

# El Derecho a la Competencia en la Actualidad

*En un mundo globalizado el derecho y la economía deben unirse para efectos de lograr el equilibrio en la reglamentación de la competencia en las actividades comerciales.*

Por:

**Claudia Vásquez**

Abogada de la Vicepresidencia Jurídica  
FASECOLDA

Las dos ramas parecen distantes pero en esta materia interactúan debido a que sin límites a la competencia en el mercado, los consumidores y el desarrollo económico se ven seriamente afectados, pero por otra parte con reglamentaciones muy estrictas, la competencia en los mercados se polariza de tal manera que se extingue.

Las tendencias económicas adoptadas por casi todos los países han sido capitalistas y dentro de este marco, encontramos la libertad económica cuyo trasfondo es la libertad de competencia entre los agentes económicos, pero ¿Debe existir un límite a esta libertad?. Esta pregunta se resuelve a partir de la necesidad de ofrecer



a los competidores condiciones de igualdad dentro del mercado, pues de no ser así la libertad de competencia sería ejercida de forma abusiva, sin embargo, no ha sido sencillo a nivel legal determinar en qué momento termina la libertad de un participante del mercado para que inicie la libertad del otro.

Colombia frente a las prácticas restrictivas de la competencia y la competencia desleal ha tenido un desarrollo legal significativo, puesto que desde el año 1925 con la ley 31, define competencia desleal como “un acto de mala fe que tiene por objeto producir confusión o que tiene por efecto desacreditar a un establecimiento rival.” Cualquiera de estas conductas daban lugar a indemnización. Posteriormente el escenario mundial obliga a que Colombia incursione en los nuevos estándares normativos, por ello, en 1936 con la ley 59 se adopta como parte de la legislación nacional la “Convención General Interamericana de Protección Marcaria y comercial”.

En 1959 con la ley 155 se construye la reglamentación de competencia desleal y prácticas restrictivas a la competencia. Esta ley era muy clara y amplia en sus predicados, lo que no asfixiaba al mercado. Lastimosamente el Código de Comercio derogó todos los postulados de la ley anterior, dejando solamente regulaciones de competencia desleal y propaganda comercial o publicidad. En el año 1996 se expide la ley 256 que derogó lo indicado por el Código de Comercio frente a temas de competencia y en su lugar definió nuevamente competencia desleal e incluyó nuevos casos de este concepto, eliminó disposiciones sobre propaganda comercial desleal.

La Comunidad Andina, en su decisión 486 de 2000, en un marco supranacional regula la competencia desleal y prácticas restrictivas; para acoger dichos postulados, en Colombia se expide el Decreto 2591 de 2000.

El marco normativo de la competencia es ya un tema internacional, enfrentando dos problemáticas: una la protección a los competidores entre sí, así como la protección a los competidores que participan de asociaciones o agremiaciones.

En cuanto al primer caso, ha sido evidente el desarrollo normativo y comercial, puesto que siempre se reglamentó en este único sentido, pero para el segundo caso comienza a surgir la necesidad de regulación, por ello, la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo - OECD-, organismo de carácter puramente económico presentó en su ronda de trabajo como punto de discusión lo siguiente: “ (i) aspectos favorables a la competencia por las asociaciones comerciales, (ii) el tema de la renuncia y la inmunidad para las actividades de las asociaciones comerciales, (iii) la distinción entre una injerencia flagrante a la competencia por las asociaciones comerciales y los acuerdos alcanzados por sus miembros de forma paralela las acciones legítimas de estas asociaciones, pero sin la participación de este

último, y iv) actividades de asociaciones de comercio que, si no se trata adecuadamente, es probable facilitar la colusión, como el intercambio de información, reglas de pertenencia y de las medidas de autorregulación del sector, (normas, guías, códigos de conducta)”<sup>1</sup>, para adelantar la temática a tratar, fueron invitados los presidentes del Consejo Europeo de la Industria Química –CEFIC- y Asociación Industrial de Telecomunicaciones de Estados Unidos –CTIA- quienes compartieron sus experiencias. De las intervenciones se concluyó que es indispensable:

- Educar a sus miembros para que realicen una correcta utilización de la información.

- En Europa se elaboró una guía delineando las prácticas que se recomiendan para no generar conductas anticompetitivas. Dicha guía contiene una enunciaci3n de actividades no autorizadas y en cuanto al intercambio de informaci3n, el documento adopta matices y enumera la informaci3n que no debe ser revelada.

- Buscar asesoría de expertos en competencia, que permitan autoregularse.

- Elaborar C3digos de Conducta para cada sector de las asociaciones o agremiaciones como se present3 en el Reino Unido.

- Deben plantearse excepciones e inmunidades de las actividades de las asociaciones como en los casos de M3xico, Canad3, Estados Unidos e Israel.

» El marco normativo de la competencia, enfrenta dos problemáticas: una la protecci3n a los competidores entre s3 y as3 como la protecci3n a los competidores que participan de asociaciones o agremiaciones.



- Las asociaciones y agremiaciones, también incluyen políticas que permiten proteger al consumidor.

-Las asociaciones desempeñan un papel importante en la mejora de la competitividad de las economías modernas.

- Realizar una distinción real entre las actividades ilegales en relación con las asociaciones directas del negocio y las que se ejercen por sus miembros, cubiertos por la asociación sin su conocimiento.

La Superintendencia de Industria y Comercio, publicó los proyectos de guías sobre la aplicación de normas de competencia frente a asociaciones y entre competidores, las cuales se basan en las guías españolas, no se atienden las recomendaciones la OECD, no ayudan a las agremiaciones y competidores a auto regularse, son un catálogo de prohibiciones con ejemplos casuísticos que causan limitaciones exageradas a las actividades de los gremios y asociaciones y el lenguaje es absolutamente subjetivo, dejando al intérprete un amplio marco de aplicación.

Las guías deberían ser un catálogo de buenas prácticas con recomendaciones, como en el caso chileno, en ellas se recogen las recomendaciones de la OEDC, se plantean interrogantes que le permiten a las asociaciones y agremiaciones auto regularse, definen claramente palabras y conceptos que eliminan la subjetividad. Otro camino podría ser la realización de Códigos de Gobierno para cada sector agremiado, tal y como ocurre en el Reino Unido.

El esfuerzo de la Superintendencia de Industria y Comercio por armonizar las normas de competencia con el marco internacional, es bueno, sin embargo, en la implementación de la estrategia se ha quedado corto. Las guías no son un aporte a los gremios de cómo actuar para cumplir a cabalidad con las normas de competencia e impulsar la economía del país, no son de obligatorio cumplimiento, no tienen un aporte significativo porque las prohibiciones ya se encuentran en la ley 256 de 1996, la Decisión 484 de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina y el Decreto 2591 de 2000, en este orden de ideas cabe preguntarse ¿para qué las guías?

Las guías podrían atender las observaciones y recomendaciones de la OECD, especialmente cuando se trata el tema de la inmunidad y excepciones frente a las actuaciones de los gremios ante el Gobierno y el Congreso aplicando la doctrina Noerr Pennington<sup>2</sup>, el modelo debería ser dirigido a la autoregulación y no a la vigilancia y castigo. El catálogo de conductas debe ser positivo, es decir, indicar qué pueden hacer los gremios y no, lo que no pueden hacer y tendrían que ser lo suficientemente buenas y claras como para no vulnerar de ninguna manera el derecho constitucional de asociación, pero tal y como están presentadas no son más que una extrema limitación a este derecho.

Por último, es curioso que el Decreto Anti-Trámites (decreto ley 19 de 2012) derogara la facultad que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio de expedir guías, al eliminar el párrafo del artículo 16 de la ley 1340 de 2009<sup>3</sup>, entonces ¿con qué facultades está actuando la Superintendencia de Industria y Comercio, frente a este tema?

### Referencias Bibliográficas

1- Organisation for Economic Co- operation and Development, Trade Associations OECD Policy Roundtables 2007.

2- Esta es una doctrina desarrollada en los Estados Unidos, en los casos presidentes del ferrocarril v Noerr Motor Freight (1961) y Central Unitaria de trabajadores de Minas y Pennington (1965), esta doctrina consiste en que son inmunes las agremiaciones o asociaciones de responsabilidad en virtud de leyes antimonopolio (competencia) por los intentos de influir en las decisiones del Gobierno o el Congreso, en aplicación o aprobación de leyes incluso si estas tienen efectos contrarios a la competencia. Esta doctrina se construye con fundamento en la labor que tienen los gremios y asociaciones.

3- Párrafo del artículo 16 de la ley 1340 de 2009. "La autoridad de competencia expedirá las guías en que se establezcan los criterios con base en los cuales analizará la suficiencia de las obligaciones que adquirirían los investigados, así como la forma en que estas pueden ser garantizadas"