



ECONOMÍA Y POLÍTICA

ANÁLISIS DE LA COYUNTURA LEGISLATIVA



No. 45 - Septiembre 2008 comentarios a: vsaavedra@fedesarrollo.org

Director: Guillermo Perry R.
Editor: Víctor Saavedra M.

PROYECTO DE LEY DE COMPETENCIA COMENTARIOS E INTERROGANTES

1. Introducción

La teoría económica enfatiza los múltiples beneficios asociados con la libre competencia en los mercados, tanto en materia de eficiencia y crecimiento económico como de bienestar de los consumidores. Las investigaciones empíricas han comprobado que estos beneficios son sustanciales. Por estas razones todos los países han adoptado normas de protección a la competencia económica y a los derechos de los consumidores y han buscado un ordenamiento institucional que permita la efectiva aplicación de esas normas.

En Colombia el tema fue reglamentado inicialmente por la Ley 155 de 1959. Los constituyentes de 1991 elevamos la libre competencia económica a la categoría de derecho colectivo, susceptible de defensa mediante el instrumento de la acción popular, y el texto de la nueva Carta Constitucional ordenó al Estado promover la competencia en todos los ámbitos de la economía, incluido de manera especial y explícita en el de la prestación de los servicios públicos domiciliarios (artículos 88, 333 y 334). El Decreto 2153 de 1992 adecuó algunas de las normas vigentes a los mandatos de la nueva Carta.

Con frecuencia, sin embargo, la aplicación de estas normas deja que desear por diversos motivos. De una parte, por cuanto la entidad principal a cargo del tema, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), no ha tenido la suficiente fortaleza institucional y porque subsisten conflictos de competencia con otras entidades públicas. De otra parte, porque la Ley no ha dotado a los interesados, los consumidores y competidores, de instrumentos efectivos para hacerse parte en las investigaciones oficiales sobre prácticas restrictivas a la competencia o sobre competencia desleal. El Proyecto que comentamos permitiría avances importantes en algunas de estas

materias, por cuanto aclararía conflictos de competencia entre entidades y fortalecería la SIC como autoridad única en la materia. Sin embargo, adolece de algunas contradicciones y defectos importantes susceptibles de ser subsanados. A continuación comentamos los principales:

2. Autoridad Única

El Proyecto aprobado en la Plenaria del Senado (en su Artículo 5) otorga a la SIC las atribuciones de autoridad única a cargo de investigaciones y actuaciones administrativas por infracciones a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y de promoción a la competencia, competencia desleal e integraciones. Esta decisión es, en principio, conveniente.

Excepciones

Sin embargo, una modificación introducida en el Senado (Artículo 4) hace nugatorio éste principio en lo que hace al sector agropecuario, al otorgarle al Ministerio de Agricultura la potestad de autorizar acuerdos y convenios que tengan por objeto estabilizar ese sector de la economía. Si bien el párrafo del Artículo 1 de la Ley 155 de 1959 permite la autorización de este tipo de acuerdos, que contrarían algunas normas sobre competencia, en atención a otros objetivos de interés general, debería ser la SIC la única entidad que pueda autorizarlos, con base en la solicitud de la entidad sectorial correspondiente, en este caso el Ministerio de Agricultura. El Ministerio de Agricultura, o cualquier otra autoridad política sectorial, no deben tener esta competencia por cuanto representan fundamentalmente los intereses de los productores, que es necesario contrastar con los intereses de los consumidores y el interés público general al momento de decidir sobre este tipo de acuerdos. Esta excepción establecería un grave sesgo en la práctica en contra del derecho a la libre competencia económica en un sector

clave de la economía tanto por su incidencia sobre el bienestar de los productores como de los consumidores. Debe ser corregido.

Coordinación

De otra parte, los servicios públicos (sector financiero, salud, energía, agua, telecomunicaciones, transporte), en razón de sus características particulares y su alta incidencia sobre el bienestar ciudadano, poseen entidades especializadas encargadas de su regulación y supervisión. Una parte central del mandato de estas entidades es el de la promoción de la competencia y la defensa de los derechos de los consumidores en su sector de jurisdicción.¹ Este es especialmente el caso en todo lo relacionado con los servicios públicos domiciliarios por expreso mandato constitucional. Resulta evidente que en estas áreas debe garantizarse un grado mínimo de coherencia entre las decisiones de la SIC y las de estas entidades. Los párrafos segundo y tercero del Artículo 5 del proyecto buscan conseguir este propósito al establecer:

- que la SIC “contará con el apoyo técnico necesario” de esas entidades, las cuales “deberán atender oportunamente sus requerimientos”.
- que la SIC deberá informarlas de oficio del inicio de cualquier investigación en su sector de jurisdicción (a este propósito, sería conveniente listar explícitamente las entidades correspondientes).
- que dichas entidades pueden emitir su concepto en los 30 días siguientes, sin perjuicio de la posibilidad de intervenir de oficio o a solicitud de la SIC en cualquier momento de la respectiva actuación
- que a su vez, la SIC podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia.

Este artículo, por simetría, debería obligar a las entidades de regulación a consultar a la SIC de oficio, así como lo prescribe para las actuaciones de la SIC. De otra parte, ni los conceptos de dichas entidades serán vinculantes para las decisiones de la SIC, ni tampoco lo serán los conceptos previos de la SIC con respecto a los proyectos de regulación estatal.

¹ El Decreto 663 de 1993 introdujo como uno de los objetivos de la intervención estatal en el sector financiero la promoción de la libre competencia y el Decreto 4327 de 2005, que fusionó la Superintendencias Bancaria y de Valores, asigna estas funciones (incluida la aprobación de fusiones e integraciones) a la nueva Super. La Ley 182 de 1995 confirió éstas atribuciones en su área a la Comisión Nacional de Televisión. En 1994 se expidió la Ley 142 sobre los Servicios Públicos Domiciliario que introdujo explícitamente reglas sobre libre competencia y asignó funciones en esta materia a las Comisiones de Regulación. La Ley 143 de 1994 y la 689 de 2001 hicieron explícita la función de la Superintendencia de Servicios Públicos para investigar y sancionar a las empresas del sector cuando incurran en prácticas restrictivas de la competencia

Eso está bien, pero la Ley debería decir que se deben hacer expresos los motivos jurídicos, económicos y de conveniencia que tiene la SIC, en un caso, o las entidades reguladoras en los otros, para apartarse de dichos conceptos en su decisión final.

Autonomía y Colegiatura

Un asunto aún de mayor importancia, que no resuelve el Proyecto es el de la autonomía del Superintendente. Es necesario que la Autoridad Única pueda actuar con entera libertad, atendiendo exclusivamente a su mandato legal, sin estar sometida a presiones políticas del momento o de grandes intereses particulares a través de la injerencia de autoridades superiores, como ha sucedido en el pasado. A este propósito sería conveniente explorar la posibilidad de que la Autoridad descansa en un Cuerpo Colegiado, elegido por períodos fijos superpuestos, como sucede en el caso de autoridades autónomas tales como la Junta del Banco de la República o las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos (CREG, CRT y CRA). Esta estructura permite aislar mejor a la Autoridad de presiones indebidas y de la posibilidad de captura. Además, hace menos probable que se cometan errores graves o excesos que cuando la autoridad autónoma reside en una sola persona y facilita el concurso de varias disciplinas. Este último punto resulta de particular importancia por cuanto es conveniente contar con Comisionados especializados tanto en asuntos económicos como jurídicos vinculados con el tema de la competencia económica. Por ello, los autores de un Proyecto de Ley alternativo sugerían establecer una Comisión Autónoma de Promoción de la Competencia compuesta por 5 miembros idóneos, tres economistas y dos abogados con experiencia y formación académica en el tema. Asimismo, sugerían que su remuneración fuera idéntica a la de los miembros de la Junta del Banco de la República para evitar el deterioro salarial de que han sido objeto los miembros de las Comisiones de regulación de Servicios públicos domiciliarios

Financiación

Finalmente, para que la acción de la SIC resulte efectiva es necesario garantizarle un financiamiento adecuado, evitar que las fuentes de recursos induzcan sesgos en su actuación y establecer lineamientos que garanticen que concentre sus recursos escasos en casos de importancia. Las limitaciones presupuestales de la SIC se observan claramente en el Cuadro 1 al comparar su monto con el de otras Superintendencias. Las superintendencias sectoriales se financian con contribuciones de sus regulados o supervisados. En este caso podría pensarse que como la acción de la SIC beneficia potencialmente a todas las empresas que concurren al mercado, la SIC se financie con una sobretasa al Registro Mercantil que administran las Cámaras de Comercio. También podría financiarse parcialmente con contribuciones de sus usuarios: quienes sometan a su consideración aprobaciones de integración, las empresas que constituyen garantías para suspender

prácticas anticompetitivas, quienes interpongan acciones para iniciar el proceso de investigación de prácticas restrictivas o de competencia desleal y quienes soliciten indemnización por daños como consecuencia de estas prácticas violatorias de los principios de competencia (ver abajo). De otra parte, está bien que el Proyecto proponga aumentos considerables en las multas que pueda imponer la SIC –pues las vigentes han demostrado ser irrisorias-, pero no es conveniente, que su recaudo ingrese a favor de la Superintendencia, como lo sugiere el Artículo 21, por cuanto ello puede inducir sesgos en sus actuaciones.

3. Las funciones de la SIC: ¿conviene mantener la aprobación y control de integraciones?

La SIC lleva a cabo dos tipos de funciones de protección de la competencia fundamentalmente diferentes. De una parte, cumple una función investigativa y sancionatoria de eventuales prácticas restrictivas y de competencia desleal. De otra, cumple una función puramente administrativa de aprobación y control de integraciones. Mientras la primera supone una posible violación a las normas sobre competencia, que debe ser investigada y posiblemente sancionada, la segunda no presupone violación alguna sino debe considerarse a lo sumo como una función de carácter preventivo de posibles violaciones.

De hecho, ha habido históricamente dos grandes escuelas en materia de protección y promoción de la competencia, que han ido convergiendo recientemente. De una parte estaba la tradición de las leyes anti monopolio, como ocurría en los Estados Unidos, que buscaba limitar la concentración sectorial per se y, por tanto, centraba buena parte de su acción en evitar integraciones que concentren el poder de mercado o en obligar a empresas monopólicas u oligopólicas a “partirse”. Con este criterio, hubo hitos históricos en ese país de promoción de la competencia a través de decisiones de partición de empresas en sectores como el de petróleo y telecomunicaciones. Esta aproximación resulta apropiada para países con mercados internos muy grandes, en los cuales es difícil aducir razones de eficiencia o competitividad internacional por economías de escala a favor de la concentración de la actividad productiva en sector alguno. Aún así, ha habido en las últimas décadas cambios tecnológicos que conducen a la

integración y concentración en determinados sectores (en particular, en el sector financiero y el comercio al detal) y las autoridades norteamericanas han permitido que ocurran procesos de concentración por fusión o crecimiento en estos casos, acercándose a la práctica prevaleciente en otras latitudes.

La otra escuela reconoce que, en países con tamaño limitado del mercado nacional y en razón al aprovechamiento de economías de escala que resulta necesario para una exitosa competencia en los mercados internacionales en algunos sectores, la concentración y la integración son en ocasiones no sólo inevitables sino incluso convenientes. Sin embargo, en tales casos se requiere evitar que haya “abusos de posición dominante” en el mercado nacional. La Unión Europea adoptó este principio y es la fuente principal de desarrollo legal y jurisprudencial en esta materia. Los Constituyentes de 1991 adoptamos explícitamente esta aproximación al tema de protección a la competencia: “El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional” (Artículo 333).

Resulta a mi juicio inconveniente que las normas sobre integraciones contenidas en este proyecto no hagan referencia explícita a estos conceptos. En particular, las excepciones por eficiencia (Artículo 9) deberían ser explícitas en señalar como una razón básica para autorizar integraciones el logro de mayores niveles de competitividad internacional y las aprobaciones de integraciones bajo condicionamientos deberían ser explícitas en que estos condicionamientos se refieren fundamentalmente al control de abusos de posición dominante en el mercado nacional.

La jurisprudencia colombiana ha intentado introducir el tema de la competencia internacional a través de la definición del “mercado relevante”, de tal forma que éste contempla los competidores internacionales que actúan en el mercado local. Esta aproximación resulta claramente insuficiente cuando se trata de empresas o sectores exportadores con ventajas competitivas en el mercado internacional, cuyo “mercado relevante” es, en rigor, la totalidad del mercado internacional. Pareciera conveniente que el proyecto actualice nuestra legislación

	Proyecto de Presupuesto 2009			2008			
	Recursos Nación	Recursos Propios	TOTAL	R. Nación	R. Propios	TOTAL	Aumento (%)
Super. Servicios Públicos Dom.		62,119	62,119		59,256	59,256	4.83
Super. Financiera	181,008	127,709	308,717		118,947	118,947	159.54
Super. Sociedades		65,034	65,034		62,273	62,273	4.43
Super. Industria y Comercio		37,431	37,431		37,797	37,797	-0.97
Super. Salud	2,721	39,763	42,484	2,636	51,770	54,406	-21.91
Super. Notariado y Registro		560,524	560,524		348,124	348,124	61.01

Fuente: PGN.

sobre competencia, incorporando explícitamente estos conceptos, como lo ordena la carta constitucional. De hecho, la jurisprudencia colombiana ha sido muy ambigua sobre el tema de las integraciones. Con frecuencia pareciera suponer que éstas son en general inconvenientes y que deben demostrar “excepciones de eficiencia” que las justifiquen. Por el contrario, las integraciones o fusiones son práctica diaria inevitable y conveniente para la dinámica de la productividad en cualquier economía y así se lo reconoce en el mundo globalizado de hoy. Las integraciones inconvenientes son una minoría: aquellas que buscan tan solo establecer una posición dominante en el mercado, sin obtener ganancias importantes en términos de eficiencia y competitividad internacional en razón de la existencia de economías de escala o sinergias entre las fortalezas de las empresas que se fusionan o integran. Por esta razón un número grande de países no exige aprobación previa a las integraciones y se limitan a investigar y sancionar eventuales prácticas restrictivas o de competencia desleal de las empresas fusionadas.²

Es posible que convenga mantener la aprobación previa que ha sido característica de la tradición colombiana. Pero, para evitar que ella se convierta en un freno al proceso de creación destructiva que caracteriza a toda economía dinámica, la ley debería estipular que solamente requieren permiso previo las integraciones de empresas cuyas ventas sumadas de uno de sus productos represente más de, por ejemplo, un cuarenta por ciento del mercado respectivo.³ Si se estima que una norma de este estilo podría ser difícil de implementar, alternativamente podría considerarse estipular en la Ley un valor mínimo de los activos sumados de las empresas que obligue a solicitar autorización previa para su integración o fusión, suficientemente alto como para garantizar que la SIC se concentre solamente en casos en los que podría haber un poder significativo de mercado.

4. Derechos de los consumidores y los competidores

La distinción anterior resulta clave a la hora de fijar procedimientos. De una parte, parecería deseable que el Artículo 7 señalara explícitamente a los consumidores restrictivas o de competencia desleal y ordene que gocen de las plenas garantías procesales

que se ofrecen a las partes en estos procesos. De otra parte no sería deseable que se otorgara plenas garantías procesales a los competidores en el proceso de aprobación de integraciones, por cuanto ello podría resultar en tácticas dilatorias que entorpecerían el proceso normal y usualmente conveniente de fusiones e integraciones. Ello no obsta que los competidores y consumidores deben tener la oportunidad de remitir comentarios a la SIC sobre las integraciones propuestas y ésta debe estar obligada a referirse a ellos en forma global. Sería conveniente que el Artículo 7 sobre procedimiento distinguiera bien estas dos situaciones.

Asimismo, los consumidores o competidores afectados por prácticas restrictivas a la competencia no gozan hoy de un proceso administrativo expedito para obtener indemnización por daños resultantes de dichas prácticas. Podría contemplarse la posibilidad de otorgar a la SIC funciones jurisdiccionales en materia de prácticas comerciales restrictivas, como ya las tiene con respecto a las prácticas de competencia desleal.

Más allá del actual proyecto, resultaría conveniente estudiar y proponer un desarrollo reglamentario de la acción popular para la defensa del derecho colectivo de la libre competencia que facilite su utilización para este propósito. Las acciones populares (o de “clase” en el derecho anglosajón) han demostrado ser en muchos países instrumentos muy poderosos de defensa de derechos de carácter colectivo: definidos como aquellos que afectan a un gran grupo de ciudadanos –por ejemplo, a los consumidores- o a toda la población –por ejemplo, la protección del ambiente-. Por esa razón los constituyentes del 91 incorporamos la acción popular a nuestro ordenamiento jurídico e incluimos explícitamente la libre competencia económica como derecho colectivo, comoquiera que la competencia afecta positivamente los intereses de todos los consumidores y competidores en un mercado e, incluso, de toda la población, ya que redundando en una mayor eficiencia de todo el sistema económico y promueve un crecimiento más acelerado. La Acción Popular ha probado ser también en nuestro medio un instrumento poderoso para la protección del derecho colectivo a un medio ambiente sano y al espacio público. Desafortunadamente su utilización como medio de defensa del derecho colectivo a la libre competencia ha sido muy limitada y poco efectiva.

² En América Latina solamente Argentina y Colombia exigen por Ley el control previo a las integraciones (en Chile la jurisprudencia lo ha permitido)

³ La Ley de 1959 establecía la obligación de la SIC de pronunciarse cuando las empresas fusionadas controlaran más del 20% del mercado respectivo