

Notas sobre antimonopolios

EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA

El tema de la competencia obviamente es muy amplio, pero para este caso uno de los aspectos del derecho de la competencia o de la competencia en general hace referencia a las conductas que son consideradas monopólicas.

Para poder hacer el análisis de lo que ha sido la aplicación, o de lo que hubiera podido ser la aplicación de la Ley 142 es importante tener en cuenta tres temas del genérico de antimonopolios que, si bien están relacionados no necesariamente las conclusiones a las cuales se llegue respecto de uno, son determinantes respecto de los otros.

1. Está el tema de las normas sustanciales, es decir cuáles son las disposiciones que deberían comprender las prohibiciones particulares para el sector de servicios públicos domiciliarios.

2. El tema de cuál es la autoridad que debería tener la responsabilidad de aplicar esas disposiciones y, finalmente,

3. El procedimiento que debería seguirse para hacer las investigaciones y aplicar esas disposiciones.

Cada una de estas tres áreas de discusión a su vez deben dividirse en:

– Las facultades para aplicar administrativamente sanciones: hacer investigacio-

nes y reprender a quienes hallan cometido las infracciones.

– Las facultades jurisdiccionales: resolver quién debe indemnizar unos perjuicios cuando se ha violado la ley y la violación de las disposiciones cuando se ha infringido una norma puede implicar responsabilidades individuales si es una persona individual la que ha sido afectada; o, en la medida en que el derecho de la competencia es un derecho colectivo consagrado como tal en la Constitución puede implicar el ejercicio de acciones colectivas ante un funcionario para poder darle aplicación a lo que tiene que ver con los derechos colectivos.

La experiencia ha demostrado que es altamente inconveniente que existan las disposiciones particulares sobre antimonopolios que están contenidas en la Ley 142 ya que éstas no hacen claridad es una alta confusión sobre cuál es el régimen aplicable; las disposiciones que hay en la Ley 142 respecto del régimen general no aportan, ni son la consideración de particularidades del sector que ameriten esa especialidad. En lo que hace a la autoridad competente, es decir, quién debe aplicar esas disposiciones ha sido altamente inconveniente que sea la Superintendencia de Servicios Públicos

quien tenga esa responsabilidad, deberíamos avanzar hacia una autoridad única de antimonopolios sea la Superintendencia de Industria y Comercio o una sola autoridad que aplique esas disposiciones. Y, en lo que hace al procedimiento el que está previsto en la Ley 142 no es un procedimiento adecuado para la aplicación de disposiciones de antimonopolios.

El tema más debatido tiene que ver con la autoridad que debe aplicar las disposiciones de antimonopolios. Las razones por las cuales debe existir una sola autoridad no son aplicables o son predicables solo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sino de las demás autoridades que tienen funciones de antimonopolios, entre otras: la Superintendencia Bancaria, la Superintendencia de Puertos, la Superintendencia de Salud, la Superintendencia de Vigilancia Privada ya que no están en capacidad ni tienen la disposición apropiada para llevar a cabo estas investigaciones; la razón es muy sencilla: hacer investigaciones de este tipo y lograr probar que existen prácticas o carteles o abusos de posición dominante es una especialidad en sí misma, no se trata de unas conductas o comportamientos que sean propios de cada uno de los sectores; la forma como funciona un acuerdo de precios o una repartición de mercados en el sector bancario es idéntica a la forma como funciona en la distribución y la producción de tornillos. La gente que hace las investigaciones adquiere un *Know How* y un conocimiento y una especialidad en la forma como puede identificar lo que está sucediendo en el mercado que es exactamente lo mismo en todos los sectores.

Por esto lo que tiene que ver con esos individuos que hacen esas investigaciones, el hecho de ser un experto en agua, energía o

telecomunicaciones no aporta nada en la aplicación de estas disposiciones, pero sí se crean conflictos al interior de las entidades; el Superintendente de Servicios Públicos tiene muchas responsabilidades y están son muy importantes para el país: procurar que haya cobertura, que haya continuidad en el servicio, que los precios no sean altos, que los consumidores estén bien atendidos, etc., esos objetivos, en muchas oportunidades, cuando se llega el momento de aplicar a un caso riñen o no con el hecho de que existan o no carteles, un cartel o un abuso de posición dominante es posible que sirva para el propósito de que a la empresa le vaya bien, que sea rentable, que no se vaya a quebrar, entonces un funcionario con unos objetivos o responsabilidades distintas de estar velando porque en el mercado no se desarrollen prácticas de competencia, se le está generando un conflicto de competencia al momento de aplicar las disposiciones.

La experiencia nos ha demostrado que es así, el tema de competencia empezó a desarrollarse juiciosamente al mismo tiempo para la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios como para la Superintendencia de Industria y Comercio, mientras que esta última ha tenido un número muy importante de casos la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ha tenido muchos problemas para adelantar esos casos. Una de las formas fáciles de poder llegar a esa conclusión es que las Comisiones de Regulación en muchos de los campos han tenido que remplazar o sustituir, mediante prohibiciones lo que sería de hecho prohibido si estuvieran aplicándose las normas de antimonopolios; el hecho de que la Comisión de Regulación de Energía y Gas (GREG) haya sacado una resolución en la que prohíbe que haya integraciones verticales, que halla

puesto topes a los porcentajes que se pueden tener dentro de cada uno de los sectores y que nadie pueda tener más del 25% o la resolución de la franja de potencia son una forma regulatoria de evitar abusos de posición dominante, si existiera una autoridad que efectivamente estuviera aplicando las normas generales sobre posición dominante esas tres resoluciones que son claramente anticompetitivas no serían necesarias.

En lo que tiene que ver con los procedimientos, los mismos no solamente en Colombia sino en todas partes del mundo, los que tienen que ver con antimonopolios tienen que cumplir unos requisitos:

1. La persona que hace la investigación no debe resolver el caso. Se parte del supuesto de que estos casos son muy difíciles y que requieren de una dedicación de tiempo y esfuerzo muy altos, si una persona ha hecho la investigación ya tiene hecho su juicio, tiene formado el criterio con el cual va a resolver, entonces el procedimiento previsto en las normas generales parte de la idea de que debe haber un Superintendente Delegado que hace las investigaciones y por lo menos separarlo de un Superintendente que tome las decisiones, ese procedimiento es propio de la aplicación del Decreto 2153 y no existe en las normas de antimonopolios.

2. En lo que hace a las disposiciones que están previstas en la Ley 142 no se encuentra cual es la filosofía o la idea que se tuvo en cuenta para pensar en esa especialidad. La gran pregunta es si la Ley 142 es todo el régimen de competencia aplicable a los servicios públicos domiciliarios o si por el contrario las disposiciones generales que están en la Ley 155 de 1959 y sus modificaciones que están en el Decreto 2153 de 1992 son aplicables o no; una posición señala que

la Ley 142 es un régimen autosuficiente, integral y que en la forma como fue redactado excluye la aplicación de las disposiciones.

Pero si se analiza el artículo 34 donde están indicadas cuales son las disposiciones de antimonopolios aplicables al sector de servicios públicos domiciliarios, el encabezado dice: "... entre otros...", cuando se señala que esas conductas son prohibidas y se adiciona el "... entre otros..." quiere decir que el legislador previó la incorporación de las demás disposiciones vigentes.

La Ley 155 de 1959 no obstante que era anterior a la Constitución de 1991 fue expedida sin hacer ninguna reserva de los sectores a los cuales era aplicable y a cuales no era aplicable, en esa medida si se considera que para algún sector esas disposiciones ya dejaron de ser aplicables debe haber una derogatoria por regulación integral que no esta; una derogatoria expresa que tampoco existe en la Ley 142 o una derogatoria tácita, esta última no podía darse obviamente respecto de la integralidad de las disposiciones y por lo tanto solamente en aquellos aspectos muy puntuales en donde la Ley 142 tiene una regulación distinta sobre una infracción que haya sido contemplada en el régimen general esa disposición por especialidad sí debería considerarse aplicable.

Así las normas de antimonopolios tienen unas disposiciones generales donde se señala que es prohibido todo aquello que es anticompetitivo y después una enumeración de aspectos muy puntuales donde se considera que esos campos son ilegales, las disposiciones generales cuando se mira la forma como están descritos en la Ley 155 de 1959 y en general de la Ley 142 no parece que haya ninguna contradicción entre ellos, luego el artículo 1.º en su integralidad seguiría siendo aplicado, en lo que hace re-

ferencia a las excepciones, es decir, teniendo en cuenta que la parte general es aplicable a todos los sectores, después viene la parte de las excepciones que son de dos naturalezas:

– Tres excepciones previstas en el Decreto 2153 de 1992.

– Y una que es la más importante que tiene que ver con el párrafo de ese artículo 1.º de la Ley 155 donde permite que un funcionario, sea el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios o el de Industria y Comercio, el que se concluya que es el competente, puede disponer que algunos acuerdos que en principio son anticompetitivos sean autorizados o permitidos por un período de tiempo limitado dada la importancia que tendría el acuerdo para el sector, este párrafo sigue vigente y la Corte Constitucional ya se ha pronunciado en repetidas oportunidades de por qué el mismo implica la necesidad de que haya una armonización entre el derecho de la competencia y otros intereses que pueden estar en juego.

El punto tendría que ver con cuál es la autoridad que debe darle aplicación a ese párrafo; si se mira la Ley 142 y después la forma como fue reafirmada cuando se hizo la modificación, la competencia que le entregaron al Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios tiene que ver con hacer las investigaciones y aplicar las disposiciones sancionatorias sobre prácticas comerciales restrictivas, al igual que el análisis respecto a las fusiones o las integraciones; esa función no fue asignada al Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, pero independientemente de cual sea el funcionario que la tiene que aplicar lo que hay que resaltar para la parte sustancial es que efectivamente sigue

existiendo la posibilidad de que los interesados, el sector, si considera que necesita o que la supervivencia o algunos de los propósitos que están previstos en la Ley 142 para los servicios públicos depende de que se pueda implementar temporalmente un acuerdo anticompetitivo están en la posibilidad de acudir previamente al Superintendente para que este les de esa autorización.

3. La pregunta de que si en Colombia se aplica lo que se ha denominado en otras jurisdicciones la regla de la razón o de si las prohibiciones son *per se*, tiene que ver con que en la evolución norteamericana se toma la ley y el acuerdo de precios y este último sería ilegal solamente en la medida en que tenga unos efectos nocivos. Se discute en Colombia si está consagrada alguna forma de desarrollo de esa regla de la razón o si las conductas son *per se*, es decir, que el acuerdo de precios sería ilegal y por lo tanto está prohibido. En el Decreto 2153 que es un decreto con fuerza de ley, no en la Ley 142, está contemplada alguna forma de redacción de esa regla de la razón en el sentido de que le señala al Superintendente de Industria y Comercio que al momento de hacer sus investigaciones debe procurar que se cumplan los objetivos allí señalados, que haya multiplicidad de oferentes, que en el mercado haya multiplicidad de precios, que haya variedades, que exista un desarrollo tecnológico, esto es un condicionamiento del procedimiento que debe aplicar el Superintendente de Industria y Comercio, es decir, el Superintendente no determina qué es legal o qué es ilegal aplicando estos criterios sino que aquellos eventos en los cuales se afecten los propósitos para los cuales debe ejercer el sus funciones puede validamente decir, independientemente de que eso sea ilegal, que los efectos que tie-

ne en el mercado son muy limitados por lo tanto no hace la investigación. Conclusión de esto, en el sentido de que es una disposición procedimental, es que las disposiciones cuando se aplican por parte del Superintendente de Servicios Públicos éste no tiene la posibilidad de determinar cuando se están dando efectos sustanciales o cuando no y para él las disposiciones serían tal cual.

En lo que tiene que ver con actos, aquellos comportamientos que son unilaterales, desarrollados no en conjunción con otra persona por parte de quien no tiene posición dominante, la definición está en el Decreto 2153 de 1992 ya que no hay una definición de actos en la Ley 142, por lo tanto sería esa la definición que debería aplicarse, pero en la Ley 142 hay algunos comportamientos que en el régimen general son acuerdos y en la Ley 142 están previstos como actos; entonces si uno mira tarifas predatorias (vender por debajo de los precios) o las condiciones discriminatorias (darle a unas personas unas tarifas o unas condiciones y a otras unas distintas) eso en el régimen general, Decreto 2153 y Ley 155 está previsto como un acuerdo, es decir, si una persona de un sector distinto resuelve vender por debajo de precios o resuelve que no le gustan algún tipo de consumidores y les vende en condiciones distintas eso no sería ilegal, mientras que en régimen especial esos dos están previstos como comportamientos ilegales; en la medida en que se trata de una norma especial esos dos deberían ser considerados como actos y no serían unos acuerdos.

En cuanto a los carteles, la definición está en el Decreto 2153, y no hay una en la Ley 142, por lo tanto esos son los que deben ser aplicados y se puede hacer esta ar-

monización entendiendo que hay tres grandes grupos de carteles que están prohibidos para los prestadores de servicios públicos:

1. La prohibición general que está en el artículo 1.º de la Ley 155 de 1959, en donde se prohíben todos los carteles que tengan como propósito o como efecto falsear o alterar la libre competencia, muy en la redacción de los que aparecen en la Ley 142.

2. Los enumerados en el artículo 47 del Decreto 2153, que son 10 carteles típicos que serían considerados ilegales *per se* y algunos comportamientos plurilaterales que están en las leyes 142 y 143 con una particularidad muy importante para el de acuerdos de precios, esto son considerados como ilegales *per se* y así quedo redactado en el Decreto 2153. No se ha identificado en todo el universo un acuerdo de precios que tenga efectos pro-competitivos o que tenga efectos beneficiosos para los consumidores, curiosamente en la Ley 142 el único que está previsto para que se le aplique la regla de la razón es el acuerdo de precios, porque el Superintendente de Servicios no solo tendría que probar el acuerdo de precios sino que adicionalmente tendría que demostrar que ese acuerdo está creando restricciones de la oferta o está elevando las tarifas, pero no existen acuerdos de precios pro-competitivos o favorables a los consumidores, independientemente de estos toda vez que está consagrado legalmente, esta norma de la Ley 142 derogaría la aplicación del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 para el tema de servicios públicos, que tiene consagrados los acuerdos de precios como una conducta *per se*.

3. El más complejo es el que tiene que ver con abuso de posición dominante, esta figura requiere de dos componentes:

– Es necesario probar que hay posición dominante.

– Además de probar que hay un abuso de esta, la definición de abuso de posición dominante que hay en la Ley 142 no solamente es antitécnica en la medida en que la pone como un porcentaje del mercado, que ya de por sí es antitécnico, sino que además de eso mezcla la definición de posición dominante en el mercado con la definición de posición dominante que hay de una empresa respecto de sus usuarios; esta falta de técnica legislativa se identifica nuevamente en las prohibiciones porque señala que tiene posición dominante toda empresa respecto de sus prestadores y enumera una serie de cláusulas que no son permitidas de un prestador respecto de los usuarios, independientemente de que sea un partícipe pequeño, mediano que tenga posición dominante o no, pero cuando vuelve a señalar cuales son los abusos de posición dominante en el mercado se refiere exactamente a las mismas cláusulas y dice que eso aplicará independientemente del tipo de contrato en el cual se este operando.

Hecha esta crítica, la última pregunta que se haría sería si las conductas que son abusivas y que están contempladas en el Decreto 2153, las de las normas generales también serían aplicables? con los mismos criterios ya señalados sí serían aplicables, pero la definición de posición dominante para cuando se vaya a aplicar el régimen general no puede ser la de la Ley 142 sino que habría que ser consistente con la aplicación del 2153; existe no una sino muchas sentencias donde los altos tribunales han indicado que no puede fraccionarse la interpretación de las disposiciones porque en esa medida el intérprete estaría creando una nueva ley, luego cuando se vayan a aplicar las disposiciones del 2153 hay que aplicarlas todas consistentemente.

El último gran capítulo en antimonopolios tiene que ver con integraciones: fusiones, asociaciones etc, el artículo 4.º de la Ley 155 de 1959 preveía que cuando se vayan a hacer estas integraciones hay que pedir autorización al Estado, esta autorización por ley le corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio para aquellos casos en que no haya prevista una autoridad distinta, así cuando se le otorgó la función a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se le otorgó para hacer investigaciones de las infracciones y el permiso no es una infracción por lo tanto la competencia para autorizar integraciones seguiría en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, en este tema hay tres consideraciones:

– Decidir cuáles deben ser informadas: cuando hay que dar esa información en la medida en que es competente la Superintendencia de Industria y Comercio no hay que mirar sólo el artículo 4.º, que es muy bajito porque solo habla de \$20.000.000, puede acudir a las regulaciones que ha sacado la Superintendencia de Industria y Comercio para las integraciones que deben ser informadas a esa Superintendencia, es decir, que el límite para que sean informadas no es de 20.000 SMLV sino que las empresas vayan a tener el 25% del mercado o que tengan más de cincuenta mil salarios mínimos de capital cuando se hayan unido. Si fuera por la otra teoría, es decir, que fuera la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, esos mínimos no podrían aplicarse y tendrían que irse al texto mismo de la ley. En cuanto a aquellas integraciones que deben ser informadas no todas son objetables, solamente unas pocas lo son. Está el régimen general que está en el artículo 4.º que dice que "... deben objetarse aquellas que creen una indebida restricción

de la competencia", con el entendimiento que el Superintendente le de en su momento a cuando se entiende que hay esa indebida restricción a la competencia, no obstante que ha sido muy discutido está el típico caso de cuando alguien no tiene posición dominante y como resultado de la integración pasa a tener esa posición dominante y para el evento de servicios públicos habría que

adicionar unos casos particulares vía regulación, entonces, si la empresa llega a tener más del 25% del mercado en el sector energético si eso está prohibido pues no se va a poder tener, lo mismo que cuando la franja de potencia haciendo las acumulaciones como están previstas en la regulación sectorial implicará que se superaran esos porcentajes.

