

EL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA Y LA INEFICACIA DE SU NORMATIVA

THE RIGHT TO FREE COMPETITION AND THE INEFFICIENCY OF ITS REGULATIONS

RESUMEN

• A partir del desarrollo del concepto de la libre competencia se busca dilucidar y hacer hincapié en la importancia de este y su institución en la normatividad colombiana. Acto seguido, se busca esbozar cronológicamente las normas que instituyeron este principio y qué sirvieron de fundamento a la hora de consolidar un concepto claro y específico para la economía de Libre Mercado, la cual conlleva una responsabilidad social entre quienes hacen parte de la línea de producción económica del país y supone una normativa garantista que permita la materialización de los derechos del consumidor en la cotidianidad del colombiano.

Es allí cuando es de suma importancia hacer mención de la Superintendencia de Industria y Comercio la cual juega un papel vital a la hora de determinar responsabilidades y analizar actuaciones que afecten directamente ese derecho constitucional, motivo suficiente para analizar la funcionalidad de esta autoridad y su campo de competencia a lo largo y ancho del país.

Palabras clave: libre competencia, economía, consumidor, garantías, derechos constitucionales, Libre Mercado, autorresponsabilidad, monopolios.

ABSTRACT

• From the development of the concept of free competition, the aim is to elucidate and emphasize its importance and its institution in Colombian regulations. Immediately after, it seeks to chronologically outline the norms that instituted this principle and what served as a foundation when consolidating a clear and specific concept for the Free Market economy, which entails social responsibility among those who are part of the economic production line. of the country and supposes a guarantee regulation that allows the materialization of the rights of the consumer in the daily life of the Colombian. It is there when it is of utmost importance to mention the Superintendence of Industry and Commerce which plays a vital role when determining responsibilities and analyzing actions that directly affect that constitutional right, sufficient reason to analyze the functionality of this authority and its field competition throughout the country.

Key words: free competition, economy, consumer, guarantees, constitutional rights, Free Market, self-responsibility, monopolies.

YURANY PAOLA CASTAÑEDA RODRÍGUEZ

Estudiante de Pregrado en Derecho. Trabajo de grado para optar por el título de Especialista en Derecho Comercial. Corporación Universitaria Republicana. Correo electrónico: yurapcr@gmail.com

Recibido: 3 de julio de 2020. *Aprobado:* 3 de febrero de 2021

DOI: <http://dx.doi.org/10.21017/Pen.Repub.2021.n13.a74>

El derecho a la libre competencia y la ineficacia de su normativa

Introducción

A partir del desarrollo del modelo económico de Libre Mercado en Colombia se puede hacer mención de la estipulación de principios y garantías inherentes al derecho como la autonomía de mercado y la protección al consumidor, marco limitante para quienes desarrollen actividades comerciales, lo cual conlleva al desarrollo autosuficiente de la persona natural o jurídica y a la no tan implícita autorresponsabilidad respecto a quiénes son competidores.

Amañar o falsear las variables de las competencias reclama un reproche social en cabeza de quienes reclaman una línea de producción, limpia, equitativa y justa para los nuevos emprendimientos, el sostenimiento del mercado y sobre todo una multiplicidad económica en el desarrollo nacional.

Es por esto por lo que, a partir del estudio de las diferentes normativas que protegen la libre competencia se pretenderá abrir un debate respecto a su funcionalidad en la actualidad y su aplicación entre quiénes son competidores y la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad competente de la vigilancia de las empresas implicadas. Las anteriores, concebidas bajo la premisa de ser unidades de explotación económica, las cuales demandan una vigilancia y un control crucial a la hora de la implementación legal de las diferentes normativas contempladas por el legislativo, generando una mayor seguridad, pero requiriendo a la vez, una efectividad material.

Justificación

Uno de los focos centrales de la libre competencia es basado en su esencialidad, su aplicación general y la prohibición de concentrar el beneficio en unos pocos contribuyentes, es por eso que como materia de estudio demanda la integralidad de su competencia y el desarrollo funcional de los derechos constituidos en favor de los agentes económicos.

Marco teórico

La economía no puede estar al servicio de unos pocos y en contra de la mayoría, la aplicación del control de mercado es desarrollada a partir del impulso desatado por la rivalidad y la competencia. Cuando se compite los empresarios son más exitosos luego, la competencia lleva al éxito. Esta afirmación pronunciada por Robledo¹ (2016) en un foro realizado en la Universidad Pontificia Javeriana para la especialización en Derecho de la Competencia, es respaldada por las dinámicas acopladas a la autonomía de mercado, el desarrollo de nuevos productos y de emprendimientos que funcionan como incentivo para el desarrollo personal de quién también se encuentra en el mercado, es por ello que toda práctica legal debe ser regulada e casi que imperativamente debe rechazar el monopolio desmedido, la captación y la aglomeración de mercados en manos de quienes ostentan determinada calidad de posición dominante en cualquier ámbito: político, económico o social.

I. La libre competencia, concepto

Yendo en sintonía con la defensa de la supremacía de la Constitución, y según reza su artículo 333: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.” La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades “[...]” El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.” La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación”.

Con base en lo anterior, se puede decir que el constituyente tuvo en cuenta el control de las prácticas restrictivas de la competencia y a partir de ello, se desarrollan las concepciones actuales del derecho de la competencia, incluso, haciendo alusión a la crítica ética y social a las prácticas infundadas en el daño que se le hace al bienestar general.

La libre competencia no puede ser restringida por prácticas de negocios que “erosionan la base de la vitalidad de la economía» en palabras de Barack Obama, ex presidente de Estados Unidos, país referente en la lucha contra la cartelización desde finales del siglo XIX.

2 Pablo Felipe Robledo, ex Superintendente de Industria y Comercio.

Con la violación a la libre competencia se atenta de manera directa contra los consumidores finales, el mercado genérico, el bienestar general. Adicional a esto, la cartelización, la manipulación de licitaciones y la falta de control previo en las nociones empresariales, han acelerado la estipulación completamente imparcial de precios más altos que perjudican sustancialmente nuevos mercados, una evidente caída en la innovación, los niveles más bajos de calidad al servicio al cliente, una deficiencia en los números de creación en nuevas empresas y pocas oportunidades para los trabajadores.

Todo esto, nos permite hablar de un número de desventajas que no solamente violentan la capacidad de mejora en los sectores industriales, sino que afecta sustancialmente la evolución personal que deben tener quienes hacen parte del sector empresarial y se refutan empresarios.

Por el contrario, la libre competencia garantiza la preservación de las buenas condiciones para el consumo, y el proceso de producción de todos los empresarios en la cadena de valor, teniendo en cuenta la obtención de la materia prima y la prestación de los servicios para quienes deben garantizar el bienestar general de los destinatarios finales.

Otro de los objetivos que estructuran la libre competencia va ligado a la eficiencia económica del país, el adecuado funcionamiento de los mercados y los sectores de la economía, pretendiendo establecer un punto de equilibrio e impulsando motivación a quienes sirven de productores, acto que impulsa una demanda más exigente en condiciones por parte del consumidor y con una suplencia íntegra de parte de la normativa.

En el escenario de un mercado poco competitivo, un desbalance de poderes impone la dominancia de unos pocos y la incapacidad de competencia de los demás.

II. Regulación nacional

La normativa nacional que contempla la promoción de la libre competencia y la restricción de las prácticas comerciales que atentan contra ello, están contenidas principalmente en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009.

Las anteriores, son claras al prohibir cualquier conducta, restricción o limitación por parte de los agentes en el mercado que pueda vulnerar el derecho constitucional a la libre competencia.

Con la expedición de la ley 1340 de 2009 se estipuló como autoridad nacional a la Superintendencia de Industria y comercio, competente para adelantar

investigaciones administrativas, la imposición de multas y la adopción de decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia. Esta norma también facultó a la entidad para efectuar la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.

A nivel nacional, es sencillo enumerar las prácticas susceptibles de distorsionar la competencia, entre las más discutidas se encuentran: los acuerdos anticompetitivos, abusos de posición dominante, las integraciones económicas que contraigan sustancialmente la competencia y que no compensen con eficiencias. Sin embargo, es menester hacer mención al Régimen de Competencia que contempla los actos de Competencia Desleal establecidos en la Ley 256 de 1996 que afecten o tengan impacto en el.

III. La posición dominante en el mercado y su regulación en cabeza de las autoridades competentes

Con la expedición de la Ley 155 de 1959 se conceptualizó esta posición, en la cual un agente económico tiene dominancia en un mercado cuando su mera participación puede influenciar en la determinación del precio, aunque la norma no tiene un catálogo de conductas de abuso de la posición dominante, en su artículo 8 se prohíbe la monopolización de la distribución.

En otros escenarios, con la promulgación del Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009 se recalca que la posición dominante radica en la posibilidad de afectar las condiciones del mercado, y el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 consagra un catálogo de conductas que constituyen abuso de la posición dominante.

El concepto de posición dominante en el mercado se encuentra definido por el numeral 5 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 dispone: “- Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:” [...] ”5. Posición dominante: La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”.

Definición adversa al criterio expresado en el artículo 2º de la Ley 155 de 1959 el cual reza que, la posición dominante en el mercado se distingue esencialmente por la capacidad que tiene una empresa o persona para determinar en forma directa o indirecta el precio, calidad, cantidades y demás condiciones dentro de un mercado. “Las empresas que produzcan, abastezcan, distribuyan o consuman determinado artículo o servicio, y que tengan capacidad para determinar precios en el mercado, por la cantidad que controlen del respectivo artículo o servicio, estarán sometidas a la vigilancia del Estado para los efectos de la presente ley”

Como se observa, la Ley 155, define la posición dominante de una empresa en el mercado, fundamentalmente por su participación en él. También, se aumenta relevantemente las multas que la autoridad puede imponer a las personas naturales y que infrinjan las normas de competencia, las multas son cobradas en favor de la SIC y no del tesoro nacional, pueden ser de hasta 100.000 salarios mínimos o hasta por el 150 por ciento de la utilidad derivada de la conducta de parte del infractor, en el caso de personas jurídicas, y hasta el equivalente de 2000 salarios, en el caso de personas naturales (cfr. Ley 1340 de 2009, arts. 25 y 26).

Adicional a lo anterior, la norma introduce un programa de delación denominado “beneficios por colaboración con la autoridad” el programa le permite a la SIC reducir o eliminar la sanción a aquella persona natural o jurídica que contribuya con la investigación de manera efectiva, siempre que no se trate del instigador de la conducta (cfr. Ley 1340 de 2009, art. 14).

Dentro del ámbito jurisprudencial, la Sentencia C-535/97 de la Corte Constitucional de Colombia hizo referencia a la libre competencia «se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres».

El papel que desempeña la Superintendencia de Industria y Comercio

La SIC cuenta con autonomía administrativa, personalidad jurídica propia e independencia administrativa, financiera y presupuestaria, pero sería negligente no hacer mención a lo que podría concebir como un entorpecimiento en la división de poderes y la autonomía de la institución, ya que el Superintendente es elegido libremente por el Presidente de la República y que puede ser cesado con libertad, mutando esto, en un grado de autonomía inferior respecto de la influencia del poder ejecutivo. El cargo de Superintendente Delegado para la Competencia es de libre designación y destitución. Se considera una debilidad adicional que la SIC no sea una entidad dedicada únicamente a la aplicación de la ley de competencia. Entonces, en suma, el Superintendente (que concentra las facultades resolutorias) como el Superintendente Delegado (que concentra o comparte con el Superintendente las facultades de investigación), tienen otras tareas para desempeñar lo cual desencadena que los desarrollos de sus atribuciones investigativas versen sobre un conglomerado de asesores y se desdibuje la focalización de la competencia que predica la ley y de vuelva efímera la independencia al Poder Ejecutivo.

Procedimientos de investigación

En cabeza de la Superintendencia de Industria y comercio, se encuentran dos importantes herramientas de investigación: el poder para ordenar medidas cautelares y para realizar visitas sorpresa durante la etapa de averiguación preliminar, facultades que no están sujetas a revisión judicial, circunstancia que puede ser perjudicial a la hora de tramitar determinada acción en pro de la defensa de la libre competencia.

Otra arista a la competencia de la SIC, se da con el procedimiento acordado de terminación anticipada. 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 resultados aparentemente eficientes pero que como sabemos, pocas veces se materializa.

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. Adicional a ello, la Superintendencia tiene como reto trabajar hacia el desarrollo de una “cultura de la competencia” en Colombia, en la que todos los sectores de la sociedad, público y privado entiendan y aprecien la importancia que la competencia tiene para la economía de los consumidores y del país.

Metodología

Durante el desarrollo del texto se buscó abarcar la importancia de la libre competencia como columna vertebral de la economía social de mercado en el país.

Este modelo económico ha tenido protección normativa a lo largo de los tiempos. Sin embargo, el término de libre competencia ha reunido en un número de leyes un conjunto de prerrogativas las cuales suponen como factor esencial el respeto y la autorresponsabilidad del competidor en el mercado. Lo anterior, enmarcado dentro de la exigibilidad de la ley, a partir de un análisis cronológico que busca determinar los puntos débiles de este modelo económico en la legislación actual. Teniendo como base, la opinión de expertos que se han pronunciado en múltiples ocasiones a este importante ítem, la interpretación textos de jurisprudenciales e

investigativos y la perspectiva cotidiana como fuente primaria de información y de observación.

Conclusiones

El derecho a la libre competencia económica según la Corte Constitucional, establece una dualidad entre un aspecto subjetivo y un aspecto objetivo debido a que dicha garantía superior “se consagra como un derecho individual que entraña facultades como obligaciones” y, al propio tiempo, “adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos Y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres».

La libre competencia constituye la regla suprema de juego en un sistema de Economía Social de Mercado, razón que motiva la adopción de reglas formales que, bajo la modalidad de normas, otorguen un marco de protección que garantice la eficiencia y materialización de la norma positiva, la cual persigue tres finalidades: garantizar la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y mejorar la eficiencia del aparato productivo.

En concordancia con lo anterior, el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado hacen parte el eje inherente de la normativa de protección del derecho en mención, es por ello por lo que resulta necesaria una competencia real, libre y carente de distorsiones que permita la satisfacción del ánimo de lucro, que caracteriza a los operadores económicos, y que a su vez permita a los consumidores adquirir bienes y servicios de calidad a precios justos.

La libre competencia económica persigue la defensa de la competencia en sí misma considerada, pues no solo cumple con incentivar la existencia de múltiples agentes, sino que además regula su actividad, con el fin de evitar la integración de monopolios, abusos de posición de dominio o prácticas restrictivas de la competencia, además de actos de competencia desleal que generan fallas en el sistema de economía. (Corte Constitucional, C-228 de 2010, M.P. Escobar Gil)

La competencia es una condición del mercado, necesaria para su eficaz funcionamiento y pertinente en un proceso de intercambio que combina múltiples intereses. La normativa desglosada reconoce el papel que desempeña la iniciativa empresarial como herramienta para generar riqueza, ingreso y bienestar, aceptando la necesidad de que esta se desarrolle en condiciones de

competencia libre que permita alcanzar múltiples objetivos sociales y económicos, la búsqueda de la eficiencia del mercado es esencial pero la protección de los derechos de los consumidores y la defensa del bienestar general constituyen referentes importantes.

Existe una relación complementaria entre la libre competencia económica y el ejercicio de otras libertades y derechos. Cuando ese escenario se encuentra viciado por el comportamiento de algunos agentes, las posibilidades de concurrencia disminuyen y la capacidad para actuar con libertad e independencia se reducen.

Afortunadamente las acciones constitucionales orientadas a obtener la protección de la libre competencia como derecho colectivo existen, pero, el ánimo o voluntad para emprender acciones que persigan la protección de ese derecho es casi nula y esta circunstancia podría obedecer al desconocimiento de las mismas o a la débil atención que se les presta a las asociaciones de consumidores a nivel nacional.

En cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de facultades administrativas, y no en el marco de acciones constitucionales, se ha investigado y sancionado agentes económicos que han lesionado este pilar económico.

Referencias

Análisis comparativo de las normas de competencia en la legislación colombiana (2009). González Giraldo Ana María, Grimaldo Moyano Viviana Rocío. Pontificia Universidad Javeriana. <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2009.pdf>

Aproximación al régimen de defensa de la competencia en Colombia. (2016) Camilo Ortega Sáchica. Abogado de la Cámara de Comercio de Bogotá vinculado a la vicepresidencia de servicios registrales. Magister en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/Cuadernos/article/view/995>

Competition law in latin america: A practical guide. Miranda, Alfonso. Peña Julián, Calliari Marcelo. (2016) https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/kluwer_antitrust_colombia.pdf

Corte Constitucional. Sentencia C-535/97 Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía, octubre veintitrés (23) de mil novecientos noventa y siete (1997)

Corte Constitucional. Sentencia C-032/17 Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos. 25 de enero de 2017.

Constitución Política De Colombia. (1991). Actualizada y revisada. Bogotá, D.C. Colombia: Legis.

Decreto 2153 (1992) Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones.

Derecho y política de la competencia en Colombia © OCDE 2009 “La perspectiva colombiana de la protección de la competencia”, (En Derecho de la competencia, Bogotá: Navegante, 1998), <http://www.oecd.org/colombia/44111213.pdf>

La efectividad del derecho de la competencia. Alfonso Miranda Londoño. (2010) <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/efectividad-del-derecho-de-la-competencia.docx>

La regulación y la libre competencia en el sector eléctrico colombiano (2014). Felipe Andrés Zuluaga Isaza. Universidad de Los Andes. <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/12927/u713385.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

La libre competencia económica en el derecho colombiano. Una revisión desde la economía social de mercado y sus implicaciones normativas. (2016) Alarcón, Andrea. Revista Prolegómenos Derechos y Valores. <http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v19n37/v19n37a08.pdf>

Ley 1116 (27, diciembre, 2006). Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial

Ley 1340 (2009). Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección a la competencia. Bogotá D.C

Ley 155 (1959). Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. Bogotá D.C

Ley 256 (1996). Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. Bogotá D.C

Origen y evolución del derecho de la competencia en Colombia. La Ley 155 de 1959 y su legado (2011) Alfonso Miranda Londoño. Rev. Derecho Competencia. Bogotá (Colombia), vol. 6 N° 6, 65-148. <https://centrocedec.files.wordpress.com/2019/01/3-origen-y-evolucion%CC%81n.pdf>

Primera apertura de investigación de la SIC por presunta restricción a la libre competencia relacionada con artículos para atender la emergencia sanitaria por el COVID-19. (12 mayo del 2020).

<https://gomezpinzon.com/primer-a-apertura-de-investigacion-de-la-sic-por-presunta-restriccion-a-la-libre-competencia/>

Protección de la libre competencia en Colombia: Influencia de la ley tipo de defensa de la competencia de unctad y otros antecedentes normativos foráneos. Andrea Alarcón Peña. Universidad Católica de Colombia. Bogotá.

https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/22568/1/estudios-contemporaneos-de-derecho-privado_Cap06.pdf

Rango constitucional de la libre competencia. (Mayo 2017) José Miguel de la Calle. <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/jose-miguel-de-la-calle-510741/rango-constitucional-de-la-libre-competencia-2513881>

Regulación económica y defensa de la competencia prácticas restrictivas de la competencia en el sector financiero. María Elena Grueso Rodríguez. Corporación Universitaria Republicana. Revista Republicana ISSN: 1909 – 4450. No. 4.