

CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA

EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA
Revista Apertura Internacional, Bogotá, 1994.

Mucho se ha escrito en estos días respecto de la necesidad de una regulación de la competencia en Colombia. Coincidentemente el debate se viene adelantando a la vez que el Consejo de Estado resolvió una demanda de constitucionalidad intentada en contra de los aspectos del decreto de reestructuración de la Superintendencia de Industria y Comercio mediante los cuales se actualizó el régimen de competencia, para adaptarlo a los nuevos mandamientos constitucionales respecto de prácticas monopolísticas y abuso de posición dominante.

En Colombia existe un cuerpo normativo que regula de manera general la competencia y las prácticas comerciales restrictivas. La ley 155 de 1959 y el decreto 2153 de 1992, junto con algunas otras disposiciones complementarias, contienen las reglas sustanciales y el procedimiento que deben ser atendidos por quienes actúan en nuestros mercados, respecto de la manera como deban llevar a cabo su actividad competitiva, y las pautas que la Superintendencia de Industria y Comercio atenderá para lo referente a los informes de fusión, consolidación, integración o tomas de control empresariales y el adelantamiento de investigaciones por contravención a esas normas de promoción a la competencia.

De este modo, hoy en día contamos con un cuerpo normativo a la altura de las necesidades de la apertura y la internacionalización de la economía del país, coherente con las legislaciones más avanzadas del mundo. Ese régimen está siendo aplicado.

Objetivo de la nota

En estas circunstancias es conveniente que aterricemos al contexto legal colombiano. Debemos identificar nuestra legislación de competencia y sus fundamentos que los comentaristas, de ser el caso, señalen, luego de un análisis concienzudo, las variaciones específicas que en su opinión sería preciso introducir.

Para qué la competencia

En nuestra constitución la competencia fue elevada al rango de derecho fundamental. Sin embargo, no es frecuente encontrar respuestas claras sobre la utilidad que se deriva de un ambiente económico de esa naturaleza.

Sintéticamente recordemos para ilustrar esta nota que en una economía de mercado competitivo, el precio y las demás señales e indicadores de productividad y rentabilidad tienden a mantenerse libres de distorsiones y de esta manera se crean los incentivos necesarios para que los empresarios destinen los recursos productivos a las áreas en donde sirven más a ellos y al país. Así la competencia es un proceso que genera bienestar general e individual, hace que las firmas se vuelvan más eficientes y brindan a los consumidores una gama teóricamente infinita de precios y calidades mayores. Esto se logra, como lo he manifestado anteriormente, gracias a, y sólo en cuanto la competencia sea equivalente a rivalidad, y no coordinación o dictadura.

El interés social como producto de la realización de las individualidades

En Colombia mucho se ha hablado a nivel de doctrina y jurisprudencia constitucional, respecto de la necesidad de que el interés privado ceda ante el interés general, en caso de que resulten en conflicto. Lo que

no se ha enfatizado suficientemente es la manera como los intereses individuales, vistos en su conjunto, son, dentro del esquema económico de competencia perfecta protegido por la constituyente, pilar del desarrollo social y colectivo. Ciertamente, aún cuando en ocasiones resulta en contradicción, los conceptos de individualidad y colectividad son de muchas maneras interdependientes en este campo ideal de una economía de mercado es un ejemplo de esas maneras.

La meta última de la libre competencia consiste en obtener el punto de equilibrio donde la sociedad obtenga todos los beneficios que la utilización de sus recursos permite. Ahora bien, si recordamos que la utilización de los recursos, en una sociedad competitiva depende de la iniciativa y la racionalidad de los agentes particulares, la correlatividad es evidente.

Fallas de mercado

Frente al escenario antes indicado, encontramos los mercados en donde existen «fallas», esto es, mercados en los cuales un participante individual, o un conjunto de ellos, determinan discrecionalmente el precio u otros factores relacionados que tengan la fuerza de fijar el número o las condiciones de las transacciones. Ese poder en el mercado puede aparecer como resultado de la eficiencia de la empresa respectiva para satisfacer su segmento. Pero también puede ser el resultado de una limitación de la competencia, bien sea mediante conductas tendientes a erigir barreras al comercio o la adopción de acuerdos colusivos encaminados a determinar el precio y el volumen, u otras prácticas anticompetitivas similares.

Estas fallas de mercado, la determinación unilateral de las condiciones de precio y otros factores, implican una distorsión de los indicadores de rentabilidad y utilidad y por lo tanto conllevan a una ineficiente destinación de los recursos productivos, afectando de manera negativa los resultados de la industria y el bienestar de la sociedad.

Para qué sirven las normas sobre competencia en este contexto

Alrededor del mundo la discusión de cual debe ser la contribución de la aplicación de las normas de competencia al logro del ideal de las economías de competencia y mercado, se ha polarizado entre las aproximaciones pro-eficiencia, en contra de los argumentos denominados de interés social.

En resumen, de una parte encontramos a quienes piensan que la única finalidad de una legislación de competencia es la maximización de la eficiencia económica. En el otro extremo se ubican quienes opinan que la aplicación de las normas sobre competencia debe estar cimentada en múltiples valores que no pueden ser reducidos a un modelo económico en particular.

Como quedó resuelto el punto en la nueva legislación de competencia

Tal como aparece en el numeral 1 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, el objetivo de la política de competencia es protegerla. Ciertamente, en ese numeral se ordena a la Superintendencia «velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, (...) para alcanzar, en particular, las siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios.»

Sin embargo, se debate si la legislación incluye y debería ser interpretada como comprensiva de otros objetivos establecidos como la finalidad del Estado o que son percibidos como intrínsecamente defendibles por su importancia ética.

Específicamente se ha preguntado, a través de diversos medios y de diferentes maneras, si la autoridad de competencia debe incluir dentro de sus consideraciones, al momento de leer y aplicar las normas, reflexiones respecto de políticas sobre destinación de recursos a áreas económicas consideradas como necesitadas de apoyo y mandatos sobre redistribución de la propiedad.

En mi concepto, en el marco de la actual legislación no resulta viable que esos intereses, por loables que sean al considerarlos de manera independiente, puedan ser una adecuada motivación de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. Son otros los caminos que deben seguirse y diferentes las herramientas a ser utilizadas para alcanzarlos.

Esta conclusión, además de tener un claro respaldo en las normas, cuyo tenor no dejó abierta esta posibilidad, hace eco de una consideración básica: La legislación pro mercado y, por lo tanto, las disposiciones de acuerdos y actos anticompetitivos así como las de abusos de posición dominante, y la normatividad sobre integraciones empresariales, están destinadas para prevenir y contrarrestar distorsiones del normal desenvolvimiento de los competentes e integrales de un mercado libre. De este modo, constituiría una contradicción de principio creer que el funcionario pueda, mediante su juicio subjetivo, ser más sabio que el libre juego de las fuerzas que componen ese mercado, para decidir cual debería ser una situación óptima de competencia.

Factores de Tensión

Permanentemente pueden existir fuentes potenciales de tensión entre lo que se concluyó arriba que es el objetivo de la política de competencia, incorporada a la legislación vigente, y otros objetivos estatales. Los más llamativos hoy en día son la prevención del abuso del poder económico en las relaciones particulares y la democratización de la propiedad.

Prevención de abusos del poder económico

Dos aspectos comprenden esta consideración. De una parte se cree que la legislación de competencia es un subproducto de las normas que protegen a los consumidores. De otra, que al regular y vigilar la competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio puede lograr que quienes cuentan con suficientes recursos, los utilicen de manera «indicada». Ambas consideraciones son equivocadas.

De acuerdo con el modelo de legislación que se adoptó en nuestro país, el consumidor se verá beneficiado como resultado de la existencia

y protección de la competencia, pero, no obstante que la consideración de los perjuicios que se puedan causar a los consumidores con las conductas anticompetitivas, debe mantenerse presente, proteger consumidores frente al mayor poder de los productores es objeto de otras disciplinas, específicamente de la aplicación del decreto 3466 de 1982, a través de la Delegatura para la Protección del Consumidor.

Del mismo modo, la manera como las personas y entidades decidan actuar públicamente, siempre y cuando con ello no se vulneren las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, es completamente ajeno a las responsabilidades que le competen a la Superintendencia de Industria y Comercio en este campo.

Número de participantes

Este es uno de los puntos de mayor debate a nivel internacional, respecto del cual las legislaciones varían considerablemente. Para fines de esquematizar el párrafo, podemos dividir en dos las corrientes a este respecto. De una parte se encontrarían las legislaciones en donde implícita o explícitamente se prefiera la multiplicidad de participantes en el mercado, y en otro extremo a aquellas para las cuales el número de los rivales locales no es de por sí causa de inquietud para las autoridades de competencia.

Para los primeros la existencia de un único participante o de un número muy reducido atendido el tamaño del mercado local, implica una amenaza a las condiciones necesarias para que las decisiones económicas puedan ser adoptadas dentro del esquema competitivo correcto, y por consiguiente es una situación que debe ser modificada mediante el uso de las facultades concedidas a la agencia de competencia respectiva.

Para los segundos, el tamaño de las empresas en el mercado es irrelevante. Dentro de esta corriente de pensamiento se sitúan quienes piensan que el tamaño no es de por sí un asunto que motiva la actividad de las autoridades de competencia, pero que implica un deber de cuidado mayor para la empresa que llegue a detentar una posición que le permita determinar las reglas del juego en el mercado que se trate. De este modo, en nuestro país, tal como sucede en otros tantos, las empresas que han logrado obtener una posición de dominio en su área sin acudir para ello a prácticas restrictivas del comercio, no están por eso

ofendiendo la competencia, pero deberán abstenerse de utilizar esa posición de privilegio para impedir que otros potenciales competidores lleguen a ese mercado o que los existentes se desarrollen en el mismo u otros que dependan de ese.

Conclusion

La consistencia con que se adelanten los principios de competencia, señalados en el decreto 2153 de 1992 e implicará a la larga, la perdurancia y el éxito de este marco regulatorio tan necesario para que Colombia continúe por el camino que la está llevando hacia el nuevo mundo del desarrollo.

REGÍMENES DE COMPETENCIA Y POLÍTICAS DE COMPETENCIA EN AMÉRICA LATINA⁷⁹

GABRIEL IBARRA PARDO⁸⁰

*Revista Competencia y Competividad en Áreas Económicas
Integradas: Procesos y Experiencias en la Unión Europea y
América Latina, Cefir, Bogotá, 1995.*

1. INTRODUCCIÓN

Es un hecho que el proceso de apertura económica y los esquemas de integración puestos en marcha por los países latinoamericanos durante los últimos años, han buscado promover la competencia en los mercados locales. Es así como en la actualidad, la competencia comercial es el protagonista, es el personaje central del guión en el ámbito de las relaciones económicas entre los países latinoamericanos.

Pero la liberación comercial no es suficiente, por sí sola, para promover la competencia, sino que además se requiere una legislación de defensa de la competencia que complementamente las políticas económicas de estos países.

⁷⁹ El autor agradece los importantes comentarios y aportes del doctor Felipe Salazar Santos en la elaboración de la presente ponencia.

⁸⁰ Consultor con sede en Santafé de Bogotá, COLOMBIA.