sus funciones de protección de la competencia, pues al centralizar en la Superintendencia la aplicación de la legislación de competencia, respecto de todos los sectores de la economía, las cargas de trabajo se incrementó.

Sin embargo, ese aumento de los recursos debería provenir del presupuesto nacional, como sucedía hasta antes de 2009, pues no es deseable, como sucede hoy en día, que las multas que antes eran con destino del tesoro nacional, formen parte de los recursos de la entidad. Lástima que en este punto, como en otros, el Congreso y el Gobierno no haya escuchado las voces de la academia que pregonaban para no cambiar el sistema vigente hasta antes de la Ley 1340 de 2009. No nos imaginamos, como lo dicen varios colegas, al superintendente programando el número de sanciones que tendría que imponer el año siguiente para poder financiar su presupuesto y cumplir las metas para poder subsistir.

- Separar las funciones de investigación y decisión, como lo enseña la experiencia internacional. En este aspecto, en vez de mejorar, retrocedimos con la expedición del decreto 3523 de 2009, que estableció, dentro de las funciones del superintendente delegado, quien tiene a cargo la instrucción de la investigación, elaborar los proyectos de resolución por los cuales se decide una investigación por violación de las normas sobre

promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia.

La experiencia de la Unión Europea evidencia que la función de investigación es mejor si se realiza a través de grupos de trabajo especializados por sectores económicos. En Colombia deberíamos replicar la experiencia exitosa del grupo agrícola, que fue creado en virtud de un convenio que suscribimos la Superintendencia y el Ministerio de Agricultura, a otros sectores de la economía.

La separación entre las funciones de investigación y decisión y el ejercicio de estas últimas mediante un cuerpo colegiado, es una práctica común en sistemas legales de orden nacional para la defensa de la competencia. Tal es el caso de Canadá, España, Chile y México.

Si Colombia quiere avanzar realmente en la defensa de la competencia, es necesario modificar urgentemente la estructura institucional del ente encargado de la aplicación de la ley, para que adquiera una independencia *in jure* que le permita convertirse en un defensor visible y real de la competencia y del bienestar de los consumidores. Que nadie dude que las decisiones de la Superintendencia se caracterizan por su neutralidad y transparencia. Que las mismas están basadas en elementos objetivos y no se adoptan para servir intereses políticos o de grupos de interés.