



DEFICIENCIAS DE ARQUITECTURA INSTITUCIONAL DEL RÉGIMEN COLOMBIANO

Gabriel Ibarra y Alejandro Ibarra

Deficiencias de Arquitectura Institucional del Régimen Colombiano

Diciembre 2022



Gabriel Ibarra

Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, con Maestría en derecho (LL.M.) en International Business Legal Studies de la Universidad de Exeter, Inglaterra. Durante más de 30 años ha asesorado y representado los intereses de importantes empresas en investigaciones adelantadas por la Autoridad de Competencia de Colombia (Superintendencia de Industria y Comercio – SIC). Actualmente se desempeña como socio de la firma Ibarra Rimon.



Alejandro Ibarra

Abogado especialista en derecho de la competencia y libre mercado de la Pontificia Universidad Javeriana, con Maestría en derecho (LL.M.) en Derecho Intencional y Comprado de George Washington University, Fellow Associate del Competition Law Center de la misma universidad, dirigido por William E. Kovacic. Actualmente es socio de la firma Ibarra Rimon.

Abstract: A pesar de las recomendaciones de organizaciones internacionales y de la academia, Colombia ha persistido en mantener una agencia de competencia de “una sola cabeza” (*single-headed*), y sin independencia del Poder Ejecutivo. En este artículo, analizamos las preocupaciones que surgen del actual diseño institucional de la autoridad de competencia de Colombia, y que se han visto reforzadas por la actual falta de voluntad política del gobierno de Gustavo Petro para nombrar a un nuevo Superintendente. Adicionalmente, sostenemos que Colombia debería reemplazar la actual Superintendencia de Industria y Comercio por una agencia colegiada e independiente.

Han pasado los primeros cien días del gobierno de Gustavo Petro y, hasta el momento, Colombia no sabe quién va a ser la cabeza de su autoridad competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, la “SIC” o la “**Autoridad de Competencia**”). Ello, al margen de poner en duda la relevancia que esta autoridad tendrá durante los siguientes años en la implementación de las políticas del nuevo gobierno, rememora los grandes cuestionamientos con respecto a la arquitectura institucional de la entidad y a la forma en que se designa su dirección, toda vez deja al descubierto su fragilidad y la dependencia absoluta de la autoridad con el gobierno de turno.

Al respecto, es importante mencionar que, en el año 2015, el gobierno de Juan Manuel Santos expidió el decreto 1817, por medio del cual se pretendía regular el nombramiento y período de varios superintendentes, entre ellos el de la SIC. Esto con el fin de atender ciertas preocupaciones de la OCDE en materia de independencia de la Autoridad de Competencia con respecto al gobierno central. No obstante, en el año 2020, el Consejo de Estado declaró la nulidad de varias de las disposiciones centrales de este decreto¹, entre ellas, el artículo 2.2.34.1.6, que estipulaba que el Superintendente de Industria y Comercio debía ser nombrado durante los primeros tres meses de gobierno².

1 Consejo de Estado, Sala del Contencioso Administrativo Sección Quinta, sentencia del 14 de mayo de 2020, Rad: 11001032400020150054200.

2 El artículo 2.2.34.1.6. establecía: “**Reemplazo de los Superintendentes al final del periodo presidencial.** Finalizado el periodo constitucional del Presidente de la República, deberá designarse su reemplazo dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de posesión del nuevo Mandatario. Sin perjuicio de lo anterior, los superintendentes que vienen ejerciendo el cargo permanecerán en el ejercicio del mismo hasta tanto se posesione quien deba reemplazarlos.”

En ese sentido, la decisión del alto Tribunal Administrativo aunada a la carencia actual de Superintendente de Industria y Comercio, revive y dota de vigencia las preocupaciones manifestadas por la OCDE³ y nos recuerda que el Decreto 1817 de 2015 es “un intento eminentemente cosmético toda vez que el decreto puede ser derogado en cualquier momento por el Presidente, sin que exista ninguna cortapisa para ello”⁴.

Por consiguiente, en el presente artículo haremos un breve análisis de la arquitectura organizacional del Derecho de Competencia colombiano, con el fin de poner en evidencia la necesidad de una urgente reforma institucional a la SIC, que le permita garantizar una continuidad en sus políticas y procesos de desarrollo institucional, así como brindar seguridad jurídica en la aplicación del Régimen de Competencia en Colombia.

La importancia de la arquitectura institucional no debe menospreciarse, pues si bien no es un tema que atraiga tanta atención como las discusiones sustanciales del Derecho de la Competencia, es la base para el éxito en la implementación eficaz de la ley y la política de competencia de un Estado. En este sentido, como bien han señalado Kovacic y Hyman:

“Aunque nuestro tema sea aburrido, estamos convencidos de que requiere más atención de la que históricamente se le ha prestado. El derecho de la competencia presenta, sin duda, fascinantes cuestiones de doctrina y alta teoría, pero como uno de nosotros señaló en un artículo anterior: para afectar a la política, la teoría no puede estar suspendida en el aire. Si la teoría no se basa en la ingeniería de instituciones eficaces, no funcionará en la práctica. La ingeniería de la elaboración de políticas implica cuestiones básicas de aplicación. Una cosa es que el ingeniero de la política conciba una nueva aeronave. Otra, es que el ingeniero la diseñe y la construya. Tener una física elegante sin una ingeniería excelente es una fórmula para el fracaso de las políticas”⁵.

De ese modo, en la primera sección desarrollaremos brevemente la arquitectura del sistema de aplicación de la ley de competencia. En la segunda sección, se explorarán los distintos tipos de diseño institucional y las problemáticas que adolece el diseño de la jurisdicción colombiana. Finalmente, en la tercera sección, expondremos nuestras conclusiones y una breve proposición de reforma legislativa con el fin de acoger un modelo institucional que se ajuste de mejor manera al contexto colombiano.

I. ARQUITECTURA INSTITUCIONAL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA COLOMBIANO

La aplicación del derecho de la competencia colombiano depende básicamente de dos ramas del poder público. Por un lado, el poder ejecutivo, al que pertenece la SIC. Por el otro, el poder judicial, al que pertenece la jurisdicción contencioso administrativa, encargada de hacer el control judicial de las decisiones expedidas por la SIC.

3 OECD COLOMBIA (2016). *Colombia: Assessment of Competition Law and Policy*, disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/Colombia-assessment-competition-report-2016.pdf>

4 Ibarra Pardo, Gabriel (2022). *Hacia una autoridad de Competencia Independiente*, disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/gabriel-ibarra-pardo-558821/hacia-una-autoridad-de-competencia-independiente-3434212>

5 Kovacic, William E. and Hyman, David A. (2021). *Competition Agency Design: What's on the Menu?* (November 21). GWU Legal Studies Research Paper No. 2012-135, GWU Law School Public Law Research Paper No. 2012-135, Illinois Public Law Research Paper No. 13-26, disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2179279> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2179279> (Traducción propia de los autores)

Por consiguiente, a continuación se ahondará sucintamente en las características de estas instituciones. No se tendrán en cuenta los mecanismos de la acción de grupo y la acción popular, toda vez que, en la práctica ellos, no han sido efectivos y tampoco constituyen, hasta la fecha, una fuente amplia bajo la cual se ejerza el cumplimiento del derecho de la competencia en Colombia.

1.1 La Superintendencia de Industria y Comercio

La SIC es una entidad adscrita al Ministerio de Comercio Industria y Turismo, con autonomía presupuestal y administrativa, que está encabezada por el Superintendente de Industria y Comercio. A grandes rasgos, la SIC está encargada de: **(i)** investigar y sancionar las infracciones al régimen de competencia en todos los sectores de la economía⁶; **(ii)** realizar el control de concentraciones, salvo en el sector financiero y aeronáutico⁷; y **(iii)** adelantar funciones de abogacía (*advocacy*) de la competencia, bajo las cuales conceptúa respecto de los efectos que pueden tener los proyectos de regulación en el mercado.

De acuerdo con el artículo 189 de la Constitución de Colombia, el Superintendente es un funcionario de libre nombramiento y remoción por parte del Presidente de la República. En ese sentido, y de acuerdo con lo establecido por el Consejo de Estado, el Superintendente no tiene un período fijo; sino que su mandato se extiende hasta que el Presidente de turno lo permita. Por su parte, el Superintendente es quien toma la decisión final en las investigaciones administrativas en materia de prácticas restrictivas de la competencia y, además, elige y remueve sin limitación alguna al Delegado de Protección de la Competencia (quien es el encargado de instruir esos procedimientos).

En resumen, es una autoridad unipersonal que depende completamente del Presidente de la República y sus decisiones; en cuanto a sus funciones sancionatorias, no son susceptibles de apelación. Ellas únicamente pueden ser revisadas por el mismo Superintendente en el marco del recurso de reposición o por la jurisdicción contencioso administrativa, en el marco de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho.

1.2 La Jurisdicción Contencioso Administrativa

La jurisdicción contencioso administrativa está integrada por los Jueces Administrativos, los Tribunales y el Consejo de Estado, que es el órgano de cierre (es decir, el que tiene la última palabra). Estas cortes se encargan de conocer toda suerte de decisiones emitidas por las entidades administrativas, por lo que su especialización en materia de competencia es prácticamente nula. De hecho, en el caso de los Tribunales y del Consejo de Estado, los magistrados encargados de revisar las decisiones de la SIC son los de la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa, quienes tiene una suerte de competencia residual para decidir todos los asuntos que no le están encargados a otra sección.

Adicionalmente, es importante señalar que la jurisdicción contencioso administrativa actualmente sufre una gran congestión, de modo que la decisión final en un proceso judicial puede llegar a tardar incluso más de diez años como es de conocimiento de todos los litigantes que comparecen ante estos tribunales.

6 Ley 1340 de 2009, artículo 6.

7 Ley 1340 de 2009, artículos 8 y 9

II. PROBLEMÁTICAS QUE SE HAN DERIVADO DE LA ARQUITECTURA INSTITUCIONAL

Existen diversos tipos de diseño institucional que los Estados pueden utilizar en la implementación de su sistema de derecho de la competencia. Así, con el fin de lograr la ejecución eficaz de su política de competencia, cada país debe estudiar y adaptar las distintas opciones institucionales disponibles a su propio contexto.

No obstante, es tarea de los Estados y las autoridades evaluar constantemente el funcionamiento institucional con el fin de realizar los ajustes legislativos pertinentes. En efecto, varias jurisdicciones han realizado grandes reformas en las últimas dos décadas, entre ellas México, que creó la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) como una autoridad independiente en la reforma constitucional del 2013⁸; Inglaterra, que en el 2010 fusionó sus autoridades para crear la *Competition and Markets Authority* (CMA); y otros ejemplos como Brasil, España, Holanda, Francia y Portugal, entre otros⁹.

Y es que, como ha señalado Kovacic *et al*, “cuando se trata de la ley de competencia, un país puede y debe volver a casa periódicamente, para revisar los orígenes de sus disposiciones existentes y considerar cómo mejorarlas. Es menos importante dónde empieza una nación con su derecho de la competencia que la búsqueda de mejoras a lo largo del tiempo. Un hábito de evaluación y ajuste rutinario aumenta la probabilidad de que una jurisdicción progrese hacia un mejor (no el mejor) desempeño y práctica”¹⁰.

Sin embargo, en el caso colombiano, la estructura de la SIC en su función de autoridad de competencia no ha sido revisada ni reformada sustancialmente desde la primera vez desde que comenzó la aplicación efectiva del régimen de protección de la competencia en Colombia en los años 90. Lo anterior, a pesar de las diferentes preocupaciones manifestadas en análisis de entidades internacionales como la OCDE y la academia. En ese sentido y luego de haber transcurrido más de 25 años de aplicación de la ley de competencia en Colombia, ya es hora de que se analicen y se implementen las reformas necesarias a la arquitectura de la Superintendencia¹¹, que no dan más espera (tal como lo pone en evidencia la coyuntura del gobierno actual).

Ahora bien, antes de ahondar en las falencias y los aspectos en los que podría mejorarse la configuración institucional de la Autoridad de Competencia, es menester explicar brevemente los distintos tipos de modelos bajo los cuales han sido organizadas las agencias de competencia tradicionalmente.

8 Artículo 28 de la Constitución Política Mexicana.

9 Op cit, Kovacic, William E. and Hyman, David A., *Competition Agency Design: What's on the Menu?*

10 Ibidem. (Traducción propia de los autores).

11 De acuerdo con Kovacic y López-Galdos, los sistemas de competencia tardan alrededor de 25 años en alcanzar su madurez. Los autores sugieren “que se necesitan aproximadamente de veinte a veinticinco años desde la adopción de una ley para determinar si la aplicación de un nuevo régimen de derecho de la competencia es exitoso en el largo plazo”. López-Galdos, Marianela and Kovacic, William E. (2016). *Lifecycles of Competition Systems: Explaining Variation in the Implementation of New Regimes* (December 31). Law and Contemporary Problems, Vol. 79, No. 85-122, 2016, King's College London Law School Research Paper No. 2017-15, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2899550>

2.1 Tipos y características de la Arquitectura Institucional

A la hora de diseñar las autoridades, los Estados deben moverse entre un espectro de distintos factores y elegir entre un portafolio de características con el fin de lograr los objetivos propuestos. Es importante tener en cuenta que, aunque no es posible afirmar que una opción es en sí misma mejor que otra, la mayor o menor conveniencia de las características y rasgos escogidos debe determinarse en función del contexto. En efecto, no es lo mismo el diseño de entidades en mercados pequeños o en países en desarrollo con jurisdicciones congestionadas e inexpertas, que en mercados grandes o en países desarrollados con jurisdicciones más maduras y experimentadas en la materia¹².

Kovacic y Hyman enumeran 9 factores a tener en cuenta sobre el diseño de autoridades¹³ de los cuales, para efectos de este artículo, ahondaremos en 3: **(a)** autonomía; **(b)** estructura de dirección; y **(c)** debido proceso y legitimidad institucional.

a. Autonomía

La autonomía de las agencias de competencia usualmente es asociada a su independencia con respecto del poder ejecutivo, tanto desde el punto de vista de su financiación, como desde la posibilidad de injerencia que el gobierno puede tener sobre sus decisiones (bien sea porque la ley se lo permite directamente, o a través de la facultad de nombrar y remover libremente funcionarios que cumplan la voluntad del gobernante de turno¹⁴). En ese sentido, como sugiere Kovacic:

“[u]n enfoque común para lograr la autonomía es establecer la autoridad de la competencia como una agencia “independiente”. En este modelo, los líderes de la agencia son nombrados por un período fijo, y sólo pueden ser removidos por una buena causa. La financiación también puede ser una fuente de autonomía si la agencia puede obtener recursos sin recurrir a la aprobación ministerial o a los créditos legislativos”¹⁵.

Adicionalmente, debe anotarse que, usualmente, el modelo de agencia independiente se implementa de la mano de una estructura de gobierno colegiado con períodos escalonados. Esta fórmula aumenta la protección frente a la influencia que pueden ejercer el poder legislativo y el ejecutivo, especialmente a través disminuir el impacto de nombramientos individuales¹⁶.

12 “Los países pueden adaptar los sistemas de política de competencia a sus necesidades y capacidades únicas a través de su elección inicial de herramientas (por ejemplo, la promoción, la educación, la investigación y la aplicación de la ley) para promover la rivalidad en el mercado, a través del énfasis relativo que la nueva agencia de competencia da a estas herramientas a medida que comienza a operar y madura, y a través de los ajustes de los poderes de la agencia con el tiempo para alterar la colección inicial de herramientas de política. Hay un margen considerable para tener en cuenta las circunstancias nacionales específicas y las capacidades cambiantes a través de la definición inicial de las responsabilidades y la creación de instrumentos de formulación de políticas, la secuencia de las actividades y el ajuste de los poderes con el tiempo”. Kovacic, William E. (2011), *Institutional Foundations for Economic Legal Reform Transition Economies: The Case of Competition Policy and Antitrust Enforcement* (November 7). Chicago-Kent Law Review, Vol. 77, No. 265, p. 265-315, 2001, GWU Legal Studies Research Paper No. 591, GWU Law School Public Law Research Paper No. 591, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1955989> (traducción propia de los autores).

13 Op Cit, Kovacic, William E. and Hyman, David A., Competition Agency Design: What's on the Menu?

14 Bressman, L.; Thompson, R. B. (2010). *The future of agency independence*. Vanderbilt Law Review, 63(3), [iii]-672.

15 Op Cit, Kovacic, William E. and Hyman, David A., Competition Agency Design: What's on the Menu? (Traducción propia de los autores).

16 Zywicki, Todd J. (2013). *The Consumer Financial Protection Bureau: Savior or Menace?* (April). George Washington Law Review, Vol. 81, No. 3, pp. 856-928, April 2013, George Mason Law & Economics Research Paper No. 12-50, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2130942> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2130942>.

Normalmente, el fin último de crear entidades independientes es garantizar que la autoridad esté en capacidad de adoptar decisiones que, a pesar de causar grandes beneficios para la sociedad, podrían no ser tomadas debido al costo político que pueden acarrear, así como asegurar la continuidad de esas determinaciones más allá del período del gobierno de turno¹⁷. En ese sentido, a partir de la independencia de la autoridad se busca que la experticia de los funcionarios encargados de la toma de decisiones prime sobre los intereses políticos¹⁸, de forma que se asegure la toma de decisiones basadas en técnica y evidencia, que garanticen políticas de largo plazo, sobre intereses políticos que probablemente se suscriban al periodo de gobierno¹⁹.

Al respecto, el Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria de la OCDE, en sus recomendaciones del año 2012, sugirió que el modelo de autoridad independiente debe ser implementado con el fin de brindar confianza respecto a la objetividad, imparcialidad y coherencia, en la toma de decisiones regulatorias. Esto, al menos en las siguientes situaciones: "(i) Cuando exista la necesidad de que la entidad regulatoria sea independiente en aras de preservar la confianza pública, ; Si tanto el gobierno como los órganos privados se encuentran regulados bajo el mismo marco y por ende se requiere neutralidad competitiva; y (iii) Cuando las decisiones de las entidades regulatorias puedan tener impactos económicos significativos en las partes reguladas y sea necesario proteger la imparcialidad de la entidad"²⁰.

b. Estructura de dirección

Hay dos modelos tradicionales bajo los cuales se han organizado los órganos de dirección de las agencias de competencia en el mundo. Por un lado, los cuerpos colegiados y, por el otro, las autoridades unipersonales.

Los cuerpos colegiados tienen varias ventajas y si se les dota de independencia pueden garantizar la continuidad de las políticas de la entidad, así como la memoria institucional. Ello en la medida en que, como ya fue mencionado, los miembros de estos cuerpos usualmente son nombrados en términos escalonados, que permiten proteger la estabilidad en el comportamiento y las decisiones de la entidad, al prevenir cambios abruptos. Lo anterior, toda vez que para modificar su postura se requiere un proceso más largo, bien sea por el convencimiento o el reemplazo de la cantidad de miembros necesaria para alcanzar la mayoría y establecer la posición institucional.

En segundo lugar, la estructura plural de gobierno permite que la agencia se enriquezca, pues reúne una mayor experiencia y legitimidad en su órgano de dirección, lo que a su vez la hace menos susceptible a la cooptación²¹. Sobre este rasgo de arquitectura institucional, Todd Zywicki ha manifestado que:

17 Lisa S. Bressman and Robert B. Thompson (2019). *The Future of Agency Independence*, 63 *Vanderbilt Law Review* iii, disponible en: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol63/iss3/1>.

18 Marshall J. Breger & Gary J. Edles (2000). *Established by Practice: The Theory and Operation of Independent Federal Agencies*, 52 *ADMIN. L. REV.* 1111. En este artículo los autores señalan que "[l]a FTC fue modelada a partir de la CCI principalmente por su poder y autoridad independientes. Muchos creían que la única manera de lograr una regulación empresarial eficaz era establecer una comisión de comercio completamente alejada de la contienda política (es decir, diferenciada del Departamento de Justicia). Otra consideración importante para la independencia de la Comisión era la necesidad de "asegurar un cuerpo de expertos" capaz de volver a resolver problemas de naturaleza altamente compleja y técnica. Los partidarios de la ley en el Congreso creían que la FTC, con sus cualidades independientes de experticia y no partidismo, infundiría confianza en el público" (Traducción propia de los autores).

19 Op Cit Lisa S. Bressman and Robert B. Thompson, *The Future of Agency Independence*.

20 OECD (2012), Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria, Sección 7.3, disponible en: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20with%20cover%20SP.pdf>

21 Op Cit, Kovacic, William E. and Hyman, David A., *Competition Agency Design: What's on the Menu?*

“Los procesos de decisión colegiados aumentan la calidad y la variedad de la información considerada, y la “agregación” de información a través del proceso de deliberación puede mejorar la precisión y la calidad de los resultados. La toma de decisiones por parte de varios miembros también puede atenuar las opiniones idiosincrásicas o extremas que, de otro modo, podría tener una sola persona. Además, los procesos colegiados pueden aprovechar y fomentar la especialización entre los miembros de la comisión, fomentando así la división del trabajo y mejorando la toma de decisiones en general. Además, los procesos colegiados pueden disciplinar la toma de decisiones al obligar a los proponentes de determinadas acciones a articular una “justificación coherente” para apoyar sus decisiones, reduciendo así la amenaza de decisiones sesgadas, mal consideradas o políticamente motivadas.”²².

Por su parte, se ha argüido que la estructura de gobierno unipersonal genera que el proceso de toma e implementación de decisiones sea más eficiente, y que es menos probable que se reemplacen directores o candidatos cualificados por cuotas políticas, en la medida en que el destino de la entidad recae sobre una sola persona²³. Sin embargo y como se explicará más adelante, el caso colombiano ha demostrado que estas ventajas no necesariamente son ciertas.

c. Debido proceso y legitimidad institucional

La observancia del debido proceso y la aplicación justa de la ley reviste de legitimidad a las agencias, especialmente en el desempeño de sus funciones sancionatorias²⁴. En ese sentido, este factor se enfoca en analizar si el diseño institucional promueve un respeto a la garantía del debido proceso generando seguridad y confianza en los agentes administrados. En otras palabras, lo que se busca determinar es, si es que la arquitectura de la agencia asegura el ejercicio del derecho a defensa, y que los argumentos y pruebas que aporten los investigados sean tenidos en cuenta al momento de tomar la decisión.

Este rasgo se centra básicamente en la independencia de quien ejerce la función de investigar con respecto de quien se encarga de juzgar y sancionar. Al igual que en los puntos anteriores, no existe un único modelo que se haya utilizado con este propósito, sin embargo, uno u otro será más conveniente dependiendo del contexto de cada país. En ese sentido, Kovacic y Hymanhan señalado que:

“En el diseño de un sistema de competencia, una jurisdicción puede desagregar estas funciones o combinarlas en una sola entidad (...) Muchos países desagregan las tareas de toma de decisiones, utilizando un “modelo de enjuiciamiento”. Con este enfoque, la agencia de la competencia toma la decisión de investigar y procesar los casos, pero las disputas se presentan para su decisión a una entidad/tribunal separado (...).

22 Op cit, Zywicki, Todd J. (2013). *The Consumer Financial Protection Bureau: Savior or Menace?* (Traducción propia de los autores),

23 Op Cit, Kovacic, William E. and Hyman, David A., *Competition Agency Design: What's on the Menu?*

24 Ibid

La decisión de separar o integrar (las funciones de investigar y juzgar) implica ventajas o desventajas entre la velocidad de la toma de decisiones y la experiencia frente al control de calidad y la legitimidad. Una mayor integración puede acelerar la investigación y la resolución, al poner las tareas clave en manos de un organismo con conocimientos especializados. Del mismo modo, la integración puede crear dificultades de control de calidad de las decisiones, y también puede socavar la equidad del procedimiento.

El objetivo general de cualquier sistema es generar resultados sustanciales, pero cuando todas las decisiones relevantes se integran en la misma institución, es más difícil que las decisiones anteriores (incluida la decisión de procesar el caso en primera instancia) sean revisadas. En su lugar, diversas patologías burocráticas aumentan las posibilidades de que el caso se ejecute simplemente en “piloto automático”, incluso si la evaluación original era errónea o las circunstancias han cambiado en el ínterin. Los organismos pueden crear salvaguardias internas para minimizar esos problemas, como separar al “equipo del caso” del personal que decidirá en última instancia las cuestiones de culpabilidad, y exigir que las pruebas sean examinadas periódicamente por quienes no están involucrados en el caso.”²⁵

Habiendo explicado estos tres factores de diseño institucional (i.e., autonomía, estructura de decisión y debido proceso), a continuación, pasaremos analizar su aplicación en la jurisdicción colombiana. Desde ya se adelanta que, en nuestra opinión, la configuración elegida por el legislador colombiano a la hora de construir el sistema de aplicación de la ley de competencia, parece ser una de las menos óptimas de acuerdo a contexto político, económico y de congestión judicial que ha atravesado el país. En consecuencia y como se indicará en la sección final, hay un amplio margen de mejora institucional.

2.2 Problemáticas Derivadas de la Arquitectura de la Autoridad de Competencia Colombiana

Como ya fue señalado en la sección 1.1, la SIC es una autoridad encabezada por un órgano de dirección unipersonal completamente dependiente del poder ejecutivo, en la que el director del área que investiga los casos es nombrado por quien toma la decisión final en los procesos sancionatorios. En otras palabras, no existe autonomía funcional entre el área que investiga y el área que juzga.

Aunado a lo anterior, las decisiones del Superintendente no son susceptibles de ser revisadas en sede de apelación, de modo que el único control que se puede ejercer sobre ellas se realiza ante la jurisdicción contencioso administrativa, cuyo conocimiento sobre la materia es supremamente limitado²⁶. Además, esta jurisdicción históricamente ha experimentado una congestión que lleva a que se incumplan los términos de ley y a que el control de las decisiones del Superintendente pueda tardar más de diez años.

Esta configuración institucional deriva en una serie de problemáticas que se traducen en la inseguridad tanto de los agentes vigilados como en el funcionamiento interno de la entidad. En este sentido, a continuación, se dará cuenta de esta situación, en consideración de los 3 factores de diseño institucional mencionados en la sección anterior (i.e., autonomía, estructura de dirección y debido proceso).

25 Ibid (traducción propia de los autores).

26 La falta de conocimiento de los jueces ha llevado a que autores, como Julián Solorza, hayan llegado a la conclusión de que en Colombia existe una deferencia de facto por parte de la jurisdicción contencioso administrativa con respecto a las decisiones de la SIC. Julian D. Solorza (2021). *¿Deferencia Judicial o Deficiencia Judicial?* Trabajo de Grado, pp 108 Universidad del Rosario. Disponible en: <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/32670/JDSM-%20Deferencia%20o%20deficiencia%20judicial-%2027%20VI%2021.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

a. Autonomía de la entidad

Es posible identificar que la falta de independencia de la SIC ha generado al menos tres problemas claros_ **(i)** La injerencia indebida del ejecutivo en las decisiones de la autoridad; **(ii)** la falta de certeza en cuanto a la continuación de políticas de la entidad con cada cambio de administración en el poder ejecutivo; y **(iii)** cambios abruptos e intempestivos frente a la interpretación de la ley. A continuación, se revisarán estos tres problemas.

(i) La injerencia indebida del ejecutivo en las decisiones de la autoridad

La ley de competencia de Colombia no faculta al poder ejecutivo para retomar la facultad de decidir o vetar el sentido de las decisiones de la Autoridad de Competencia. No obstante, la capacidad que tiene el Presidente de la República de nombrar y remover al Superintendente en cualquier momento y sin razón alguna habilita al primer mandatario a realizar un control material sobre los actos de la SIC. Si bien no es posible afirmar que históricamente los actos de Autoridad de Competencia hayan tenido una motivación política, sí existen casos que han salido a la luz pública y que ponen en duda la conveniencia del mecanismo de elección del Superintendente. Un ejemplo ilustrativo es la salida en 2001 del Superintendente Emilio Archila, al oponerse a la consumación de una integración en el sector aeronáutico²⁷.

(ii) La falta de certeza en cuanto a la continuación de políticas de la entidad con cada cambio de administración

El hecho de que el Superintendente dependa del Presidente de la República genera una crisis institucional cada cuatro años, es decir, a la hora del cambio de gobierno. Esta circunstancia poner en riesgo la estabilidad de las políticas y los planes de desarrollo de la entidad²⁸, pero no sólo eso; sino que, como bien lo señalaron Kovacic y Lopez-Galdos:

“Incluso en las mejores circunstancias, los cambios de liderazgo en las agencias reguladoras pueden ser una fuente de considerable ansiedad para las empresas y el propio personal de la agencia. Es aún más inquietante cuando la intervención política provoca el retiro de la alta dirección. Sufrir múltiples destituciones por razones política en tan sólo unos años supondría una inmensa conmoción para cualquier agencia. No hay que subestimar el efecto desorientador en la propia agencia, con la incertidumbre sobre los programas futuros y la inevitable reorganización del personal en la oficina principal y otros puestos de gestión”²⁹.

Lo anterior no es una mera especulación. Por el contrario, en el contexto colombiano es manifiesta la expectativa y la ansiedad cada cuatro años (tanto al interior como por fuera de la SIC) con respecto a quien será el nuevo Superintendente, quienes serán los nuevos delegados y los nuevos asesores, así como también respecto a cuál será la línea y las políticas de la nueva administración. De hecho, esta es precisamente la situación en la que se encuentra la Autoridad de Competencia y sus vigilados actualmente, a falta de un nombramiento por parte del gobierno de Presidente Gustavo Petro.

27 De Leon, Ignacio (2015). *The Failed Search for The Soul Of Competition Policy*, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/281861597_The_Failed_Search_for_the_Soul_of_Competition_Policy

28 Op Cit. Lisa S. Bressman and Robert B. Thompson, *The Future of Agency Independence*.

29 Op Cit. López-Galdos, Marianela and Kovacic, William E., *Lifecycles of Competition Systems: Explaining Variation in the Implementation of New Regimes* (traducción propia de los autores).

Adicionalmente, esta circunstancia agudiza la problemática que enfrenta la Superintendencia con respecto a la retención de talento y la construcción de memoria institucional³⁰, en la medida en que ocasiona que, cada 4 años, el personal experimente una falta de certeza con respecto a su y permanencia y rol en la entidad. No puede ignorarse que cada Superintendente llega con su equipo. De ese modo se incentiva que la Autoridad de Competencia se convierta en una suerte de MBA (*Master of Business Administration*) que le permite al sector privado absorber y llevarse el talento que identifica y forma la SIC³¹.

Todo lo anterior finalmente se resume en que el Superintendente se ha tornado en un cargo mediático que incentiva la persecución de beneficios durante el periodo de administración, y torna imposible la planificación a largo plazo de la entidad. Lo anterior, en detrimento de la competencia en Colombia e incluso de la misma planta de personal de la Superintendencia.

(iii) Cambios abruptos e intempestivos frente a la interpretación de la ley

Los cambios de interpretación de la ley en Colombia son frecuentes de una administración a otra. A modo de ejemplo, vale la pena señalar, a manera de ejemplo, los cambios en la interpretación de cuando se configura la colusión tácita y el paralelismo consciente, que de hecho han sido clasificados por Juan David Gutiérrez precisamente en periodos en función de los periodos y nombramientos de los Superintendentes³². Del mismo modo, vale la pena resaltar los cambios abruptos que se han dado en el análisis de las restricciones verticales, que especialmente tuvieron lugar bajo la administración del Superintendente Pablo Felipe Robledo (con la sanción a Roa Flor del año 2015).

Esto en últimas no permite tener certeza de cómo será evaluado el comportamiento de las empresas luego de un cambio de administración.

b. Estructura de dirección (o liderazgo)

Como ya fue expuesto, la estructura de liderazgo unipersonal en la teoría tiene ciertos beneplácitos (principalmente la capacidad de tomar decisiones rápidas y el poco margen que hay para nombrar candidatos que no sean expertos en la materia). Sin embargo, la experiencia colombiana ha demostrado que estos beneficios no están asegurados.

En efecto, con respecto a la rapidez en la toma de decisiones, la experiencia ha demostrado que, la mayoría de las veces, la SIC resuelve los casos en función de su caducidad, es decir, del tiempo que le da la ley para resolver so pena de perder la competencia. En otras palabras, por regla general, la autoridad toma todo el tiempo que la ley le otorga para fallar. En ese sentido, no es posible establecer que la autoridad unipersonal decide más eficientemente que la colegiada, toda vez que esta última también tendría que ajustarse a los tiempos de ley so pena de perder la competencia para decidir.

³⁰ De acuerdo con la OECD, la SIC se enfrenta a graves problemas con respecto a la retención de personal experimentado y al mantenimiento de la memoria institucional. La rotación de personal es excesivamente alta. La SIC reconoce el problema y ha desarrollado un plan para solucionarlo que se centra en el aumento de la remuneración del personal de nivel medio, que son los empleados con más probabilidades de abandonar la agencia. OECD (2016). *Colombia: Assessment of Competition Law and Policy*, disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/Colombia-assessment-competition-report-2016.pdf>.

³¹ Ibid.

³² Gutiérrez, Juan D. (2002). *El paralelismo consciente en el derecho de la competencia*, en Ortiz (ed.) "Derecho de la Competencia", Universidad Externado de Colombia.

Ahora bien, con respecto al margen que tiene el gobierno para nombrar candidatos con poca experiencia, basta mirar el nombramiento de los dos últimos Superintendentes de Industria y Comercio, para concluir que ninguno de los dos tenía experiencia previa en materia de competencia. Por ello, lo cierto es que en la práctica las decisiones de fondo que ellos debían tomar dependían de sus asesores.

De este modo, es posible afirmar que la jurisdicción colombiana está sacrificando los beneficios que ofrece un cuerpo colegiado en vano. Ello es aún más grave si se tiene en cuenta que un órgano colegiado independiente podría mejorar sustancialmente la calidad de las determinaciones de la entidad y revestirlas de mayor legitimidad en un contexto en que las decisiones no tienen una revisión de fondo efectiva (debido a la ya comentada falta de especialidad y congestión de la jurisdicción contencioso administrativa).

En otras palabras, Colombia ha decidido establecer una autoridad dependiente y unipersonal, a sabiendas de que el contexto judicial no permite un control efectivo de los actos proferidos por la SIC.

En este sentido, se debe notar que no es gratis que la mayoría de países hayan optado por una estructura de gobierno colegiado para la Autoridad de Competencia, al menos para los casos en las funciones de investigar y sancionar se encuentran en cabeza de la misma agencia.

c. Debido proceso y legitimidad

El procedimiento sancionatorio de la SIC en materia de prácticas restrictivas es instruido por el Superintendente Delegado, quien practica las pruebas y quien, en realidad, tiene intermediación sobre el trámite. En efecto, el procedimiento no prevé explícitamente ninguna audiencia en la que las partes puedan exponer sus argumentos y pruebas en frente del funcionario que toma la decisión (es decir, del Superintendente de Industria y Comercio).

Esto es un grave problema si se tiene en cuenta que el Delegado depende completamente del Superintendente, que a su vez depende en un cien por ciento del Presidente de la República. En ese sentido, no solo se arroja una sombra en cuanto a la parcialidad del procedimiento, sino que el funcionario que decide el proceso ve la realidad de este a través de los ojos del funcionario que investiga. Esta fórmula puede comprometer sustancialmente la defensa de los investigados, más si se tienen en cuenta las limitaciones de las cortes en su función de revisión, que ya han sido ampliamente explicadas.

Teniendo en cuenta lo anterior, vale la pena mencionar ejemplos, como la jurisdicción mexicana, en la que, si bien COFECE investiga y sanciona a los vigilados, el director de la división investigadora solamente puede ser nombrado y removido por cinco de los siete miembros de la Comisión, y para la remoción debe acreditarse además una de las causales que prevé el artículo 32 de la Ley Federal de Competencia Económica. En esta jurisdicción, el pleno de la Comisión no puede conocer del caso hasta tanto no se abra el proceso de enjuiciamiento en el que, además, la división investigadora es considerada una parte.

En ese sentido, si bien el sistema más garantista es que la autoridad administrativa impute los cargos ante jueces especializados (como es el caso de Chile³³), existen diversos mecanismos que permiten garantizar la legitimidad del proceso y la defensa de los investigados que pueden ser efectivos y que, además, generan menos costos al Estado que la creación de una jurisdicción versada en la materia.

33 En el diseño institucional de competencia de Chile, la autoridad administrativa que investiga e imputa los cargos es la Fiscalía Nacional Económica (órgano unipersonal e independiente), mientras que la autoridad que resuelve es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (corte colegiada, conformada por 3 abogados y 2 economistas). A su vez, las sentencias dictadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia pueden ser revisadas por el Corte Suprema. Al respecto, ver entrada de glosario de CeCo en: <https://centrocompetencia.com/fiscalia-nacional-economica/>.

III. CONCLUSIONES Y PROPUESTA

La arquitectura organizacional que escogió el legislador colombiano no es la más adecuada en atención al contexto del país, y deja un gran margen de mejora. Esta inconveniencia se hace manifiesta en la coyuntura actual de cambio de gobierno, en la que a la fecha en que escribimos este artículo aún no ha sido nombrado un Superintendente en propiedad, de modo que no se sabe cuál va a ser el rumbo de la entidad por los próximos cuatro años.

En ese sentido, es importante reconocer que el Estado colombiano tiene recursos limitados y, aunque a un sector de la academia y la práctica le gustaría ver la creación de tribunales especializados, este es un emprendimiento que puede terminar estando por fuera de la disponibilidad a pagar del gobierno colombiano. Sin embargo, existen opciones intermedias que permitirían mejorar la arquitectura institucional rápidamente, tales como transformar la Autoridad de Competencia en una comisión independiente, con periodos escalonados y fijos, en la que los comisionados solo puedan ser removidos por causales específicas y en el que el ente encargado de la investigación tenga autonomía funcional con respecto a quien toma la decisión e impone la sanción.

Esta estructura permitiría mejorar la calidad de las decisiones de la entidad, incrementar la estabilidad en las políticas y en el funcionamiento interno de la entidad, así como revestir el proceso de investigación de una mayor legitimidad y confiabilidad.

Es importante tener en cuenta que la Autoridad de Competencia tiene una gran responsabilidad sobre sus hombros y sus decisiones impactan sustancialmente la actividad económica y empresarial del país, no solo a través de las cuantiosas sanciones; sino también a través del control de integraciones. En otras palabras, la SIC es responsable en buena parte de la eficiencia de la actividad productiva del país y, en ese sentido, es hora de brindarle la estabilidad y las herramientas que amerita en el cumplimiento de su función.

Finalmente es de gran importancia anotar, que a pesar de que en opinión de los autores la reforma planteada es urgente e indispensable, es imposible diseñar un sistema infalible y a prueba de todo sabotaje político. Si un gobierno se empeña en socavar la legitimidad de la autoridad de competencia o en torpedear su funcionamiento, no hay sistema que esté en capacidad de proteger de manera indefinida a la agencia. Una muestra de ello es la actual crisis por la que atraviesa COFECE que, en la actualidad, únicamente cuenta con 4 de sus siete comisionados en razón de que el Presidente Obrador, en abierta infracción de sus deberes legales, se abstuvo de nominar los candidatos para las vacantes actuales³⁴.

Siempre será necesaria, en una mayor o menor medida, la voluntad política en el cumplimiento los deberes de las ramas del poder público para lograr un funcionamiento adecuado y armónico del Estado. Sin embargo, ello no puede ser excusa para que los gobiernos dejen de ejecutar los ajustes necesarios a su andamiaje institucional con el fin de lograr el mejor resultado en beneficio de sus ciudadanos.

34 COFECE (2022) *Por falta de nombramiento de comisionados, la Cofece suspende plazo para resolver el procedimiento sobre barreras a la competencia en el mercado nacional de combustibles para aeronaves*. Disponible en: <https://www.cofece.mx/por-falta-de-nombramiento-de-comisionados-cofece-suspende-plazo-para-resolver-procedimiento-en-mercado-de-combustibles-para-aeronaves/#:~:text=Cabe%20se%20B1alar%20que%20en%20diciembre,ocupar%20ADan%20dos%20vacantes%20de%20comisionados>. Ver también: Hiriart, Pedro (2022). *Corte ordena a AMLO designar comisionados de Cofece; le da 30 días*, Disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/2022/11/29/corte-ordena-a-amlo-designar-comisionados-de-cofece-le-da-30-dias/>.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Gabriel Ibarra y Alejandro Ibarra, "Deficiencias de Arquitectura Institucional del Régimen Colombiano",
Investigaciones CeCo (diciembre, 2022),

<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile