

Presente y futuro del derecho de la competencia en Colombia

Alfonso Miranda Londoño*

I. Introducción¹

Para que la economía de mercado pueda funcionar de manera eficiente es necesario que el Estado garantice, dentro de límites razonables, ciertos derechos económicos fundamentales, tales como la propiedad privada (Art. 58 C.P.), la libertad de empresa y la iniciativa privada (Art. 333 C.P.), la libertad para escoger profesión u oficio (Art. 26 C.P.), la libertad de asociación, (Art. 38 C.P.) y de manera principal, la libertad de competencia económica (Art. 333 C.P.).

Se entiende por "libertad de competencia económica" la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores, y de formar y man-

tener una clientela. La libre competencia económica se encuentra consagrada como derecho constitucional en el artículo 333 de la Constitución Política.

Como es bien sabido, la libertad de competencia se puede ver restringida, eliminada o alterada de diversas maneras: a) por el establecimiento de monopolios de derecho (en la forma prevista por el artículo 336 de la C.P.); b) por el reconocimiento de marcas, patentes y demás derechos de la propiedad industrial; c) por la explotación abusiva de la posición dominante en un mercado; d) por la realización de prácticas restrictivas de la competencia; y e) por la realización de actos de competencia desleal de tipo nacional o internacional (*dumping*).

Como puede observarse, las dos primeras formas de restricción o alteración de la competencia son legítimas, en cuanto están contempladas y reglamentadas por claras normas de carácter constitucional y legal, que plasman principios y protegen bienes jurídicos tales como el arbitrio rentístico del Estado o la protección de los derechos de la propiedad industrial, que dentro de la escala de valores de nuestro ordenamiento jurídico se prefieren en ciertas instancias al derecho a la libre competencia económica.

Por otro lado, las tres últimas formas

* Abogado y Socioeconomista Javeriano. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Máster en Derecho Económico Comparado de la Universidad de Cornell. Profesor de Derecho de la Competencia en las Universidades Javeriana y de los Andes.

¹ Algunos de los planteamientos expresados en este artículo, ya fueron expresados por el autor con anterioridad en el documento titulado "Abuso de la Posición Dominante: Perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del Derecho Comparado"; el cual apareció publicado en la Revista Universitas No. 85, de noviembre de 1993, p. 151 y ss., órgano de difusión académica de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Javeriana.

de restricción o alteración de la competencia arriba señaladas, es decir, el abuso del poder monopolístico, la realización de prácticas restrictivas de la competencia y la ejecución de actos desleales de comercio, constituyen "conductas patológicas", que surgen de manera espontánea sin que las leyes naturales del mercado puedan corregirlas o suprimirlas, y que, por el contrario, le introducen importantes elementos de distorsión y desequilibrio. Como bien se sabe, la existencia de este tipo de conductas fue lo que impulsó a Marx a vaticinar la autodestrucción del capitalismo como sistema económico, conclusión que parecía inevitable desde su punto de vista, toda vez que Marx no le asignaba al derecho la capacidad de modificar las conductas económicas, ni de cambiar el curso de la historia a través de la aplicación pacífica de las normas jurídicas, y de la transformación institucional².

Estas conductas, que hemos llamado "patológicas", deben ser reprimidas por el Estado, con el objeto de garantizar la libertad de competencia y la subsistencia misma de la economía de mercado. Para tal efecto nuestro sistema jurídico, con base en los principios del antiguo artículo 32 de la Constitución de 1886 y del artículo 333 de la Constitución de 1991, contempla nor-

² En relación con la capacidad del derecho para modificar los hechos (poder fáctico de lo normativo), y la función equilibradora que puede ejercer el derecho de la competencia en una sociedad capitalista, puede consultarse mi artículo, "El Derecho de la Competencia en Colombia" Revista de Derecho Económico No. 9, 1989. Ediciones Librería El Profesional, p. 53.

mas tales como las siguientes: a) Normas sobre prohibición a las prácticas restrictivas de la competencia y al abuso de la posición dominante en el mercado (contenidas principalmente en la Ley 155 de 1959 y en el Decreto 2.153 de 1992)³; b) Normas sobre protección al consumidor (contenidas principalmente en el Decreto 3.466 de 1982); c) Normas sobre derechos *antidumping* y compensatorios (contenidas en el Decreto 150 de 1993) y d) Normas sobre prohibición de las conductas de competencia desleal (contenidas en los artículos 75 a 77 del Código de Comercio)⁴.

Aunque todas las normas jurídicas antes mencionadas pretenden, en últimas, garantizar la efectividad del derecho constitucional a la libre competencia económica, cada una de ellas tiene un orden diferente de prioridades. En efecto, las normas sobre prácticas restrictivas y abuso de la posición dominante en el mercado tratan de proteger, en primer lugar, el bienestar de los consumidores frente a las conductas unilaterales o concertadas de los productores o distribuidores, tendientes a evitar la competencia; las normas sobre protección al consumidor dirigen su esfuerzo principal a

³ En el capítulo II de este documento se reseñarán otras normas sobre control de las prácticas restrictivas de la competencia, que se encuentran disgregadas en la legislación.

⁴ Debe considerarse que con la expedición del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971), quedaron derogadas todas las normas sobre competencia desleal contenidas en la Ley 155 de 1959. Adicionalmente cursa en el Congreso el Proyecto de Ley No. 83 de 1992 sobre Competencia Desleal, cuyo autor es el Honorable Representante Armando estrada Villa.

exigir garantías mínimas de calidad y servicio para los consumidores; las normas *antidumping* pretenden proteger, en primer lugar, a los productores nacionales frente a las prácticas desleales de comercio internacional; y las normas sobre competencia desleal tratan de proteger a los competidores frente a conductas de sus colegas que van en contra de las costumbres mercantiles y que intentan privarlos de parte de su mercado.

La problemática del abuso de la posición dominante en el mercado se encuentra íntimamente ligada, en Colombia, a la constante histórica de la concentración de la propiedad y, por consiguiente, de los mercados. La concentración de los mercados es considerada en aquellos países que nos han precedido en el desarrollo y análisis del Derecho de la Competencia, como un factor importante en la formación de empresas con posición dominante en el mercado, que eventualmente pueden incurrir en abusos de dicha posición y generar importantes desigualdades de tipo económico y social, con gran perjuicio para la estabilidad económica, social y política del país⁵.

⁵ A este respecto ha dicho el doctor Hernando Agudelo Villa que *En Colombia imperan cuatro tipos de desigualdad: desigualdad del ingreso entre el sector de colombianos que tienen empleo y la creciente masa de personas total o parcialmente desempleadas; la desigualdad de ingresos entre la población campesina y la urbana; la desigualdad de ingresos entre las diferentes regiones del país; la desigualdad de riqueza y de poder social entre la gran mayoría de la población colombiana y la mínima formada por los grupos de altas rentas.*

La acción de los monopolios a través del mecanismo de los precios, por medio de los procedimien-

Entre nosotros el tema ha adquirido una gran relevancia, como consecuencia de las políticas sobre promoción de la competencia y apertura económica adoptadas por los dos últimos gobiernos, pero, sobre todo, a raíz de la expedición de la Constitución Política de 1991, ya que por primera vez en nuestra historia constitucional se incluye en la Carta Fundamental una referencia expresa al Derecho de la Competencia, y surge, por lo tanto, la necesidad de modernizar la legislación sobre la materia contenida hasta 1992 en la muy comentada y poco aplicada Ley 155 de 1959 y sus decretos extraordinarios y reglamentarios.

Es así como desde la expedición de la nueva Constitución, el Gobierno Nacional demostró una gran preocupación por la materia, la cual se manifestó en la formación de comisiones, que con el apoyo de expertos extranjeros contribuyeron a la elaboración del articulado que, bajo el liderazgo de la Superintendencia de Industria y Comercio, se convertiría en el Decreto 2.153 de 1992, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades que le confirió el Artículo Transitorio 20 de la Constitución Política, con el fin de modernizar las

tos descritos, está agudizando la inequidad en la distribución del ingreso y empeorando las condiciones de desigualdad de la sociedad colombiana. Y por ello, para conseguir el objetivo de combatir tales desequilibrios, es indispensable controlar las tendencias y prácticas monopolísticas y el alto grado de concentración del poder personal que está cerrando las oportunidades de acceso a la dirección económica a importantes sectores de profesionales y técnicos Agudelo Villa, Hernando. "Obras Selectas. Tomo II- Ideas Económicas". Cámara de Representantes. p. 10 y ss.

instituciones y adecuarlas a la nueva Constitución.

Como puede observarse, existen en Colombia importantes herramientas de tipo normativo para proteger la libre competencia de los mercados. Adicionalmente, y a raíz sobre todo de la expedición de la Constitución de 1991, se percibe una voluntad política, de parte del Estado, de aplicar finalmente estas normas con el objeto de preservar la libre competencia y la igualdad de oportunidades para acceder a los mercados.

Una vez definida la voluntad que tenga el próximo gobierno para aplicar de manera serena pero firme las normas sobre promoción de la competencia y hacer efectivo el principio constitucional de la libre competencia económica, dicho gobierno tendría que sortear, a mi juicio, dos problemas fundamentales: En primer lugar, el problema de las diversas autoridades con facultad legal para aplicar normas sobre promoción de la competencia; y en segundo lugar, el problema del desbordamiento de la concentración económica. A continuación explicaré en qué consisten dichos problemas.

II. El problema de las diversas autoridades antimonopolísticas

Con posterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991, el Gobierno Nacional se empeñó, como quedó consignado en la introducción del presente documento, en desarrollar los principios constitucionales relacionados con la garantía del derecho a la libre competencia y la consecuencial prohibición a la realización de prácticas restrictivas de la Competencia.

La más importante expresión de este esfuerzo normativo lo constituye, sin lugar a dudas, la expedición del Decreto 2.153 de 1992, el cual, como ya se dijo, entra a conformar, con la Ley 155 de 1959, el cuerpo normativo más importante del país en materia de Derecho de la Competencia.

Desafortunadamente, dentro de la explosión legislativa que ha sufrido nuestro país en los últimos años, se han dictado normas sobre prácticas restrictivas y promoción de la competencia destinadas a diversos sectores de la economía nacional, con el agravante de que se les asigna la facultad de aplicar dichas normas a diversas autoridades, como se observa a continuación:

1. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: Al aprobar el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 1.730 de 1991, el Gobierno incluyó las normas sobre competencia que se habían expresado desde la Ley 45 de 1990, atribuyendo la aplicación de dichas normas para el sistema financiero a la Superintendencia Bancaria. En la última reforma del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, contenida en el Decreto 663 de 1993, se introducen algunas modificaciones al capítulo sobre competencia, se añaden normas relativas a la competencia en el sector asegurador y se mantiene la aplicación de estas normas en cabeza de la Superintendencia Bancaria.

2. Normas Sobre Telecomunicaciones: El Decreto 1.794 de 1991, por medio del cual se reglamenta el Decreto Ley 1.900 de 1990 y se expiden normas sobre los Servicios de Valor Agregado y Telemáticos, contiene un capítulo

sobre garantías a la libre competencia en la prestación de este tipo de servicios.

El Decreto 2.122 de 1992, por medio del cual el Presidente de la República reestructuró el Ministerio de Comunicaciones, con base en el Artículo Transitorio 20 de la Constitución Política crea por medio de su artículo 2º, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, como Unidad Administrativa Especial sin personería jurídica, con el fin de "regular y promover la competencia para que las operaciones sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante y produzcan servicios de calidad." ⁶

El Decreto 741 de 1993, reglamentario del servicio público de telefonía móvil celular, se refiere en su artículo 55 a la "prohibición de prácticas monopolísticas y restrictivas de la competencia" ⁷

⁶ Los numerales 1º y 2º del artículo 4º del decreto 2.122 de 1992, establecen las siguientes funciones para la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones: "Artículo 4º. Funciones de la Comisión. En desarrollo de su objetivo, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, tendrá las siguientes funciones: 1. Propiciar la competencia en el sector de las telecomunicaciones y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante por parte de operadores de telecomunicaciones, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales para los distintos operadores que intervienen en la prestación de una misma clase de servicio según su posición en el mercado. 2. Prevenir toda práctica restrictiva de la competencia en el sector de las telecomunicaciones".

⁷ Además de remitirse a los contenidos de la Ley 155 de 1959 y del Decreto 2.153 de 1992, el artículo 55 del Decreto 741 establece en forma bastante antitécnica, una

La capacidad para imponer sanciones y correctivos, en el evento de que se atente contra la libre competencia en el sector de las telecomunicaciones, corresponde, de conformidad con el numeral 7º del artículo 1º del Decreto 2.122 de 1992, al Ministerio de Comunicaciones, sin perjuicio de las competencias asignadas a otras autoridades. Teniendo en cuenta lo anterior, se hace evidente que la aplicación de las normas sobre la competencia en el sector de las telecomunicaciones depende tanto del Ministerio de Comunicaciones como de la Superintendencia de Industria y Comercio.

3. Normas sobre Competencia en el Sector Portuario: La Ley 1ª de 1991, por medio de la cual se expidió el Estatuto de Puertos Marítimos, estableció, en su artículo 22, el régimen de restricciones indebidas a la libre competencia para el sector portuario, y le asignó la responsabilidad para la aplicación de dichas normas a la Superintendencia Nacional de Puertos.

prohibición específica para los concesionarios del servicio de telefonía celular. El artículo dice lo siguiente: "Artículo 55. Prohibición de las prácticas monopolísticas y restrictivas de la competencia. El concesionario del servicio de telefonía móvil celular en ningún caso podrá incurrir en prácticas que afecten la libre competencia en el mercado en los términos de la Ley 155 de 1959 y del decreto Autónomo 2.153 de 1992. Queda prohibido al concesionario la realización de actos, convenios, acuerdos o combinaciones que tengan por objeto constituir ventaja exclusiva indebida a su favor o de otras personas, o que tiendan al monopolio de mercados complementarios a los servicios otorgados en concesión".

4. Normas sobre Competencia en el Sector Salud: La Ley 100 de 1993, por medio de la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, estableció como uno de sus fundamentos principales el de la Libre Escogencia, que seguramente será complementado, a la hora de su reglamentación, con un régimen de la libre competencia entre las Entidades Promotoras de Salud y entre las Instituciones Prestadoras de Servicios de salud.

Adicionalmente, el parágrafo 2º del artículo 183 de la Ley 100 de 1993, referente a las prohibiciones para las Entidades Promotoras de salud, establece que *"Están prohibidos todos los acuerdos o convenios, así como las prácticas y decisiones concertadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la libre escogencia dentro del sistema General de Seguridad Social en Salud."*

De la misma manera, el inciso 2º del artículo 185 de la Ley 100 de 1993, relativo a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, establece lo siguiente: *"Las Instituciones Prestadoras de Servicios deben tener como principios básicos la calidad y la eficiencia, y tendrán autonomía administrativa, técnica y financiera. Además propenderán por la libre concurrencia en sus acciones, proveyendo información oportuna, suficiente y veraz a los usuarios, y evitando el abuso de posición dominante en el sistema. Están prohibidos todos los acuerdos o convenios entre Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, entre asociaciones o sociedades científicas, y de profesionales o auxiliares del sector salud, o al interior de cualquiera de los anteriores, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia*

dentro del mercado de servicios de salud, o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud."

Esta proliferación de normas y autoridades competentes resulta, a mi juicio, perjudicial para la correcta interpretación y aplicación de unos conceptos que revisten cierta complejidad, debido a la interacción que este tema exige entre la ciencia jurídica y la económica. En efecto, las autoridades antimonopolísticas, en todo el mundo, se ven en la necesidad de integrar equipos interdisciplinarios que puedan determinar, de conformidad con criterios y políticas decantadas y uniformes, cuándo existe posición de dominio en un mercado; cuándo se puede producir una indebida concentración en un mercado; cuándo hay abuso de la posición dominante, etc.

Es evidente que al existir muchos cuerpos normativos y muchas autoridades encargadas de aplicar los mismos conceptos se presentarán colisiones de competencias y diversidad de criterios que retardarán la efectividad del derecho a la libre competencia consagrado en la Constitución Política y producirán confusión en los particulares, en detrimento del desarrollo económico del país.

Como es bien sabido, este problema no existe en la mayor parte de los países, debido a que se ha instituido un control jurisdiccional de las prácticas restrictivas de la competencia, con lo cual la jurisprudencia se unifica al llegar al máximo tribunal. En el caso de los E.U.A., se trata de la Corte Suprema de Justicia; en España se creó una jurisdicción especial con un Consejo de la Competencia; en la Comuni-

dad Económica Europea es la Corte de las Comunidades Europeas; en el Pacto Andino es el Tribunal Andino de Justicia, etc.

Para solucionar este problema, el próximo gobierno debería acometer la tarea de unificar en una sola entidad la capacidad para aplicar la totalidad de las normas sobre competencia. Los actos proferidos por la autoridad administrativa deberán tener control judicial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

III. El problema del desbordamiento de la concentración económica

Es evidente que en Colombia existe un acentuado problema de concentración económica que se concreta en la concentración de la riqueza, la concentración del ingreso, de la propiedad accionaria⁸ y de la participación de las empresas en los mercados.

⁸ Perea Carrasco, Camilo Ernesto. "Construcción de una medida de la concentración de la propiedad accionaria en Colombia. Boletín de la Comisión Nacional de Valores de 1989, p. 3-51. En el mencionado estudio que fue presentado como tesis de grado por su autor, se hace un pormenorizado y técnico análisis acerca de la dificultad para desarrollar una medida confiable de la concentración de la propiedad accionaria, y se formulan algunas recomendaciones para el efecto. El autor concluye que de acuerdo con su estudio, que solamente agrupa una pequeña muestra compuesta por 33 empresas, la concentración de la propiedad accionaria en las sociedades anónimas viene a ser de 0.54, lo cual no es tan alto como se pensaba. Sin embargo el mismo autor establece en la página 37 de su estudio que el promedio de los coeficientes de Gini rangos absolutos es de 0.8367108 mientras que el promedio de los índices de desviación del perfecto diez principa-

1. Los grupos de interés económico

Un fenómeno jurídico-económico que contribuye a la concentración económica que se percibe hoy en nuestro país es el de los Grupos de Interés Económico, cuya formación y evolución se ha producido por diversas causas, entre las cuales se cuenta, sin lugar a dudas, la ausencia de un marco jurídico adecuado para regular sus actividades y proteger a los accionistas minoritarios, a los consumidores y a los competidores en el mercado⁹.

Una de las razones por las cuales los grupos de interés económico han ido extendiéndose a diversas actividades de la economía nacional es la falta de interés del público en la propiedad de las acciones de las sociedades. En efecto, los pequeños inversionistas dejaron de recurrir a las acciones de sociedades para efectos de colocar sus excedentes de liquidez, debido a la pérdida de rentabilidad de las acciones, al compararlas con los altos intereses que ofrece aún hoy el mercado monetario¹⁰.

les es 0.536312. Esto puede explicar parcialmente la conclusión a que han llegado la mayoría de los autores y analistas de que en Colombia la concentración de la propiedad es muy alta, aún sin saber los análisis de cruces de información (ver informes Supersociedades año 82).

⁹ Puede encontrarse un interesante estudio sobre la tipología y los aspectos legales de los grupos en el artículo del doctor Darío Laguado Monsalve titulado "Los Grupos de Interés Económico" Publicado en la "Revista de Derecho Económico" No. 2, p. 101 a 132.

¹⁰ Con el objeto de contrarrestar este fenómeno, el legislador dictó la Ley 27 de 1990, que recoge una importante propuesta relacionada con la protección de los intereses económicos de los accionistas minorita-

Tampoco puede descartarse la explicación sobre el origen y expansión de los grupos de interés económico como consecuencia, prácticamente obligada, de la forma en que el Estado fue estructurando a través de los años el régimen de inversiones forzosas y voluntarias de las instituciones financieras y de éstas en las empresas del sector real de la economía. El análisis pormenorizado de este argumento escapa al objeto del presente documento, a pesar de lo cual resulta ilustrativo citar al doctor Darío Laguado Monsalve, quien al respecto concluye que "*Actualmente, como consecuencia de la estrategia trazada por las reglas jurídicas que vienen expidiéndose desde 1957, las compañías de seguros de vida y las compañías de seguros generales tienen como destino legal el convertirse en matrices de entidades del sector financiero y fundamentalmente en propietarias de hasta el 20% de las acciones de bancos comerciales [...] Esos bancos, por causa de lo dispuesto en 1960 y en 1972, a su turno pueden convertirse en matrices de corporaciones financieras y de corporaciones de ahorro y vivienda, con lo cual resultan siendo filiales de las compañías de seguros a la vez que matrices con respecto a corpo-*

rios en las sociedades y crea una categoría de acciones con derecho preferencial a recibir dividendos, pero sin derecho a voto. Este es el reconocimiento de que en las grandes sociedades los accionistas minoritarios no tienen realmente una vocación de control, pero si el interés en recibir un rendimiento por su inversión. Con esta medida se pretende incentivar la participación de los pequeños inversionistas en las sociedades, con el objeto de cambiar el esquema de financiación de la actividad productiva, la cual debe basarse más en la expansión del capital, que en el endeudamiento.

*raciones financieras y a las empresas manufactureras agropecuarias y mineras en que tales corporaciones participen. Pero es más: el grupo financiero no solamente tiene la posibilidad de participar como líder de grupos industriales sino que está obligado a ello..."*¹¹

La pérdida de interés en las acciones de las sociedades, como alternativa de inversión, se debió, entre otros fenómenos, a la doble tributación de las sociedades, que fue eliminada por medio de la Ley 75 de 1986. El sistema de la doble tributación sobre las utilidades en cabeza de la sociedad, primero, y del socio, después, al repartir el dividendo tuvo el efecto de desestimular la financiación de la actividad productiva a través de la capitalización de las empresas y de incentivar el apalancamiento externo o endeudamiento de las mismas, efecto que se dio especialmente desde la segunda mitad de la década de los 70, época en la cual la bonanza cafetera trajo un gran incremento en la liquidez.

Así mismo, la deducibilidad del componente inflacionario de los intereses del impuesto a la renta, la cual fue en buena hora eliminada parcialmente por la Ley 75 de 1986, era un factor que estimulaba el endeudamiento de las empresas. El problema del endeudamiento excesivo de las empresas del sector real de la economía se hizo evidente poco antes de la crisis financiera de 1982, cuando las empresas del sector real empezaron a ser absorbidas o

¹¹ Laguado Monsalve, darío. "Los Grupos de Interés Económico" Revista de Derecho Económico No. 2. p. 112-117.

desplumadas por las del sector financiero. En relación con la eliminación del componente inflacionario de los intereses, dijo el señor Ministro de Hacienda de la época, doctor Cesar Gaviria Trujillo, en la exposición de motivos del proyecto de ley que se convertiría en Ley 75 de 1986, lo siguiente: «*La reforma propone eliminar el componente inflacionario de los intereses en un lapso de 10 años, de tal forma que se encauce la actividad empresarial hacia el fortalecimiento de las empresas y hacia la reactivación del Mercado de Capitales, sin causar los traumatismos que generaría una eliminación inmediata dado el alto nivel de endeudamiento que hoy presentan las empresas colombianas. El Gobierno considera que un lapso de 10 años es suficiente para que se produzca un cambio en la composición de las fuentes de financiamiento de las empresas, que redundará en beneficios para la economía en su conjunto*». ¹²

Lo anterior ha hecho que las acciones de las sociedades sean demandadas o apetecidas solamente como mecanismo para obtener el control, factor que produce otro tipo de rendimientos relacionados con el poder, la capacidad de asignar o dirigir los contratos, y de extraer ganancias de las empresas. Este fenómeno ha sido denominado el "desplume" de las empresas ¹³.

¹² Anales del Congreso del día 23 de octubre de 1986.

¹³ Al respecto puede consultarse a Echavarría Olózaga, Hernán. "El escándalo de los Fondos Grancolombiano y Bolivariano en el Gobierno del doctor Turbay Ayala". p. 37-55. Asimismo puede verse el artículo de Hommes, Rudolf titulado "Revisión de algunos aspectos de la Concentración en Colombia". Revista "Desarrollo y Sociedad" No. 9, septiembre de 1982. p. 57 y ss.

Bajo el esquema de la apertura, los grupos de interés económico han incrementado su actividad y su participación en los distintos sectores de la economía, constituyéndose en focos importantes de la toma de decisiones en el país. A pesar de lo anterior, los grupos continúan operando sin tener una consagración legal que clarifique su naturaleza y establezca un régimen de responsabilidades que ofrezca protección al resto de los agentes económicos.

2. Las tomas de control

Pero la concentración en la propiedad de las empresas y la formación de los grupos de interés económico se traduce en la concentración de la participación de las empresas en los mercados, fenómeno que es indicativo de la posición dominante en éstos. Por esta razón las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia regulan y establecen restricciones a las fusiones, consolidaciones o integraciones y en general a las tomas de control de las empresas, ya que a través de estas operaciones jurídico-económicas se produce la concentración de los mercados ¹⁴. Las principales normas a

¹⁴ Uno de los principales problemas que se presentaron en Colombia con las Tomas de Control en la época anterior a la crisis del sistema financiero ocurrida en 1982, fue el relacionado con la financiación de dichas adquisiciones y tomas de control de empresas. En efecto, en muchos casos se utilizó el dinero que el público había depositado en las instituciones financieras para efectos de realizar una adquisición corporativa. Por este motivo se expidió el Decreto 2.388 de 1976, con el objeto de prohibir la utilización de los dineros provenientes del ahorro privado para tomar el control de las empresas. En relación con este tema puede consultarse a

este respecto están contenidas en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959 y en el artículo 51 del decreto 2.153 de 1992.

3. El grado de concentración en los mercados colombianos

En relación con la medición de la concentración de los mercados en Colombia, es necesario citar el recientemente publicado estudio de los doctores Guillermo Bonilla y Horacio Osorio, en el cual se llega a las siguientes conclusiones en relación con el tema que nos ocupa:

La actividad industrial en Colombia se desenvuelve en un marco de poca competencia, ya que las cuatro primeras empresas de las estructuras de mercado que se identifican como no competitivas originan el 45.3% de la producción industrial y se localizan en el 77.5% de las ramas industriales. El nivel del índice de la concentración media de la industria es aproximadamente del 66.0%. Los índices de concentración no han experimentado cambios fundamentales en el período 1974-1978.

La presencia de poder de mercado en la mayoría de las ramas industriales también se verifica en la percepción de la mayoría (54%) de los entrevistados, quienes reconocieron estar expuestos a prácticas que, desarrolladas por una empresa o un grupo de empresas, afectan

Restrepo Salazar, Juan Camilo. "La orientación de la legislación Colombiana sobre financiamiento de las Tomas de Control de Empresas". Comisión Nacional de Valores. Sociedad Anónima y Reforma Financiera. p. 73.

*el suministro y/o los precios de sus principales materias primas.*¹⁵

Las conclusiones del estudio que estamos comentando nos muestran un panorama de alta concentración en los mercados, que constituye un problema endémico en nuestra economía, con el que los gobiernos han luchado inútilmente. Y es que el sistema jurídico colombiano permite la intervención en la economía desde la reforma constitucional de 1936, pero al mismo tiempo reconoce una serie de derechos y libertades que enmarcan a nuestro país dentro de la denominada economía de mercado.

4. La democratización de la economía en la Constitución

No puede dejar de mencionarse, en relación con este tema, que la Constitución Política reafirmó en su artículo 58 la garantía de la propiedad privada y los demás derechos adquiridos de conformidad con la ley. Así mismo, la Constitución trata de promover la democratización de la riqueza, pero jamás utilizando mecanismos de venta forzada a los particulares o despojando a los que detentan la riqueza (salvo los casos especiales de expropiación previstos en la propia Constitución), sino actuando por la vía del estímulo a las clases económicamente más débiles, como se puede ver en los si-

¹⁵ Bonilla, Guillermo y Osorio, Horacio. "Estructura de Mercado y Prácticas Comerciales en los Sectores Industrial, Minero-Energético y de Servicios Públicos en Colombia". Revista "Planeación & Desarrollo". Volumen XXIV, No. 2. Mayo-agosto de 1993. "Promoción de la Competencia y Desarrollo Económico". p. 254 y ss.

guientes ejemplos:

- El artículo 57 de la Constitución dice que *"La ley podrá establecer los estímulos y los medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas."* (El subrayado es mío).
- El inciso tercero del artículo 58 establece que *"El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de la propiedad."* (El subrayado es mío).
- El artículo 60 dice que *"El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad. Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de las acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria."* (El subrayado es mío).
- Por último, el artículo 64 de la Constitución dice que *"Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa..."* (El subrayado es mío).

Como se puede observar, la Constitución habla de "establecer los estímulos y los medios", de "proteger" y de 'promover', lo cual indica que el Estado debe tratar de generar más riqueza y de procurar que todas las personas tengan igualdad de oportunidades para acceder a ella. Difícilmente los artículos constitucionales que atrás se citan pueden interpretarse en el sentido de que se debe despojar a algunos de sus propiedades o de parte de ellas para que todos los competidores sean iguales. En efecto, las normas constitucionales que hemos citado, inter-

pretadas en concordancia con los artículos contenidos en el Capítulo I del Título XII de la Carta sobre libertad de empresa, iniciativa privada y competencia, nos indican que la igualdad matemática de los competidores en el mercado ciertamente no garantiza la eficiencia de éste ni el mayor bienestar de los consumidores; en resumen, que se debe proteger a la competencia antes que a los competidores.

5. La tarea del próximo gobierno

Teniendo en cuenta lo expuesto en los puntos anteriores, el próximo gobierno deberá acometer la tarea de reglamentar la actividad de los grupos de interés económico, con el objeto de evitar que se abuse de los consumidores y de los competidores en el mercado.

Los grupos de interés económico constituyen una realidad fáctica que influye notablemente en la vida nacional, pero no tienen existencia desde el punto de vista jurídico y, por lo tanto, escapan a un adecuado control de parte del Estado. Es necesario, por consiguiente, que el próximo gobierno promueva la expedición de una ley que reglamente la creación y el funcionamiento de los grupos, con el fin de establecer ciertos límites a su actividad, en defensa de la libre competencia y del interés público. Los objetivos principales de una ley como la que se describe serían de manera general los siguientes: ¹⁶

¹⁶ Puede consultarse a este respecto el "Estatuto sobre Democratización de la Economía", elaborado por el doctor Hernando Agudelo Villa para la Sociedad Económica de Amigos del país.

• *Definición de Grupo de Interés Económico:* La nueva ley debe definir los elementos esenciales de los Grupos de Interés Económico, a partir de los cuales se presumirá su existencia. La noción de grupo debe basarse tanto en el concepto de control interno o jurídico como en el de control externo o económico. Así mismo, debe tener en cuenta el concepto de beneficiario real.

• *Transparencia:* Una vez que se haya determinado la existencia de un grupo de conformidad con la definición legal, se exigirá completa transparencia e información en relación con las empresas que lo componen, sus socios y directivos. La autoridad antimonopolística deberá llevar un registro completo de la conformación de los grupos y medirá permanentemente su participación en los distintos mercados.

• *Protección de los accionistas minoritarios:* La ley deberá establecer mecanismos de protección para los accionistas minoritarios de las sociedades pertenecientes a grupos de interés económico. Particularmente debe defenderse el derecho que los accionistas minoritarios tienen a percibir la parte que les corresponda de las utilidades de las empresas.

• *Protección de los intereses de las empresas pertenecientes al grupo:* La nueva ley debe tratar de proteger los intereses económicos de cada una de las empresas individualmente consideradas. Si bien el grupo puede tener una política unívoca, no se debe permitir que unas empresas abusen de otras, privándolas de sus utilidades y de sus posibilidades de desarrollo. Toda transacción entre las empresas del grupo debe

hacerse en términos comerciales, sin privilegios o ventajas que discriminen, ya sea en forma favorable o desfavorable, las demás empresas del grupo del resto de la clientela.

• *Solidaridad pasiva:* Con el objeto de proteger a los acreedores de las empresas del grupo, la ley debe establecer un régimen de solidaridad pasiva entre las empresas de éste.

• *Régimen de inhabilidades e incompatibilidades:* Debe establecerse un claro régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los gerentes y directores de las empresas que componen un grupo, con el objeto de prevenir potenciales conflictos de interés.

• *Régimen de inversiones:* En mi opinión, debe prohibirse a los grupos financieros que inviertan en el sector real de la economía, salvo el caso de los inversionistas institucionales. Con base en el artículo 75 de la Constitución Política podría también prohibirse que grupos económicos conglomerados (o financieros) participaran en el sector de las telecomunicaciones (o en algunas de sus actividades relacionadas con el manejo de la opinión pública). Las limitaciones a la inversión deben ser, en todo caso, reducidas; su criterio debe ser el de evitar de manera selectiva y ponderada las situaciones que tienen un alto potencial de abuso.

IV. Conclusiones

Recapitulando lo expresado a lo largo del documento, se puede concluir que los monopolios, los grupos de interés económico y el control de las sociedades no son ni buenos ni malos en sí

mismos. Se ha superado ya el terrible anatema pronunciado en 1945 por el juez Learned Hand, quien dijo en el famoso caso de *United States v. Aluminium Company of América (Alcoa)*, que "los grandes conglomerados industriales son inherentemente indeseables". Todo depende, entonces, de la forma como las personas o empresas utilicen el poder que detentan dentro de un mercado determinado. Si abusan de su posición dominante o incurrir en prácticas restrictivas de la competencia, deben ser severamente castigadas; de otra manera, se les debe dejar competir libremente y participar del esquema de economía de mercado en el que la Constitución Política ha enmarcado a nuestro país.

Ante los problemas que se observan hacia el futuro en el tema de la competencia, se recomienda al próximo gobierno tomar dos medidas fundamentales:

- Unificar la facultad para aplicar las normas sobre promoción de la competencia en una sola autoridad administrativa, conservando la posibilidad de revisión jurisdiccional de sus actos.
- Promover la expedición de una ley sobre grupos de interés económico, con el objeto de reconocer legalmente su existencia y reglamentar su actividad, de tal manera que se prevengan potenciales abusos y restricciones a la competencia.