

**REFORMAS NECESARIAS AL DERECHO DE LA
COMPETENCIA EN COLOMBIA**

Recomendaciones para el cuatrienio 2018 - 2022

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., agosto 7 de 2018

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN.....	3
2.	SÍNTESIS DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA	3
2.1	PRIMERA ETAPA: DE 1959 A 1992	3
2.2	SEGUNDA ETAPA: DE 1992 A 2009.....	4
2.3	TERCERA ETAPA: DE 2009 HASTA LA FECHA PRESENTE	4
2.3.1	<i>Principales características de la ley 1340 de 2009</i>	4
2.3.2	<i>El Estatuto Anticorrupción y la criminalización del Derecho de la Competencia</i>	6
2.3.3	<i>La Ley Anti trámites</i>	6
3.	SITUACIÓN ACTUAL Y REFORMAS NECESARIAS	8
3.1	LA AUTORIDAD DEBE SER COLEGIADA	10
3.2	LA AUTORIDAD DEBE SER INDEPENDIENTE DEL GOBIERNO.....	10
3.3	LA AUTORIDAD DEBE SER ESPECIALIZADA.....	10
3.4	INDEPENDENCIA ENTRE QUIEN REALIZA LA INVESTIGACIÓN Y QUIEN IMPONE LA SANCIÓN EN LOS CASOS DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA.....	12
3.5	DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA	13
3.6	ACTUALIZACIÓN DE LOS CATÁLOGOS DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.....	16
3.7	ACTUALIZACIÓN EN CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES	17
3.8	AMPLIACIÓN DE LA FUNCIÓN DE ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA DE LA SIC.....	19
3.9	UTILIZACIÓN DE LA HERRAMIENTA DE LAS GARANTÍAS, COMO MECANISMO PARA LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DE LAS INVESTIGACIONES.....	19
3.10	PROTECCIÓN AL PROGRAMA DE CLEMENCIA O BENEFICIOS POR COLABORACIÓN.....	21
3.11	COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y SEGURIDAD JURÍDICA	22
4.	CONCLUSIONES	22

REFORMAS NECESARIAS AL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA

Recomendaciones para el cuatrienio 2018- 2022

Por

*Alfonso Miranda Londoño*¹

1. Introducción

En estos momentos, cuando se prepara la instalación del nuevo gobierno que tendrá la responsabilidad de los destinos del país durante el cuatrienio 2018 – 2022, resulta pertinente para el CEDEC hacer una pausa en el camino para revisar los logros obtenidos y lo que a nuestro país le está haciendo falta en materia de Política de Competencia.

Es indudable que en la actualidad el país comprende de manera mucho más clara, que la libre competencia económica es un derecho de la mayor importancia para garantizar la libre participación en los mercados, el mejoramiento de la calidad de vida de la población y la eficiencia económica, lo cual debe contribuir a hacer realidad el ideal de una Economía Social de Mercado, dentro del Estado Social de Derecho que promete la Constitución Política de 1991.

2. Síntesis de la evolución del Derecho de la Competencia en Colombia

La evolución del Derecho de la Competencia en Colombia puede dividirse de manera general en tres (3) etapas principales:

2.1 Primera etapa: de 1959 a 1992

La primera de las mencionadas etapas va desde la Ley 155 de 1959, por medio de la cual se expidió la primera normativa estructurada de Derecho de la

¹ Abogado y socio economista Javeriano. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Master en Derecho de la Universidad de Cornell. Profesor de Derecho de la Competencia a nivel de pregrado y posgrado en la 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 Universidad Javeriana, director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia – CEDEC. Fundador y miembro de la Junta Directiva de la Asociación Colombiana de Derecho de la Competencia - ACDC. Designado como "Non Governmental Agent – NGA" de Colombia, ante el "International Competition Network – ICN" (2012 – 2016). Socio de la firma Esguerra Asesores Jurídicos.

Competencia, hasta el Decreto Especial 2153 de 1992. En esta primera etapa no hubo un desarrollo importante del Derecho de la Competencia, tal vez porque el Modelo Cepalino de Desarrollo, modelo proteccionista o de sustitución de importaciones, no favorecía la aplicación de la política de competencia.

2.2 Segunda etapa: de 1992 a 2009

La segunda etapa va desde la expedición del Decreto Especial 2153 de 1992, hasta la Ley 1340 de 2009. En esta etapa se inició la aplicación de la política de competencia, ya que la Constitución Política de 1991, al igual que sucedió en los demás países de América Latina después del llamado “*Consenso de Washington*” de 1990, consagró por primera vez en nuestra historia el Derecho de la Competencia como un derecho de todos que supone responsabilidades y le otorgó al Presidente de la República facultades para expedir el Decreto 2153 de 1992, por medio del cual el gobierno organizó 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.

En esta etapa se inició la aplicación de la política pública de libre competencia económica, en un período caracterizado por la expedición de diferentes normativas sectoriales y la creación de varias autoridades de competencia que empezaron a hacer efectiva la política pública y a sentar las bases conceptuales para el posterior desarrollo del tema.

2.3 Tercera etapa: de 2009 hasta la fecha presente

La tercera etapa va desde la expedición de la Ley 1340 de hasta nuestros días, período dentro del cual se expidió a Ley 1340 del 24 de Julio de 2009 y se expidieron otras normas importantes cuya aplicación le ha dado una gran relevancia a la política de competencia en nuestro país.

2.3.1 Principales características de la ley 1340 de 2009

Los aspectos más importantes de esta ley, proveniente de la iniciativa parlamentaria, son los siguientes:

- Estableció a la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la SIC), como Autoridad Única de Competencia, a la cual se le otorgó la facultad exclusiva de adelantar las investigaciones administrativas sobre prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal administrativa, en todos los sectores de la economía.

Adicionalmente, la SIC es la autoridad que decide sobre las concentraciones empresariales en todos los sectores de la economía, con excepción de las del sector financiero y las del sector aeronáutico, que son decididas por la

Superintendencia Financiera de Colombia – SFC y la Aeronáutica Civil, respectivamente.

- Armonizó el Régimen General de Libre Competencia con los Regímenes Especiales, de tal manera que la SIC, como autoridad única de competencia, aplica los regímenes especiales de competencia y en sus vacíos el Régimen General.
- 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 el programa de clemencia o delación, que es considerado en todo el mundo como la herramienta más eficaz en la lucha contra los carteles empresariales.
- Incrementó notablemente la capacidad sancionatoria de la SIC que ahora va a hasta cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (100.000 SMLMV) o hasta el 150% de la utilidad generada por la conducta anticompetitiva en el caso de las personas jurídicas²; y hasta dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (2.000 SMLMV)³ en el caso de las personas naturales.
- 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 especiales 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 que vale la pena destacar.

² Antes de la ley, la multa máxima era de hasta dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (2.000 SMLMV)

³ Antes de la ley, la multa máxima era de hasta trescientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (300 SMLMV)

2.3.2 El Estatuto Anticorrupción y la criminalización del Derecho de la Competencia

En el año 2011 se expidió la Ley 1474, mejor conocida como el Estatuto Anticorrupción. El artículo 27 de la mencionada ley se refiere a los “*Acuerdos Restrictivos de la Competencia*” y convierte en delito los acuerdos anticompetitivos de colusión en licitaciones u ofertas públicas expresamente señalados como anticompetitivos por el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, cuando se trate de procesos de contratación estatal.

Como consecuencia de la expedición de esta norma, el Derecho Colombiano de la Competencia incursiona en el terreno de la represión criminal de las conductas anticompetitivas, con las consecuencias que esto tiene. De otra parte, el parágrafo del artículo en comento dispone que las personas acusadas de este delito (es decir, colusión en licitaciones u ofertas públicas de contratación estatal) que reciban el beneficio total de delación establecido por la Ley 1340 de 2009, obtendrán como beneficio dentro del proceso penal, la reducción de la pena privativa de la libertad en una tercera parte, una rebaja del cuarenta por ciento (40%) de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años.

Resulta claro que esta norma genera un potente desincentivo para la utilización del programa de clemencia o delación, ya que la participación en el programa, aún en calidad de primer delator, no impide que se adelanten investigaciones y se apliquen sanciones criminales al delator. Resulta por lo tanto importante que se modifique esta norma con el fin de que los delatores puedan recibir inmunidad tanto frente a las normas de competencia como a las normas criminales.

2.3.3 La Ley Anti trámites

En el año 2012 se expidió el Decreto Ley 019, o Ley “*Anti trámites*”, cuyo objetivo general es el de facilitar las actividades de las personas naturales y jurídicas, para lo cual suprime o reforma los trámites, procedimientos y regulaciones innecesarios existentes en la administración pública. El Decreto se basa en el postulado de los artículos 83 y 84 de la Constitución Política, que establecen, respectivamente, que las actuaciones de los particulares y de las entidades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fe, y que cuando un derecho o una actividad se hayan reglamentado de manera general, las autoridades no pueden establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.

En los artículos 155 y siguientes, el mencionado decreto modifica algunos de los trámites que se deben seguir ante la SIC en los procesos que se adelantan ante esa entidad:

- El Decreto modifica el procedimiento de prácticas restrictivas de la competencia contenido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, en el sentido de establecer de manera expresa el término que se le concede a los imputados para ejercer el derecho de defensa en una investigación por prácticas restrictivas de la competencia, una vez les es notificada la resolución por medio de la cual se ordena la apertura de una investigación formal en su contra.

De conformidad con la norma mencionada, una vez la resolución de apertura es notificada, el o los investigados cuentan con un término de veinte (20) días hábiles para solicitar y aportar las pruebas que pretenden hacer valer en su defensa dentro de la investigación administrativa, para presentar sus descargos y para ofrecer garantías, si lo estiman pertinente.

Esta norma no resulta conveniente porque le pone una camisa de fuerza tanto a los investigados como a la autoridad, ya que en investigaciones complejas puede requerirse de un término mayor para preparar la defensa y evaluar la posibilidad y suficiencia de unas posibles garantías.

- El decreto señala que, instruida la investigación, se cita a una audiencia en la que los involucrados expongan sus argumentos de manera verbal. Antes del Decreto 019 de 2012, esta audiencia no existía y esta modificación resulta consecuente con la tendencia de nuestro derecho hacia la oralidad.
- Una vez realizada la audiencia mencionada, el Superintendente Delegado de Protección a la Competencia presenta ante el Superintendente de Industria y Comercio, un informe motivado en el cual se valoran las pruebas recaudadas y se recomienda al Superintendente absolver o sancionar. El Decreto 919 de 2012 establece que del informe motivado se le corre traslado por veinte (20) días hábiles al investigado y a los terceros interesados. Este término tampoco existía en la legislación anterior.
- También dispone el decreto que, si en el informe motivado se considera que no se cometió ninguna infracción, el Superintendente de Industria y Comercio podrá acoger integralmente los argumentos del informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado. Esta posibilidad no existía antes del mencionado decreto.
- Esta norma permite, como lo permitía la legislación anterior, clausurar la investigación cuando el infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará su conducta. Esto se deberá hacer en el plazo que la SIC otorga para solicitar o aportar pruebas.
- La ley 1340 de 2009 había estipulado que la SIC expediría guías que indicaran los criterios con base en los cuales se analizarían las obligaciones de los investigados y las formas en las que éstas se garantizarían. Esa estipulación fue suprimida, lo cual se considera negativo porque las guías pueden ayudar a los

usuarios de la norma a cumplir con la ley e incrementan la seguridad jurídica y la predictibilidad de la autoridad de la competencia.

- El Decreto impone a los investigados la obligación de publicar tanto en un diario de circulación nacional o regional, como en la página Web de la entidad (lo cual no se exigía antes), sobre el inicio del trámite de integraciones empresariales, la apertura de investigaciones, la imposición de sanciones y las garantías aceptadas.

Como se puede ver, el legislador le instruyó a la SIC sobre la forma racional y ponderada en la cual debe dar publicidad a ciertas decisiones, como las de la apertura de las investigaciones, las cuales pueden afectar a las empresas investigadas. Sin embargo, la SIC se ha acostumbrado en los últimos años a realizar un gran despliegue mediático de todas sus decisiones, las cuales muchas veces son conocidas por los afectados por los medios de comunicación antes de recibir la notificación de parte de la SIC, lo cual resulta poco garantista.

- El Decreto establece que quien acredite un interés directo e individual en investigaciones por prácticas comerciales restrictivas podrá, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la publicación de la apertura de la investigación en la página web de la SIC, intervenir, aportando las consideraciones y pruebas que pretendan hacer valer para que la SIC se pronuncie en uno u otro sentido.
- Por último, el Decreto faculta al Superintendente de Industria y Comercio a guardar en reserva la identidad de quienes soliciten beneficios por colaboración.

3. Situación actual y reformas necesarias

Es indudable que, con base en las modificaciones introducidas a la normativa de competencia en la última etapa reseñada, la SIC ha podido llevar adelante casos de la mayor importancia para el país, que han despertado el interés de los medios de comunicación y de la ciudadanía por la cuantía de las sanciones, la importancia de las empresas investigadas y el potencial de afectación de la economía y del bienestar de los consumidores, todo lo cual resulta positivo, ya que como arriba se dijo, la libre competencia es una herramienta extraordinaria para la protección del bienestar de los consumidores en el marco de la economía social de mercado y resulta muy conveniente que la población comprenda su verdadera dimensión y alcances.

Resulta sin embargo preocupante, percibir en la aplicación de la política pública de competencia, una tendencia de la autoridad a no considerar como válidos los argumentos de defensa de los investigados, a no decretar o valorar las pruebas que se aportan en defensa de su conducta; y a conducirse, en fin, con un marcado ánimo sancionatorio, a la vez que se liberan informes a los medios, de manera que

se afecta negativamente la reputación de todo aquél que es investigado (cuando aún no ha sido demostrada su culpabilidad) y se abstiene de utilizar el mecanismo de las garantías, que está consagrado en la ley como un gana – gana, en el cual la autoridad no se tiene que desgastar en la demostración de la conducta anticompetitiva y el investigado no tiene que permanecer *sub judice* cuando ofrece medidas razonables que protegen el principio de libre competencia de manera inmediata.

Por descontado se advierte, que no se trata aquí de proponer que se tienda un manto de impunidad sobre las conductas anticompetitivas, ni de proteger a las empresas infractoras en aquellos casos en los que con claridad se demuestre, después de un debido proceso y de ejercido el derecho a la defensa con plenas garantías, que se ha incurrido en cualquiera de las conductas prohibidas, como es el caso de los carteles de precios, los acuerdos de repartición de mercados o la colusión en las licitaciones públicas, que afectan a los consumidores o comprometen el patrimonio del Estado, a la vez que condenan a nuestro país al desangre de los recursos públicos y al atraso de la infraestructura nacional. Está claro que en estos casos se deben imponer sanciones ejemplarizantes con todo rigor, pero con el pleno de las garantías constitucionales y legales.

Y es que sucede que, en muchos casos, en el Derecho de la Competencia las cosas no pueden ser vistas bajo una óptica de blanco o negro, porque existen tonalidades de grises. Como lo reporta el autor William Landes⁴ “...Ronald Coase (1991 Premio Nobel de Economía) dijo que se había cansado del antitrust, porque cuando los precios subieron, los jueces dijeron que había monopolio, cuando los precios bajaron, dijeron que había precios predatorios, y cuando se mantuvieron iguales, dijeron que había colusión tácita”.

Adicionalmente, es importante para el robustecimiento de la economía de mercado, que no se persiga a los empresarios como criminales, salvo que realmente existan pruebas para ello, ya que como dijo Winston Churchill, “Muchas personas miran al empresario como al lobo que hay que abatir, otros muchos lo miran como a una vaca que hay que exprimir, y muy pocos lo miran como el caballo que tira del carro.”⁵ Es necesario por lo tanto, eliminar, o reducir hasta donde sea posible, el llamado Error de Tipo I o falso positivo, para lo cual se debe dotar a la política de competencia en Colombia, de garantías institucionales y procesales como las que se proponen a continuación, las cuales hemos venido proponiendo desde el CEDEC desde hace muchos años, y que ahora volvemos a plantear, en vista del advenimiento del nuevo gobierno. Adicionalmente destacamos que muchas de estas recomendaciones tienen relación directa con las recomendaciones que la OCDE le dio a Colombia durante el proceso de acceso a ese organismo internacional, como consecuencia del cual Colombia se convirtió en el miembro No. 37 de esa organización que promueve las mejores prácticas para los países miembros.

⁴ Landes, William. “The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Econ at Chicago”, JLE (1981, P. 193). Traducción propia.

⁵ <https://leereflexionayopina.wordpress.com>

Las principales reformas que en nuestra opinión Colombia debería aprobar en materia de Política de Competencia, son las siguientes:

3.1 La Autoridad debe ser Colegiada

La autoridad debe ser colegiada y no unipersonal como es ahora. La autoridad se puede estructurar en la forma de una Comisión de Competencia de naturaleza administrativa, lo cual le sumará independencia, ecuanimidad y le permitirá ser más resistente a los intentos de captura por los sectores económicos, políticos, por los medios de comunicación o por el mismo Estado.

3.2 La Autoridad debe ser independiente del Gobierno

La política de competencia es una política Estatal, pero no debe convertirse en una política gubernamental, razón por la cual 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 deben ser funcionarios de libre nombramiento y remoción del presidente de la República.

En relación con este aspecto debe aclararse que, con el fin de lograr el acceso a la OCDE, el Gobierno de Colombia expidió el Decreto 1817 de 2015, por medio del cual se establecieron algunos requisitos para el nombramiento del Superintendente; la posibilidad de discusión respecto de las calidades de los candidatos; y un período para el ejercicio del cargo, el cual termina al mismo tiempo que el período presidencial.

Es evidente que las medidas adoptadas por el mencionado decreto, a pesar de estar orientadas a otorgarle a la SIC una mayor independencia del presidente, resultan, a lo más, cosméticas e insuficientes para garantizar la independencia de la autoridad de competencia respecto del Gobierno.

El establecimiento de una autoridad de competencia independiente del Gobierno resulta consistente con la recomendación de la OCDE, en el sentido de dotar a la autoridad de competencia de mayor independencia y personal calificado.⁶

3.3 La Autoridad debe ser especializada

Posiblemente debido a su efectividad, el legislador le ha ido asignando numerosas y muy importantes funciones a la SIC, que en la actualidad, además de ser la

⁶ "COLOMBIA POLÍTICAS PRIORITARIAS PARA UN DESARROLLO INCLUSIVO ENERO 2015": <http://www.oecd.org/about/publishing/colombia-politicas-prioritarias-para-un-desarrollo-inclusivo.pdf>

autoridad de competencia en Colombia, cumple con tareas de diversa índole como se pasa a explicar:

- Ejerce facultades administrativas para decidir las investigaciones de prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal administrativa en todos los sectores de la economía.
- Ejerce facultades administrativas para aplicar el régimen de control de las concentraciones empresariales en todos los sectores de la economía, a excepción de los sectores Financiero y Aeronáutico, casos en los cuales las autoridades son respectivamente la Superintendencia Financiera de Colombia – SFC y la Aeronáutica Civil.
- Ejerce facultades administrativas para gestionar el registro de la propiedad industrial.
- Ejerce facultades administrativas para decidir los casos de protección al consumidor.
- Ejerce facultades jurisdiccionales para decidir a prevención casos de competencia desleal y protección al consumidor, para lo cual desplaza a un juez civil del circuito y sus sentencias son apelables ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial.
- Ejerce facultades administrativas para decidir las investigaciones sobre protección de datos personales.
- Ejerce facultades administrativas para administrar el sistema de metrología legal y decidir las investigaciones que se adelantan en contra de las compañías que infringen dicha normativa.
- Ejerce facultades administrativas para actuar como superior de las Cámaras de Comercio.

Consideramos que la autoridad de competencia debe especializarse en la lucha contra las prácticas anticompetitivas, y que cuando mucho debe manejar los casos administrativos relacionados con la protección al consumidor y la competencia desleal. Las otras funciones deben ser reasignadas.

De acuerdo con las recomendaciones de la OCDE, la SIC debe ser la autoridad encargada de las concentraciones empresariales en todos los sectores de la economía, incluyendo el sector financiero y aeronáutico.⁷

⁷ "COLOMBIA POLÍTICAS PRIORITARIAS PARA UN DESARROLLO INCLUSIVO ENERO 2015": <http://www.oecd.org/about/publishing/colombia-politicas-prioritarias-para-un-desarrollo-inclusivo.pdf>. "Asimismo, debería hacerse un mayor esfuerzo para responder a la fuerte resistencia del sector agropecuario y, en menor medida, del sector aeronáutico con relación a los principios de política de competencia. Dichas medidas podrían requerir que la autoridad de defensa de la competencia tuviera que incrementar sus funcionarios y que redujera la rotación de personal."

3.4 Independencia entre quien realiza la investigación y quien impone la sanción en los casos de prácticas restrictivas de la competencia

La autoridad o funcionario público que toma la decisión de abrir y adelantar la investigación (actualmente el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia) debe ser diferente e independiente a la autoridad o funcionario público que emite la decisión final (actualmente el Superintendente de Industria y Comercio). Hoy en día, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia es un subalterno del Superintendente de Industria y Comercio, quien lo puede nombrar y remover libremente, por lo cual no existe independencia entre las mencionadas instancias.

Adicionalmente, el Delegado participa en la elaboración de las decisiones finales que serán firmadas por el Superintendente, situación que impide la absoluta independencia que debería existir entre la entidad que investiga y la entidad que decide si hubo una infracción. Este principio de independencia y neutralidad es consistente con el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de conformidad con 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 ...”*

Para cumplir con este objetivo, debe crearse una Comisión de Competencia. El ente investigador (que podría continuar siendo la Superintendencia) presentaría las investigaciones a la Comisión para dar a las partes investigadas una mayor seguridad en relación con la independencia y neutralidad de quien toma la decisión final, como sucede en varias jurisdicciones.

Esto es consistente con el análisis efectuado por la OCDE respecto a los obstáculos del procedimiento de competencia colombiano⁸:

“La SIC debe adoptar resoluciones o proponer decretos, según proceda, para establecer como requisitos de procedimiento obligatorios (i) la política actual que establece una estricta “Muralla China” que prohíba comunicaciones entre el Superintendente y el Delegado respecto a las investigaciones pendientes desde el momento en que se inicia una investigación preliminar; y (ii) la política actual de la agencia bajo la cual el Superintendente no invoca el artículo 9.7 del Decreto 4886 para establecer que el Superintendente Delegado prepare la opinión del Superintendente bajo un procedimiento de aplicación de la Ley.

⁸ COLOMBIA: ASSESSMENT OF COMPETITION LAW AND POLICY (2016)
<http://www.oecd.org/daf/competition/Colombia-assessment-competition-report-2016.pdf>

“Colombia debe adoptar las propuestas legislativas de la SIC que (i) modifique las reglas de procedimiento para permitir que presuntos participantes del cartel se interroguen mutuamente en un procedimiento de la SIC de aplicación de la ley, y (ii) autorizar al Consejo Asesor, bajo un procedimiento de aplicación de la ley, a convocar a una audiencia en la que los acusados de haber realizado una conducta anticompetitiva contraria a la ley, puedan presentar sus descargos”.

Es indispensable que la mencionada independencia, que constituye una garantía fundamental para el debido proceso y la efectividad del derecho de defensa de los investigados, no dependa del establecimiento de una “... estricta ‘Muralla China’ que prohíba comunicaciones entre el Superintendente y el Delegado...” cuya efectividad no se percibe hoy en día, sino que se base en una sólida arquitectura institucional que garantice la verdadera existencia de la mencionada independencia. Por esa razón se propone la separación institucional entre el órgano de investigación y el órgano colegiado de decisión.

3.5 Debido Proceso y Derecho de Defensa

La aplicación de las normas de procedimiento en las investigaciones por la presunta realización de prácticas restrictivas de la competencia ha puesto al descubierto numerosos problemas que les impiden los investigados ejercer sus derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso:

- La autoridad tiene un tiempo ilimitado para desarrollar la investigación preliminar, con poderes amplios y sin control judicial para adelantar investigaciones, realizar visitas administrativas y decretar medidas cautelares. Debe existir un límite temporal para adelantar las investigaciones preliminares; y las visitas administrativas e interrogatorios durante las investigaciones preliminares deben ser autorizadas y revisadas por un juez de garantías, todo lo cual resulta consistente con las recomendaciones de la OCDE:

“Como ya se citó en la Sección 3.5, la SIC posee dos importantes herramientas de investigación, el poder para ordenar medidas cautelares y para realizar visitas sorpresa durante la etapa de averiguación preliminar. Estas herramientas no están sujetas a revisión judicial. La nueva ley 1340/09 no resuelve este problema. Las visitas sorpresa y medidas cautelares deben estar sujetas a supervisión judicial. Una vez iniciada la investigación formal, la SIC carece de la capacidad de realizar allanamientos, es decir del derecho de entrar a los establecimientos sin solicitar permiso de la empresa. Los allanamientos, no obstante, son una

herramienta indispensable para la lucha contra los carteles intrínsecamente nocivos.”⁹

- Las resoluciones de apertura deberían contener una acusación clara y completa que incluya la conducta presuntamente realizada, los hechos que soportan la acusación y las pruebas que tiene la autoridad para demostrar la acusación.
- Si en el informe motivado o al adoptar la decisión inicial, la autoridad va a señalar nuevos hechos o a utilizar pruebas adicionales, los investigados deberían tener la oportunidad de contradecir esas pruebas y contra argumentar los nuevos hechos imputados. Como sucede ahora, el acusado solo puede solicitar pruebas al inicio de la investigación y cuando la autoridad señala nuevos hechos y pruebas en el Informe Motivado y aún después en la primera decisión, no hay posibilidad de contradicción ni de defensa.
- Lo anterior ha generado un inmenso desequilibrio en las investigaciones sobre prácticas restrictivas de la competencia, porque los investigados naturalmente presentan explicaciones y pruebas para defenderse de las imputaciones que les hace la autoridad en la resolución de apertura; pero en muchas ocasiones el Delegado en el informe motivado y el Superintendente después en la resolución inicial, se refieren a nuevos eventos, nuevos hechos y nuevas pruebas de los cuales los investigados no se han defendido; y cuando se reclama sobre este cambio de imputación fáctica y de sustento probatorio, la respuesta ha sido que la autoridad puede usar todo lo que se encuentre en el expediente, lo cual resulta injusto porque los investigados ya en ese momento no pueden solicitar ni aportar nuevas pruebas, con lo que su defensa es precaria.
- Estos temas procesales no han sido suficientemente analizados por el poder judicial en la revisión de las decisiones emitidas por la SIC. De acuerdo con las recomendaciones de la OCDE debería existir un programa institucional de cooperación entre la SIC y los jueces, de forma que estos temas se tomen en cuenta para proteger los derechos de los investigados al debido proceso y a la defensa.

“La mayoría de las resoluciones de la SIC han sido ratificadas por los tribunales. A medida que la SIC entable más acciones de aplicación, sin duda verá que cada vez se apelarán más resoluciones. Además, con la nueva ley 1340/09 las autoridades se enfrentarán al reto de decidir las condiciones de aplicación del programa de clemencia. Sería

⁹ OCDE. “Derecho y Política de la Competencia en Colombia. Examen inter-pares”. <http://www.oecd.org/daf/competition/44111213.pdf>.

recomendable para la Superintendencia iniciar un programa de cooperación institucional con la judicatura, como ya han hecho otros países, con el objetivo de que los jueces se familiarizaran con los principios del análisis de competencia.”¹⁰

- Esto está de acuerdo con la recomendación de la OCDE de aportar mayor transparencia y claridad a la evaluación de las conductas anticompetitivas.

”También se avanzaría si las políticas de aplicación de la legislación de la SIC fueran más transparentes; si se aumentara la identificación y el enjuiciamiento de las actividades ilegales, especialmente en lo referente a licitaciones colusorias; si se fomentara la competencia en procesos de licitación pública; si se modificara el sistema de defensa de la competencia para asegurar la valoración efectiva de la competencia, y si mejorase el conocimiento público de la competencia y del papel que tiene en el fomento de la prosperidad económica.”¹¹

- Por otra parte, sin estas salvaguardias consideramos que sería inapropiado incrementar las multas como lo propone la OCDE, y restringir aún más la capacidad de defensa de las partes investigadas:

”Colombia debería proporcionar una gama más amplia de opciones para el cálculo de las multas máximas (incluyendo por ejemplo una opción atada al porcentaje de las ventas de la compañía), y permitir a la SIC escoger la opción que llegue al máximo posible.

Colombia también debe considerar (i) modificar la LEY 1340 para aclarar que los individuos pueden ser tratados como “agentes del mercado” sujetos a los límites más altos de sanciones del Artículo 25, y que las sanciones del artículo 26, que usualmente se aplican a los representantes legales de las compañías, también pueden aplicarse a las empresas (como firmas de abogados o contadores) que ayuden o faciliten una conducta ilegal por parte de otra empresa; y (ii) derogar el Artículo 101 de la Ley 1437 de 2011 (el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), que

¹⁰ OCDE. “Derecho y Política de la Competencia en Colombia. Examen inter-pares”. <http://www.oecd.org/daf/competition/44111213.pdf>.

¹¹ COLOMBIA POLÍTICAS PRIORITARIAS PARA UN DESARROLLO INCLUSIVO ENERO 2015”: <http://www.oecd.org/about/publishing/colombia-politicas-prioritarias-para-un-desarrollo-inclusivo.pdf>.

permite suspender una sanción durante la revisión judicial de la orden de la Autoridad que impone la multa.”¹²

- Sería aún más inapropiado otorgar a las SIC una capacidad judicial para indemnizar perjuicios en los casos de prácticas restrictivas.¹³
- Estamos de acuerdo con la recomendación de la OCDE de que la SIC debe aumentar “... *transparencia y previsibilidad emitiendo opiniones claras, guías, políticas, dictámenes consultivos y otras orientaciones, y publicando esos instrumentos en su página web de tal manera que permita una investigación eficiente.*”¹⁴

3.6 Actualización de los catálogos de conductas anticompetitivas

El catálogo de conductas anticompetitivas que el legislador introdujo en la Ley 155 de 1959, pero sobre todo en el Decreto 2153 de 1992 se ha quedado rezagado frente a los avances jurisprudenciales y doctrinarios en los Estados Unidos y en Europa; principalmente frente al tema de las conductas verticales.

En efecto, la legislación colombiana no distingue entre los acuerdos verticales y horizontales de fijación de precios, mientras que en 1997 la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en el caso *State Oil v. Barkat Khan* emitió decisión estableciendo que los acuerdos verticales de fijación de precios máximos debían ser estudiados bajo la regla de la razón; y en el año 2007, la misma Corte expidió la sentencia de *Leegin vs. PSKS et al*, por medio de la cual estableció que los acuerdos verticales de fijación de precios mínimos debían ser estudiados bajo la regla de la razón.

Así mismo, es importante establecer reglas claras para la interpretación y utilización de la cláusula de prohibición general, hoy en día contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en concordancia con el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992. La mencionada cláusula de prohibición general fue recientemente analizada por la Corte Constitucional y declarada exequible, por medio de la sentencia C-032 de 2017, pero es necesario que se aclare la forma en la cual dicha cláusula puede ser utilizada por la SIC sin vulnerar los derechos constitucionales de los investigados, los cuales deben tener claridad respecto de los hechos y las pruebas en las cuales se basa la imputación que la autoridad les formula.

También consideramos que las conductas unilaterales descritas en el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 han creado confusión y deben ser eliminadas.

¹² COLOMBIA: ASSESSMENT OF COMPETITION LAW AND POLICY (2016) <http://www.oecd.org/daf/competition/Colombia-assessment-competition-report-2016.pdf>

¹³ COLOMBIA: ASSESSMENT OF COMPETITION LAW AND POLICY (2016) <http://www.oecd.org/daf/competition/Colombia-assessment-competition-report-2016.pdf>

¹⁴ COLOMBIA: ASSESSMENT OF COMPETITION LAW AND POLICY (2016) <http://www.oecd.org/daf/competition/Colombia-assessment-competition-report-2016.pdf>

Igualmente debería existir un procedimiento para presentar a la autoridad para aprobación, operaciones que no son concentraciones empresariales pero que aumentan la eficiencia y podrían ser autorizadas por la SIC a pesar de su aparente contradicción con las leyes de competencia.

3.7 Actualización en control de concentraciones empresariales

Debe reconocerse que la mayoría de las recomendaciones presentadas por la OCDE en relación con el control de las concentraciones empresariales, ya han sido adoptadas con la expedición de la Resolución 10930 de 2015. Sin embargo, estamos de acuerdo con la OCDE en que las concentraciones conglomeradas deberían estar sujetas a control por parte de la SIC.¹⁵

Así mismo, consideramos que la SIC debería ser la autoridad encargada de analizar las concentraciones empresariales en todos los sectores de la economía, lo cual incluye al sector financiero y al aeronáutico. La actual división de funciones entre la SIC y la Superintendencia Financiera de una parte y la Aeronáutica Civil de la otra, no ha resultado efectiva y se ha prestado para confusiones y conflictos de competencia que le restan seguridad jurídica y claridad al control de concentraciones empresariales en Colombia, lo cual afecta sin lugar a dudas la competitividad del país.

Es evidente que en el caso del sistema financiero puede haber consideraciones prudenciales para la aprobación de las concentraciones; y en el caso aeronáutico puede haber también consideraciones de infraestructura, seguridad y comercio internacional, pero todas estas preocupaciones pueden ser llevadas al expediente de revisión de la SIC mediante conceptos de las autoridades sectoriales y podrán ser tenidas en cuenta por la autoridad de competencia, en un sistema unificado cuyas ventajas exceden los potenciales riesgos de su aplicación.

Estas recomendaciones no distan mucho de las preocupaciones manifestadas por la OCDE:

“There are also several other aspects of the SIC’s merger review system that could be modified to achieve better alignment with Council’s Recommendation or related International Competition Network (ICN) recommendations or that otherwise present opportunities for improvement. Colombia should: ¹⁶

- *“modify the merger review system so that the SIC will be able to extend the waiting period applicable*

¹⁵ COLOMBIA: ASSESSMENT OF COMPETITION LAW AND POLICY (2016)
<http://www.oecd.org/daf/competition/Colombia-assessment-competition-report-2016.pdf>

¹⁶ COLOMBIA: ASSESSMENT OF COMPETITION LAW AND POLICY (2016)
<http://www.oecd.org/daf/competition/Colombia-assessment-competition-report-2016.pdf>

to pending transactions once, for an additional three month period, but only in the event that the merging parties and the SIC are engaged in negotiating conditions to be imposed on the transaction in conjunction with SIC approval of the merger.

- *“assure the availability to merging parties of judicial review proceedings that will reach resolution within a reasonable time, recognizing that the viability of proposed merger transactions is typically limited.”*

“The SFC asserts that allocating merger control authority to it is necessary to protect and preserve the financial system’s stability. Reliance on prudential grounds in evaluating financial institution mergers, however, poses competition policy issues only when the financial authority wishes to approve an anti-competitive merger.³⁰⁰ Decree 663 does not enable the SFC to approve an anti- competitive merger on prudential grounds. Article 28 of Law 1340, which provides an exemption from the competition law for financial emergencies, must be invoked to accomplish that result. ¹⁷

“Colombia should amend Article 9 of Law 1340 to provide that the SIC’s opinion on proposed mergers involving financial institutions shall be binding on the Superintendent of Finance, such that mergers of financial institutions (other than those addressed in financial emergencies under Article 28 of Law 1340) will be evaluated jointly by both the SIC and the SFC. Each agency would examine a proposed merger with respect to the issues arising under that agency’s jurisdiction, and a proposed merger would be disapproved if either agency objected.”

“In the aeronautical sector, certain transactions, including mergers, are subject to prior approval exclusively by the Civil Aeronautics Special Administrative Unit (“Aerocivil”). The mere existence of specialized regulation in a sector is not a sufficient reason to displace the SIC’s merger review authority. ¹⁸

¹⁷ COLOMBIA: ASSESSMENT OF COMPETITION LAW AND POLICY (2016)
<http://www.oecd.org/daf/competition/Colombia-assessment-competition-report-2016.pdf>

¹⁸ COLOMBIA: ASSESSMENT OF COMPETITION LAW AND POLICY (2016)
<http://www.oecd.org/daf/competition/Colombia-assessment-competition-report-2016.pdf>

“Colombia should modify Aerocivil’s merger review authority to provide that the SIC’s opinion on airline “merger transactions” shall be binding on Aerocivil, such that each agency would possess authority to disapprove a proposed transaction.”

3.8 Ampliación de la función de Abogacía de la Competencia de la SIC

Con la expedición del artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, el legislador consolidó una base sólida para la Abogacía de la Competencia y la SIC ha logrado grandes avances en su implementación, gracias a la expedición del Decreto 2897 de 2010, incluido en el Decreto 1074 de 2015, que compiló las normas reglamentarias de competencia.

Consideramos que, de manera consecuente con las recomendaciones de la OCDE, la Abogacía de la Competencia debe expandirse aún más y debe utilizar un mayor presupuesto de la Autoridad, porque no hay duda de que las restricciones más importantes a la competencia vienen de las regulaciones estatales.¹⁹

3.9 Utilización de la herramienta de las Garantías, como mecanismo para la terminación anticipada de las investigaciones

El ofrecimiento y la aceptación de garantías dentro de los procesos de investigación que adelanta la SIC por la presunta realización de prácticas comerciales restrictivas o de competencia desleal, es una herramienta procesal prevista en el Decreto 2153 de 1992 (Decreto 2153), la Ley 1340 de 2009 (Ley 1340) y el Decreto 019 de 2012 (Decreto 019), que implica la posibilidad para el investigado, de ofrecerle al Superintendente que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga. En caso de que el Superintendente considere que las garantías son suficientes, ordenará la clausura de la investigación sin pronunciarse sobre el fondo del asunto y sin imponer sanciones al investigado.

Al respecto se puede decir que la facultad para decidir sobre la aceptación de garantías es discrecional, lo que en ningún momento implica una arbitrariedad, pues para ello la entidad desarrolló en el pasado una serie de criterios. En teoría, el Superintendente solo debe aceptar las garantías que se le ofrecen, cuando éstas le brinden certeza en relación con la eliminación del elemento anticompetitivo por el cual se dio inicio a la investigación.

De allí se deriva la doble ventaja que ofrece este instrumento: El investigado tiene la oportunidad de obtener la terminación anticipada de la investigación, sin que exista un pronunciamiento de fondo por parte de la Entidad, en relación con la legalidad o ilegalidad de las conductas por las cuales se abrió la investigación y sin

¹⁹ “COLOMBIA POLÍTICAS PRIORITARIAS PARA UN DESARROLLO INCLUSIVO ENERO 2015”: <http://www.oecd.org/about/publishing/colombia-politicas-prioritarias-para-un-desarrollo-inclusivo.pdf>

que pueda resultar sancionado. La Autoridad de la Competencia, por su parte, obtiene la certeza sobre el respeto de la ley por parte del investigado, ya que sin entrar en el desgaste de tener que demostrar la realización de prácticas restrictivas o desleales, logra la cesación o modificación de las conductas que motivaron la investigación.

A pesar de la consagración legal de la figura de las garantías, la SIC ha dejado de utilizar este mecanismo, sin que exista una justificación legal para ello. De acuerdo con las recomendaciones de la OCDE, la autoridad debería restablecer estos acuerdos como una herramienta válida para la terminación anticipada de las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia.

*“La ley colombiana permite que la SIC ponga fin a una investigación si la parte denunciada realiza una “oferta de garantías” de que suspenderá o modificará la conducta por la cual está siendo investigada. La capacidad de acordar la terminación anticipada de un caso puede ser una herramienta útil para una autoridad de competencia, permitiéndole lograr un resultado en un caso aunque mantenga recursos escasos. No todos los países, sobre todo en Latinoamérica, proveen a sus autoridades con esa capacidad. Parece, en cambio, que aunque este procedimiento se usa con frecuencia en Colombia, a veces no resulta efectivo. Además, las reglas que se aplican a los procedimientos de acuerdos no están claras, como ya se ha citado en la Sección 2.1, y al menos en una ocasión, el intento de la SIC de reglamentar este procedimiento fue anulado por los tribunales. Podría ser posible, por ejemplo, que un acuerdo de terminación anticipada requiera no sólo la terminación de la conducta ofensiva, sino que, cuando sea oportuno, también sea necesario que la parte infractora emprenda acciones firmes para rectificar el daño causado por la conducta y garantizar que no se repetirá. Tales compromisos deben efectivizarse, y el incumplimiento debe ser causa de multa. Además, debería ser posible que un acuerdo de terminación anticipada incluya una sanción para la parte infractora, nuevamente cuando proceda. Aparentemente estos procedimientos no son posibles con la actual ley colombiana. Con la modificación introducida por la Ley 1340/09, la declaratoria de incumplimiento de los compromisos dará lugar a una sanción por violación a las normas de competencia, que podrán incluir instrucciones orientadas a verificar el cese de las conductas investigadas”.*²⁰

Como se puede observar, resultaría valioso incorporar algunas modificaciones al tema de garantías, pero se debe mantener este instrumento a disposición de la autoridad, porque es una herramienta más que permite adecuar la conducta de las

²⁰ *Derecho y Política de la Competencia en Colombia* <http://www.oecd.org/daf/competition/44111213.pdf>

empresas investigadas a la normativa de libre competencia, en forma rápida y sin el costo y los riesgos de una investigación.

3.10 Protección al Programa de Clemencia o Beneficios por Colaboración

De conformidad con la recomendación de la OCDE, es importante modificar el programa de Beneficios por Colaboración para permitir que la autoridad de la competencia pueda otorgar inmunidad respecto de las conductas anticompetitivas y de las conductas criminales por las cuales se pueda investigar a los infractores. Así mismo, se debe respetar la llamada *Regla de Oro* de los programas de clemencia, según la cual, el colaborador no puede estar nunca en una situación inferior a la de aquellos que no colaboran. Esto se debe traducir también, en medidas que favorezcan al delator en otro tipo de procesos judiciales, como es el caso de los de indemnización de perjuicios, eso sí, sin afectar los derechos de las víctimas al resarcimiento. Al respecto dijo la OCDE:

“La SIC considera que la imposición de fuertes penalidades a los participantes del cartel es un medio crítico para alentar a los solicitantes a invocar su programa de beneficios por colaboración. La SIC reconoce, sin embargo, que además de ampliar las opciones para calcular las multas máximas, hay otros ajustes que se pueden hacer al programa de beneficios por colaboración para hacerlo más atractivo y efectivo.

“Colombia debería modificar el programa de beneficios por colaboración (i) suprimiendo el requisito estatutario de que quien recibe el beneficio no haya sido “el instigador o promotor” de la conspiración; (ii) extendiendo los beneficios por colaboración a las personas que revelen que facilitaron una conducta unilateral anticompetitiva por una empresa asociada; (iii) acordando una protección legal permanente contra la divulgación a terceros contrapartes de las identidades de quienes están solicitando beneficios por colaboración y las pruebas presentadas por ellos en el curso de la investigación; y (iv) estableciendo que la SIC no puede cobrar al facilitador o promotor de una violación a la ley e competencia lo mismo que a la primera persona que solicitó beneficio por colaboración.

“Para carteles que involucran acuerdos en licitaciones, Colombia debe modificar su programa de beneficios por colaboración para otorgar completa amnistía a la primera persona que coopera, y rebajas significativas en términos de privación de la libertad para quienes presentan la solicitud de acogerse al programa de manera tardía.

“Colombia debe adoptar una legislación que prevea que, en una demanda civil por daños causados por un cartel, quien se beneficia

*por colaboración sólo será responsable por su parte de los daños, y no (como es el caso actualmente) solidaria y conjuntamente responsable por todos los daños atribuidos a la conspiración”.*²¹

3.11 Cooperación Internacional y Seguridad Jurídica

Es importante que la SIC desarrolle un mecanismo interno para interactuar con otras autoridades de competencia de nivel nacional y supranacional, como es el caso de la Secretaría General de la CAN - SGCAN, para evitar situaciones como las creadas por la Resolución 2006 de 2018 de dicha entidad, por medio de la cual el mencionado organismo comunitario le impuso sanciones multimillonarias en dólares a Kimberly Clark y al Grupo Familia en el caso del papel suave, con base en una acusación presentada por la Superintendencia de Control del Poder del Mercado – SCPM del Ecuador, para lo cual dicha autoridad utilizó pruebas que fueron presentadas por Kimberly dentro del programa de Reducción del Pago de la Multa, que es el Programa de Clemencia del Ecuador.

Esta inaudita situación ha hecho que tanto la SIC como el INDECOPI presenten recursos de reconsideración en contra de la Resolución 2006 por el daño irreparable que esta injusta situación está causando a sus programas de Clemencia. Indudablemente una decisión de este tipo afecta los programas de clemencia de la Comunidad Andina y de toda la región, ya que ninguna empresa tendrá tranquilidad para aplicar a los programas de delación, cuando las pruebas que presente pueden ser utilizadas en su contra por la SGCAN, bajo una norma comunitaria que ni siquiera tiene un programa de clemencia.

Se hace indispensable por lo tanto, que los países miembros promuevan una modificación de la Decisión 608 de 2005 de la CAN con el fin de actualizarla e incluir el programa de clemencia que como se sabe es considerado en todo el mundo como la herramienta más eficaz en la lucha contra los carteles empresariales. Pero adicionalmente, es necesario que se establezca en el derecho interno de los países miembros, como es el caso de Colombia, un mecanismo de cooperación y coordinación internacional con otras autoridades de competencia, con el fin de prevenir conflictos con otras autoridades para decidir los casos del futuro, que en muchas ocasiones pueden afectar más de una jurisdicción.

4. Conclusiones

No cabe duda que el Derecho de la Competencia en Colombia ha tenido un proceso ascendente a lo largo de su historia de casi sesenta (60) años y que nuestra autoridad de competencia ha crecido y madurado hasta convertirse en una de las

²¹ COLOMBIA: ASSESSMENT OF COMPETITION LAW AND POLICY (2016) <http://www.oecd.org/daf/competition/Colombia-assessment-competition-report-2016.pdf>

mejores de Latinoamérica, todo lo cual debe ser motivo de orgullo y satisfacción por el importante rol que esta política pública ha desempeñado en beneficio del país.

Durante los últimos veintitrés (23) de esos casi sesenta (60) años, el CEDEC ha sido testigo de esta evolución y trayectoria; y ha expresado sus opiniones y recomendaciones con el fin de mejorar la normativa, las buenas prácticas y el desarrollo de la política pública de libre competencia, porque estamos convencidos de su importancia para el desarrollo del país. Por eso, en esta oportunidad, queremos aprovechar el momento del cambio de gobierno y la circunstancia del acceso a la OCDE para proponer las reformas que consideramos útiles para mejorar la política de competencia y hacerla más robusta, más sólida desde el punto de vista jurídico y más justa en su aplicación. No sabemos si estas propuestas serán acogidas por el legislador, pero consideramos que es nuestro deber proponerlas.

Para terminar, queremos suscribir nuevamente las palabras del padre del Derecho de la Competencia en Colombia, el doctor Hernando Agudelo Villa, en 1958, cuando presentó ante el Congreso de la República el proyecto de ley *“Por el cual se dictan normas sobre prácticas comerciales restrictivas”*, el cual se convirtió en la ley 155 de 1959.

La exposición de motivos señala que Colombia era entonces uno de los pocos países que no contaba con este tipo de normativa, la cual se necesitaba a causa del proceso de industrialización del país y de concentración de la riqueza.

En la misma exposición de motivos, Agudelo Villa explicó que se debía garantizar la competencia con el fin de proteger a los consumidores y evitar los abusos de poder provenientes de las grandes empresas, que él percibía como *“concentraciones monopolísticas”*. Al respecto manifestó que la competencia debía ser vista como: *“[...] el más eficaz instrumento para promover el desarrollo tecnológico”*.

Hoy, casi sesenta (60) años después de su expedición, los elementos esenciales de la ley 155, no han perdido vigencia y nadie duda de su importancia como norma fundadora del derecho de la competencia. En palabras de Agudelo Villa:

“El proyecto no se inspira en el ánimo de desalentar, ni mucho menos, el crecimiento de las empresas o su integración, por cuanto precisamente la disminución de costos, los precios favorables y la mejor calidad de los productos, dependen de manera especial de industrias que puedan producir en grande escala. Y porque los males sociales no provienen en sí del hecho de que las empresas sean unidades económicas robustas, sino de las prácticas nocivas, que con base en su poder económico, pueden ejecutar en perjuicio de los intereses generales de la comunidad.”

“Bien entiende el gobierno que el estatuto sobre prácticas restrictivas es imperfecto y que la discusión de él en el Congreso puede mejorarse con la incorporación de sanciones a otros hechos que se consideren lesivos de la libre competencia. El ánimo del ejecutivo es únicamente el de iniciar en el país el proceso legislativo tendente a impedir prácticas restrictivas, y a garantizar la real operancia de la fuerza competitiva, que considera de utilidad social, porque protege los intereses de los consumidores y evita los abusos de poder, emanados de las combinaciones impersonales y de las concentraciones monopolísticas, fuera de que la competencia es el más eficaz instrumento para promover el desarrollo tecnológico”.