

COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY 195/07 SENADO, “POR MEDIO DEL CUAL SE DICTAN NORMAS EN MATERIA DE INTEGRACIONES Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA”

* Por Mariana Calderón, asociada senior Prieto & Carrizosa

1. Autoridad única en materia de competencia

Es muy valioso que la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) se establezca como la autoridad única en materia de competencia, en todos los sectores, considerando su conocimiento y experiencia en un tema altamente técnico. Las particularidades de una integración o de la incursión en prácticas restrictivas de la competencia son, de manera general las mismas, con independencia del sector en las que se lleven a cabo, y en esta medida resulta conveniente que quien las examine sea un experto en el tema de la competencia y no un experto en el tema regulatorio del sector de que se trate. Lo anterior, sin que ello implique que no sea importante escuchar a las autoridades encargadas de la regulación del específico sector cuando la SIC se encargue del examen de conductas que puedan afectar el mismo.

2. Autonomía presupuestal de la SIC

Hoy por hoy, la SIC escasamente da abasto con las funciones que tiene a su cargo¹. En el caso particular de nuestra oficina, tenemos casos de competencia desleal iniciados hace casi 6 años que todavía no se han decidido por la Entidad, lo que da una idea de la magnitud de las carencias presupuestales y de personal que tiene la Superintendencia.

Esta situación debe, infortunadamente, informar el alcance de la reforma que se pretende con el proyecto de ley, y en tal sentido debe analizarse con cuidado la posibilidad de otorgar más facultades jurisdiccionales a la SIC, por ejemplo en materia de indemnización de perjuicios por la comisión de prácticas restrictivas de la competencia, pues ello inevitablemente implicará mayores atrasos en este tema en particular o en otros del resorte de la Entidad.

¹ Sólo entre 2003 y 2006, la notificación de integraciones se ha incrementado en un 62%. En relación con prácticas restrictivas del comercio, las denuncias presentadas aumentaron del año 2003 al 2007 en un 64%. Adicionalmente la SIC tiene funciones relacionadas con: (i) Propiedad industrial; (ii) Protección al consumidor, incluidas la decisión en segunda instancia, de las quejas presentadas por los usuarios de telefonía móvil; acreditación y metrología; (iii) Promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas; (iv) Competencia desleal jurisdiccional y administrativa; (v) la vigilancia de las cámaras de comercio, y (vi) el control de las prácticas restrictivas del sector salud, recientemente adosadas a la entidad por virtud del Decreto 2221 de 2008. Para mayor información ver: http://www.sic.gov.co/La_Superintendencia/2008/Estadisticas_Mar_25.pdf.

PRIETO & CARRIZOSA
ABOGADOS

La realidad de las carencias presupuestales y de personal de la SIC, debe también balancearse contra la necesidad de establecer mecanismos más expeditos que agilicen el trámite de la autorización de las integraciones. Nuevamente, más de una vez nos hemos visto enfrentados a clientes tentados a dar por terminadas sus intensiones de adquisición de negocios por razón de las demoras de la SIC en cuanto a la autorización de integraciones, lo cual amerita una revisión del trámite de las mismas, que cierre de una vez por todas las interpretaciones dadas por esta entidad a la normativa existente para efectos de “alargar” el plazo previsto en la ley para estos efectos, y así evitar la operancia del silencio administrativo positivo.

3. Control *ex-post* de las integraciones

Considerando que el actual proyecto resultó de la “fusión” de los presentados por el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Comercio Exterior, y Congreso de la República, a través del senador Ashton, debe aprovecharse la coincidencia de intereses en el tema para sacar adelante una propuesta que dé prioridad a los temas que verdaderamente mejoren la aplicación de las normas sobre competencia en el país.

En este contexto bien vale la pena dar un debate sobre la conveniencia de ejercer un control previo sobre las integraciones en un país que, como Colombia, requiere de: (i) incentivos a la inversión extranjera, y (ii) empresas con economías de escala y de red que les permitan competir efectivamente en un mercado cada vez más globalizado (principalmente de cara a los tratados de libre comercio)² en el que toca competir contra empresas muy poderosas, muchas veces multinacionales.

Es importante señalar que, una eventual eliminación del control previo sobre las integraciones no deja sin herramientas de control a la Superintendencia de Industria y Comercio, pues ésta sigue contando con todas sus atribuciones para efectos de investigar prácticas restrictivas del comercio, dentro de las que se encuentra el abuso de posición dominante.

² http://www.snc.gov.co/2007/noticias/08mayo/may_30_08e.html : “El Colombiano, mayo 28 de 2008: Colombia le está apostando a un proceso globalización y apertura de nuevos mercados internacionales. Su meta más inmediata, es que en el 2010 deberá contar con nueve tratados de libre comercio de última generación, que facilitarán el intercambio de bienes y servicios con 54 países. Según el ministro de Comercio, Industria y Turismo, Luis Guillermo Plata, tal nivel de integración le garantizaría al país suramericano el acceso a un mercado ampliado de 1.000 millones de consumidores. Esto es, una población que duplica los habitantes del continente americano. Tal panorama contrasta con la situación del 2002, cuando Colombia escasamente tenía firmados dos acuerdos comerciales, con cinco países”. (Subrayado fuera del texto)

4. Excepción de eficiencia

Tal y como se encuentra redactada hoy la obligación para la SIC de abstenerse de objetar una integración “cuando los interesados demuestren que puede haber mejoras significativas en eficiencia, de manera que resulten en ahorro de costos que no puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado”³, la norma brinda posibilidades de interpretación que facilitan la adopción de decisiones que no objeten integraciones “problemáticas”, fundamentadas en la obtención de eficiencias.

La excepción que se propone, por el contrario, se encuentra redactada con estándares americanos, y así no brindará beneficio alguno a la aplicación de las normas en materia de competencia pues la SIC estará metida en una “camisa de fuerza” que le imposibilitará interpretar la norma. Nos aventuramos a afirmar que, muy probablemente, la modificación propuesta va a quedar en letra muerta, pues ni siquiera en los Estados Unidos, a la fecha, ha llegado a aprobarse la primera integración con fundamento en la aplicación de la excepción de eficiencia⁴.

Consideramos entonces que es mejor mantener la norma tal y como se encuentra redactada hoy, de manera que tanto la SIC como los administrados tengan mayor libertad para idear fórmulas que, siendo exigentes en la prevención de los eventuales efectos nocivos para el mercado derivados de la integración, al mismo tiempo reconozcan los beneficios derivados de la integración en términos de compañías más fuertes y competitivas, mayor cubrimiento y oferta de productos y servicios, economías de escala, e inversiones en investigación y desarrollo, entre otros.⁵

³ Decreto 2153 de 1992, artículo 51.

⁴ SIMONS, Joseph J. “Unified Merger Analysis: Integrating Anticompetitive Effects and Efficiencies, and Emphasizing First Principles”: “The Federal antitrust enforcement authorities and the courts to this day focus the overwhelming majority of their efforts in merger analysis on market definition and competitive effects, and to the extent they talk about efficiencies, it tends to be in a derogatory way. One comes away from experiences with the agencies and the courts with the feeling that efficiencies have a stigma attached to them that is very difficult to erase. Although the rhetoric has improved, the reality has not. As Chairman Muris has observed, ‘[t]oo often, the Agencies found no cognizable efficiencies when anticompetitive effects were determined to be likely and seemed to recognize efficiency only when no adverse effects were predicted’.” (Subrayado fuera del texto)

<http://www.competitionbureau.gc.ca/epic/site/cb-bc.nsf/en/01633e.html>: “The Treatment of Efficiencies in Merger Review: An International Comparison - Chapter 5: United States”: “(...) In order for efficiency claims to be considered they must be verifiable, potentially procompetitive, reasonably necessary and not attainable by less restrictive alternatives. Although the agencies (DOJ and FTC) recognizes the difficulty in verifying and quantifying efficiencies ... It is probably fair to say, however, that the agencies and courts do not use efficiencies to balance off against anticompetitive effects in any sort of total surplus calculation. In each case it would seem the focus is very much on whether the agreement or restriction ultimately provides benefits to consumers”. (Subrayado fuera del texto)

⁵ El tema de las eficiencias es muy controversial, pues puede analizarse desde la perspectiva de un “bienestar total” (excedentes para los consumidores más ganancias para los productores), o de un bienestar más conservador que sólo tiene en cuenta a los consumidores. Para más información ver: GELLHORN, Ernest; KOVACIC, William E.; CALKINS, Stephen. “Antitrust Law and Economics”, Ed. Thomson West, 2004.

5. Límite temporal a la posibilidad de ofrecer garantías

La propuesta de restringir la posibilidad de ofrecer garantías encaminadas al cierre de una investigación, al momento de la solicitud o aporte de pruebas, es en nuestra opinión equivocada por las siguientes razones: (i) La SIC escasamente da abasto con las funciones que tiene a su cargo⁶, y en esta medida, el ofrecimiento de garantías que: a) eliminen la presunta conducta nociva del mercado, y b) quiten la carga de un procedimiento más a la Entidad, debería ser en todo momento bienvenida no sólo por el bien de la Entidad sino de los usuarios de sus servicios; (ii) El ofrecimiento de las garantías jamás implica una aceptación tácita de la comisión de la conducta ilegal, no obstante pareciera dar una señal de ello. En efecto, en muchos casos el ofrecimiento está encaminado a evitar los costos y desgaste asociados a un litigio que se toma años ante la SIC, y el daño a la imagen y reputación de las empresas presuntamente vinculadas con la práctica ilegal. De esta manera, restringirlo al momento del aporte o solicitud de las pruebas –que constituye apenas el inicio de la investigación–, resulta inconveniente para las dos partes en tanto: a) “Pone contra la pared” al investigado al obligarlo prematuramente a ofrecer garantías para evitarse los costos señalados y el riesgo de una decisión negativa (hay varios ejemplos en que la SIC ha interpretado de una manera exegética y en nuestra opinión, errada, las normas en materia de competencia en perjuicio de los investigados); y b) le quita la posibilidad a la SIC de cerrar una investigación en cualquier tiempo, excluyendo la existencia de posibles casos que ameriten esta alternativa; y (iii) ignora que la facultad de la SIC para aceptar garantías es de carácter discrecional, y que en tal medida, en atención a la gravedad de la conducta, las particularidades del mercado, y el estado de avance la investigación, la SIC puede optar por negarlas.

Como se encuentra redactada la norma hoy⁷, la SIC puede en cualquier momento de la investigación ordenar su clausura, si a su juicio el investigado presenta garantías suficientes de que la conducta se suspenderá o modificará. Ello, le da un amplio margen de maniobra tanto a la SIC como a los presuntos infractores, cuyo valor es especialmente relevante en temas en que las conductas son difíciles y dispendiosas de probar. Finalmente, es importante señalar que ni los Estados Unidos, país que le dejó el legado de las normas antimonopolio al mundo⁸, restringe la

⁶ Sólo entre 1992 y 2006, la notificación de integraciones se ha incrementado en un ...%. Adicionalmente la SIC tiene funciones relacionadas con: (i) Propiedad industrial; (ii) Protección al consumidor, incluidas la decisión en segunda instancia, de las quejas presentadas por los usuarios de telefonía móvil; acreditación y metrología; (ii) Promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas; (iv) Competencia desleal jurisdiccional y administrativa; (v) la vigilancia de las cámaras de comercio, y (vi) el control de las prácticas restrictivas del sector salud, recientemente adosadas a la entidad por virtud del Decreto 2221 de 2008.

⁷ Decreto 2153 de 1992, artículo 52: “ (...) Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga”.

⁸ La “*Sherman Act*”, primera ley antimonopolios del mundo, promulgada por el Congreso de los Estados Unidos, data de 1890.

oportunidad para llegar a un acuerdo, al momento propuesto en el proyecto de ley⁹, y que no vemos la razón por la cual un país de nuestras características deba ser incluso más estricto que países tan avanzados en el tema como los Estados Unidos.

5. Ausencia de una línea de pensamiento clara detrás del proyecto

Entendemos que la reforma a la ley de competencia parte de la política de hacer más competitivo al país¹⁰. Dentro de esta política se busca facilitar el acceso de la inversión extranjera, y el crecimiento y fortalecimiento de la industria a fin de hacerla más competitiva en el mercado globalizado. En este contexto, creemos que con la mejor buena fe se está buscando darle estándares internacionales a nuestras normas de competencia, pero dentro de este proceso se está olvidando que normas internacionales como las que inspiran temas como la excepción de eficiencia no sólo se aplican en economías mucho mayores que las Colombianas sino con una tradición y conocimiento del tema que también es muchísimo más extenso. La replicación de normas extranjeras por el ordenamiento colombiano, sin contextualizarlas a la realidad del país, y sin un análisis previo de su bondad en otras latitudes, puede terminar siendo un “remedio peor que la enfermedad”, luego esto es algo a analizar con mayor cuidado.

⁹ Dentro de la acción civil instaurada por el Departamento de Estado y 21 estados de los Estados Unidos contra Microsoft Inc. en 1998 –por el presunto abuso de su posición monopólica–, sólo hasta noviembre de 2001, después del fallo de primera instancia del 3 de abril de 2000, y del fallo de segunda instancia del 26 de septiembre de 2000, el Departamento de Estado llegó a un acuerdo con Microsoft para transar el caso.

¹⁰ Ver <http://www.snc.gov.co/2007/que.html>, Decreto 2828 y CONPES 3439 de 2006. En particular, el documento CONPES consideró prioritario realizar ajustes institucionales basados en la organización del Sistema Administrativo Nacional de Competitividad (SNC), el cual coordinará las actividades relacionadas con la formulación, ejecución y seguimiento de las políticas necesarias para fortalecer la posición competitiva del país en los mercados interno y externo.