

Editorial

ANÍBAL ZÁRATE¹

En una economía social de mercado como la colombiana², la política de competencia es sin duda uno de los instrumentos clave de intervención pública asociados al mercado y uno de los pilares del proceso de creación y asignación de la riqueza³. En efecto, dicha política está llamada a promover condiciones institucionales y de entorno que incrementen la eficiencia económica en los mercados y, de esta forma, permitan un mayor bienestar social. Es por esto que la promoción de la competencia ha sido una preocupación no solo para las economías desarrolladas de mercado, sino también para la mayoría de países en desarrollo y países emergentes.

Con el fin de contribuir al logro de este objetivo, el gobierno nacional presentó ante el Senado, el 4 de agosto de 2015, el proyecto de Ley 038 de 2015 “por la cual se introducen modificaciones al régimen de protección de la competencia, a las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, y se dictan otras disposiciones”. Se busca con este proyecto una actualización de la normatividad en materia de protección de la competencia para adecuarla a las condiciones de los mercados, facilitar a los usuarios su seguimiento, y optimizar las herramientas con las cuales cuenta la autoridad nacional de competencia para lograrlo. Si bien se mantiene el alcance de las funciones relacionadas con la abogacía y defensa de la competencia previstas principalmente en la Ley 1340 de 2009 y en el Decreto 2153 de 1992 –esto es, pronunciarse acerca de los posibles efectos anticompetitivos de proyectos normativos; detectar y reprimir prácticas restrictivas de la competencia (actos, acuerdos y abuso de

- 1 Doctor en Derecho de la Universidad Panthéon-Assas, Paris II, París, Francia. Docente investigador y director del Grupo de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: anibal.zarate@uexternado.edu.co Para citar el artículo: ZÁRATE, A. (2015). Editorial. *Revista Digital de Derecho Administrativo* n.º 14, Universidad Externado de Colombia, pp. 3-7. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/21452946.n14.01>
- 2 La jurisprudencia constitucional es enfática al calificar el modelo económico colombiano como una economía social de mercado, v., por ejemplo, Corte Constitucional, sentencias C-228 de 2010 y C-263 de 2013.
- 3 Es precisamente en estos términos que el manual para la formulación y aplicación de las leyes de competencia de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) se expresa a propósito de las posibles ventajas de la política de competencia. Naciones Unidas, UNCTAD (2004). *Manual para la formulación y aplicación de las leyes de competencia*. Ed. en español, p. 4.

posición dominante), y ejercer el control previo de integraciones empresariales—, se trata de una reforma ambiciosa de los diferentes componentes sustantivos y procesales que integran el régimen general de la libre competencia, de la competencia desleal e incluso de la propiedad industrial. No se pretende exponer aquí uno por uno los cambios que contiene la reforma, sino que se busca mostrar cómo el proyecto de ley se concentra en aspectos funcionales, referidos a las actuaciones que se surten delante de la autoridad administrativa, y a sus relaciones con otras autoridades nacionales sectoriales o incluso del orden territorial, desviando el debate de aspectos de diseño institucional y de elementos orgánicos que consideramos necesarios para una correcta aplicación de las normas de competencia, como son las garantías de independencia que, frente al ejecutivo, deberían ostentar sus órganos de dirección.

Los cambios funcionales atañen en primer lugar a la labor de abogacía de la competencia de la SIC. Aunque las modificaciones en esta materia parezcan sutiles, la redacción del artículo primero del proyecto amplía de cierta forma el alcance que sus opiniones pueden tener: desde un ámbito competencial, la autoridad podrá pronunciarse —aparte de los proyectos de regulación de las autoridades del orden nacional—, de oficio o a petición de las autoridades departamentales o municipales, sobre las regulaciones que estas últimas pretendan expedir, y que sean susceptibles de afectar la libre competencia. Y, a propósito de su observancia por otras autoridades, a pesar de que el concepto de la SIC conserva su carácter de acto administrativo *determinante*⁴, se indica en la reforma que la autoridad que se aparte del mismo deberá manifestar de manera expresa, dentro de las consideraciones del acto administrativo a adoptar, los motivos por los cuales lo hace. De alguna forma hay mayor claridad sobre la obligación de dejar constancia, lo que haría más fácil una eventual solicitud de nulidad de los actos administrativos que en algún momento debieron ser de conocimiento de la SIC y no lo fueron.

El proyecto de ley también busca hacer del control de integraciones empresariales un mecanismo eficiente de intervención *ex ante*, por lo que en su artículo segundo se extiende su alcance a los conglomerados y a los sectores financiero y aeronáutico. En cuanto a estos dos sectores, se exige que las autoridades competentes⁵ acojan el análisis que haga la SIC a propósito de las

4 La doctrina francesa califica como “determinantes” aquellas opiniones que si bien no son vinculantes, exigen a su destinatario que exponga las razones por las cuales se aparta de las mismas (FRISON-ROCHE, 2001).

5 Conforme a lo dispuesto en el artículo 8.º de la Ley 1340 de 2009, “la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil conservará su competencia para la autorización de todas las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves consistentes en contratos de código compartido, explotación conjunta, utilización de aeronaves en fletamento, intercambio y bloqueo de espacio en aeronaves”; y según el artículo 9.º *ibíd.*, “en los procesos de integración o reorganización empresarial en los que participen exclusivamente

concentraciones en las que participen empresas pertenecientes a sus sectores. De consolidarse la SIC como autoridad única en materia de integraciones –así sea de manera indirecta– se pondría fin a los conflictos de competencia que existen con estas autoridades sectoriales. Por más atractivo que esto parezca, el tema no estará sin embargo exento de críticas durante los debates legislativos. Estas recaerán, entre otros aspectos, sobre el peritaje técnico y el conocimiento del sector que tendría la autoridad sectorial, más próxima a sus regulados, frente a los de la autoridad transversal, poco conocedora de las necesidades y dinámicas que se dan al interior de los mismos. Aún en el tema de integraciones, se detallan aspectos relacionados con el trámite administrativo que se surte delante de la autoridad de competencia, y se mantiene la delegación a favor de la SIC para definir los umbrales de ingresos operacionales y de activos totales que sirven para determinar las integraciones sujetas a control previo.

Adicionalmente, la reforma busca generar una mayor confianza en la política de clemencia, para hacer de ella una herramienta eficaz en la lucha contra los carteles. Contrario a las expansiones vistas en los puntos anteriores, aquí el alcance de los beneficios por colaboración se limita a los solos acuerdos restrictivos de la competencia⁶, por lo que se deduce, de la exposición de motivos del proyecto de ley, que esto obedece al interés que tiene el gobierno de disuadir significativamente dichas prácticas, consideradas particularmente nocivas al interés general⁷. Es del mismo modo que se justifica la extensión de los beneficios por colaboración a los facilitadores personas naturales que sean los primeros en delatar a sus copartícipes en el acuerdo. A esto se suma un deber de mantener bajo reserva la existencia y la identidad del delator, así como las pruebas que haya aportado hasta la finalización del proceso. Lo cual sin embargo parece chocar con la posibilidad que en líneas seguidas se reconoce a los investigados de acceder y poder contradecir las pruebas que existen su contra.

Tal vez uno de los puntos más significativos entre los diferentes cambios que contiene el proyecto de reforma se encuentra justamente a nivel procesal. En efecto, el artículo 13 del proyecto propone reformar el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 y, en particular, la realización de audiencias frente el Consejo Asesor de Competencia de la SIC, el cual deberá sesionar al menos con la presencia de tres de sus miembros. Se trate o no de uno de los eventos en los cuales resulta obligatorio convocar al Consejo, en los casos en que el

las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, esta conocerá y decidirá sobre la procedencia de dichas operaciones”.

6 Contrario a lo que establece el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 al disponer que es para cualquier conducta. “La Superintendencia de Industria y Comercio podrá conceder beneficios a las personas naturales o jurídicas que hubieren participado en una conducta que viole las normas de protección a la competencia”.

7 O dimensión objetiva de la competencia; v., sobre el particular, MÉLIN (2010, p. 3).

Superintendente le convoque, deberá citar también a los investigados y terceros interesados reconocidos dentro del trámite a una primera audiencia. Esta audiencia tendrá un carácter reservado, y en ella las partes investigadas y los terceros podrán presentar verbalmente sus argumentos ante el Consejo Asesor quien, en una segunda audiencia, oír al Superintendente Delegado para la Competencia y al Superintendente de Industria y Comercio o a sus asesores. Las recomendaciones que como consecuencia de estas sesiones formule el Consejo al Superintendente son únicamente determinantes, pudiendo el Superintendente apartarse de la recomendación de la mayoría del órgano asesor, para lo cual deberá consignar de manera expresa en las consideraciones del acto administrativo los motivos por los cuales así procede.

Puede que con la participación del Consejo Asesor de la Competencia en el procedimiento y toma de decisión de la autoridad el gobierno haya querido asegurar una mayor independencia funcional de la SIC frente al ejecutivo. Sin embargo, lo previsto en la reforma podría revelarse tan inane como el sonado Decreto 1817 de 2015, por medio del cual el Presidente regula su facultad de nombrar y remover al Superintendente de Industria y Comercio, estableciendo unas cualidades para ocupar el empleo y un período de cuatro años que coincide con el del mandato presidencial. Ahora bien, no se trata sino de un acto discrecional del Presidente de la República que en cualquier momento podría modificar para señalar otras cualidades u otro período o incluso eliminarlos. De hecho, tal como quedó previsto en el decreto, basta con que el presidente motive su decisión de retirarlo para que pueda separar del cargo al Superintendente, incluso durante la vigencia del período establecido.

Pretender que la presencia de por lo menos tres miembros del Consejo Asesor de la Competencia en las audiencias aseguraría una mayor independencia frente al ejecutivo es tan irrisorio como afirmar que existe una verdadera separación funcional entre el órgano que adelanta la investigación y aquel que decide al interior de la SIC⁸. En primer lugar, los cinco expertos en materias empresariales, económicas y jurídicas que integran el Consejo son todos de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, cabeza visible de la rama ejecutiva. Además, conforme a lo dispuesto en el Decreto 2153 de 1992, sus honorarios son fijados por resolución ejecutiva. Asimismo, tal como está en la reforma, la recomendación que emite el órgano asesor al Superintendente—quien a su vez es de libre nombramiento y remoción del Presidente—solo es determinante, por lo que bastará con que el segundo explique las razones por las cuales descarta las proposiciones del primero. En definitiva, la modificación propuesta en nada robustece las dimensiones de autonomía

8 Exigencia de separación de estos órganos que deriva del artículo 8.1 de la Convención Interamericana de Derechos del Hombre (CIDH). O bien a propósito del ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de un delegado que sería "independiente" del Superintendente, a pesar de que es este último quien libremente lo nombra y remueve del cargo.

o atribuye garantías de independencia a la autoridad frente al ejecutivo⁹. Esta seguirá siendo un ente del sector descentralizado por servicios, sometido a un control de tutela y a la coordinación del Ministerio de Industria y Comercio, órgano principal de la administración al cual se encuentra adscrita. La única forma de asegurar una independencia real de la autoridad, y no una aparente satisfacción de la exigencia de mayor autonomía frente al ejecutivo, a la que compelen organismos supranacionales como la OCDE, es atendiendo a aspectos de arquitectura interna capaces de aislar a los órganos de dirección de la SIC de las injerencias del ejecutivo. Esperamos que los debates en el Congreso sean la oportunidad para que finalmente esto ocurra.

Es posible descargar los documentos del proyecto de ley n.º 038 de 2015 y enviar comentarios u observaciones a los correos institucionales que aparecen en el siguiente vínculo: <http://www.sic.gov.co/drupal/proyecto-de-ley-de-competencia>

9 Para una presentación de las garantías de independencia orgánicas que poseen las autoridades de competencia en otros sistemas, como Francia y Estados Unidos, v. ZÁRATE PÉREZ (2011).