



Bogotá D.C., 30 julio de 2020

Doctor

GREGORIO ELJACH PACHECO

Secretario
General Senado
de la República
L.C.

Respetado Doctor,

En nuestra calidad de congresistas y en ejercicio del derecho que establecen los artículos 154 de la Constitución Política de Colombia, 140 y 239 de la Ley 5ª de 1992, y 13 de la Ley 974 de 2005, presentamos a consideración del Honorable Congreso el PRESENTE Proyecto de Ley *“Por medio del cual se garantiza el derecho a participar en el mercado, se protege el derecho colectivo a la libre competencia y se dictan otras disposiciones”*.

Cordialmente,

Paloma Valencia Laserna
Senadora de la República

Ruby Helena Chagüi Spath
Senadora de la República

Ciro Alejandro Ramírez Cortés
Senador de la República

José Obdulio Gaviria
Senador de la República



Alejandro Corrales Escobar
Senador de la República

Gabriel Jaime Vallejo Chujfi
Representante a la Cámara
Departamento de Risaralda

Margarita María Restrepo
Representante a la Cámara

Carlos Felipe Mejía Mejía
Senador de la República



“Por medio del cual se garantiza el derecho a participar en el mercado, se protege el derecho colectivo a la libre competencia y se dictan otras disposiciones”

**Paloma Valencia Laserna
Senado de la República**

Contenido

1. Exposición de motivos.....	5
1.1 El mercado en Colombia	5
1.2 La libertad económica en Colombia vs el mundo.....	8
1.3 Resultados simbólicos de violación a la libre competencia	10
1.4 Marco regulatorio.....	12
1.5 Objetivos del proyecto de ley.....	18
1.6 Referencias	19
2. Articulado.....	21

1. Exposición de motivos

Colombia aún presenta un importante rezago en competitividad, y en gran parte se ha venido dando por virtud de las altas concentraciones de mercado y la limitada supervisión al abuso de la posición de dominio. Este proyecto de ley tiene por objetivo definir un marco jurídico aplicable al control ex ante y ex post de las conductas de abuso de la posición de dominio en el mercado y de la limitación en el poder de dominio contractual. Del mismo modo, está dirigido a remover barreras que incrementan o limitan la capacidad de ciertos actores de menor tamaño de concurrir en el mercado, imponiendo barreras técnicas al comercio internacional y barreras técnicas al comercio local de bienes.

1.1 El mercado en Colombia

Un mercado puede ser definido como un grupo de vendedores y compradores de un bien o servicio específico. El tipo de mercado que genera los mayores beneficios para todos los agentes son los mercados perfectamente competitivos. El padre de economía, Adam Smith, en su libro “La Riqueza de las Naciones” explicó las ventajas de los mercados y la función restrictiva que generaba el Estado en la economía. El Estado ha sido el creador de externalidades negativas formalizando competencias restrictivas como oligopolios, oligopsonios y monopolios. La protección de la competencia por parte del Estado se convirtió en la regularización y restricción de los mismos.

Un Mercado Perfectamente Competitivo es que donde hay diversidad de compradores y vendedores, y ninguno de ellos, de manera personal, puede tener un impacto significativo en el precio del bien o servicio en venta. Para comprobar la existencia de este tipo de mercado, se requieren tres requisitos: (1) los bienes o servicios en venta deben ser iguales, (2) los compradores y vendedores son numerosos, (3) las empresas pueden entrar y salir libremente de ese mercado.

En Colombia el tercer requisito se ve violado en un gran número de mercados. Empresas con protección estatal o con gran influencia han logrado que no exista la libre entrada de nuevos jugadores, y esto ha traducido en que tengan un poder sobre los precios que afecta de manera directa a los consumidores. Este “poder de mercado” en la literatura es

definido como la capacidad que tiene un grupo pequeño de agentes económicos para tener influencia directa sobre los precios.

Los monopolios por definición son aquellos donde una sola empresa ofrece un bien o servicio a un costo menor del que tendrían varias empresas; y un oligopolio es una estructura de mercado en la cual pocos vendedores ofrecen productos similares o idénticos, lo que al final puede llevar a estipulación de precios. (Mankiw, 2012).

Tabla 1. Estructuras de Mercado

	Competencia perfecta	Monopolio	Oligopolio
Número de agentes	Muchos vendedores y compradores	Único vendedor y muchos compradores	Pocos vendedores y muchos compradores
Tipo de producto	Idéntico/ poco diferenciado*	Exclusivo	Idéntico/ poco diferenciado
Barreras de entrada	Ninguna	No se puede entrar	Suficientes para no entrar
Influencia sobre los precios	Ninguna	Total	Rivalidad o acuerdo
Maximizado de bienestar	Si	No	No
Ejemplo	Mercado primario	Empresas de servicios públicos	Telefonía de voz y datos

Fuente: Elaboración propia con base en Mankiw 2012.* Algunos autores hablan de esta estructura como Competencia Monopolística

Los oligopolios tienen como resultado la cartelización. Los productos sometidos a estas conductas pueden producir incrementos en los precios desde el 10% al 60%. (Levnstein & Lande, 2004). Las leyes para la libre competencia han logrado tener buenos resultados en los países donde se privilegia la libertad de mercado. En Reino Unido las leyes de competencia han llevado ahorros para los consumidores de hasta 112 millones de dólares por año. (Werden, 2008).

En el libre mercado la competitividad entre empresas incrementa el beneficio social. Las empresas intentan ofrecer un producto con un aspecto diferenciador al de su competencia para obtener más clientes. Cuando una empresa lo logra, la otra también innova para seguir jugando en ese nicho. Al final, el cliente es el más favorecido porque tiene a su disposición productos con una misma finalidad pero con valores agregados distintos.

Sin embargo, cuando el producto es exactamente idéntico entre empresas, y una intenta apoderarse del mercado bajando sus precios, el libre mercado desaparece. No hay innovación ni valor agregado. El cliente, por supuesto, si elige la tienda que le vende el mismo producto pero más barato (Valencia, 2020).

Un ejemplo de esto es que durante el año 2018 y 2019, 22 mil tiendas de barrio desaparecieron en Colombia, el 10% del total de este tipo de tiendas que existe en el país. Estas tiendas representan el 32% del consumo de este mercado. Un estudio realizado por Nielsen reveló que uno de los determinantes fueron las tiendas de “Hard discount”, las cuales ofrecen los mismos productos pero un 4,3% más barato. Para el año 2019, estas empresas completaron 2.648 en el país con incrementos anuales del 30% en nuevas empresas (La República, 2019). Los pequeños emprendimientos colombianos deben tener la posibilidad de participar en el mercado sin que unos grandes oligopolios abusen de su poder de mercado.

Un análisis realizado por el DANE reveló que las tiendas de barrio son más intensivas en mano de obra porque en 13 metros cuadrados generan dos empleos, mientras las tiendas de “Hard Discount” solo generan entre 6 y 7 empleados cada 300 metros cuadrados. (Semana, 2019). Las grandes empresas generan menos puestos de trabajo lo que aumenta el desempleo en las regiones.

Los mercados de minoristas en el país también se ven afectados cuando el mayorista aprovecha su posición dominio. Un estudio realizado por el Banco de la República revela que un cambio de \$100 en el precio mayorista está asociado con un cambio de \$109.5 en el precio minorista de una estación sin competidores a un kilómetro a la redonda; y un aumento de \$110.4 en la gasolinera con siete competidores a un kilómetro a la redonda. De igual manera, una subida de \$1 en el precio real mayorista por galón está asociado en los datos con un aumento de \$1.1 en el precio minorista real en los mercados liberalizados (Carranza, Vélez, & Botero, 2016) Si los minoristas no existieran, los mayoristas podrían imponer los precios de mercado a su manera, y forzar a los consumidores a mover su demanda hacia ellos.

La teoría de liberalismo clásico le pone tres funciones al Estado: Garantizar el derecho a la vida, a la propiedad privada, y a la libertad. Esta última se ve violada cuando se rompe la tercera premisa de la competencia perfecta: “no tengo libertad en entrar a participar en un mercado”. El Estado colombiano debe entrar a regular cuando una empresa (monopolio) o varias empresas (oligopolio) se apoderan del mercado. La regulación no es estatizar empresas, ni restringir innovaciones; su función es verificar que la libertad de entrada y de salida sea igual para todos los competidores.

El caso de Uber y las aplicaciones de transporte es un ejemplo de un monopolio no estatal creado por el Gobierno. Las aplicaciones de movilidad innovaron en el servicio de transporte, y entraron a competir por clientes. Se estiman cerca de 7 aplicaciones en el país con más de 250 mil empleados, y 300 mil consumidores diarios. Su competencia es leal porque aunque su función es la misma que los taxis, tienen el valor agregado de operar mediante aplicación, y en algunos casos, dar un mejor servicio. El consumidor es libre de elegir que opción le gusta más. El problema radicó en que el Estado excedió su poder de regulación en el mercado de Taxis, imponiendo precios fijos (tarifas de taxímetros), número de participantes en el mercado (cupos), y el funcionamiento del servicio. Atentó contra la libertad de entrada de nuevos competidores en el mercado, y no permitió la innovación de los que ya estaban adentro (Valencia, 2020).

1.2 La libertad económica en Colombia vs el mundo

Los países más desarrollados en términos sociales y económicos son aquellos donde su libertad económica es mayor. Esto lo revela el “Índice de Libertad Económica” elaborada por “Heritage Foundation”. Es un índice de 12 variables que se moldean bajo cuatro grupos. El grupo de “Imperio de la ley” (derechos de propiedad, integridad gubernamental, efectividad de justicia), el grupo de “Tamaño del Gobierno” (gasto del gobierno, peso fiscal sobre empresas, y salud fiscal), el grupo de “Eficiencia reguladora” (libertad para hacer negocios, libre movilidad laboral, libertad monetaria), y el grupo de “Mercados abiertos” (Libertad de mercado, libertad de inversión y libertad financiera”).

Colombia para el ranking 2020 ocupó el puesto número 45 entre 180 países con un puntaje de 69,2 sobre 100. Al hacer una comparación con los algunos de los 20 primeros países se

puede establecer que Colombia tiene fuerte rezago en derechos de propiedad, carga fiscal a empresas, libertad de negocios y libertad de trabajo.

Tabla 2 . Índice de Libertad Económica por rubros

	Singapore	Suiza	Estonia	Chile	Estados Unidos	Finlandia	Colombia	Cuba	Venezuela
Puesto 2020	1	5	10	15	17	20	45	178	179
Ranking	89,4	82	77,7	76,8	76,6	75,7	69,2	26,9	25,2
Derechos de Propiedad	96,8	87,4	83,2	69,9	81,8	92,3	61,1	20,1	10,1
Eficacia judicial	92,9	81,5	73,7	61,1	83,7	80,5	32,8	10	12,6
Integridad gubernamental	92,4	90,1	85,9	73,4	77,2	96,1	46,1	38,7	14,6
Carga Fiscal	90,3	70,1	81,1	76,4	74,6	67,5	70,4	49,5	72,8
Gasto de gobierno	91,1	65,3	53,3	80,8	56,5	11,2	77	0	66,3
Salud fiscal	80	96,7	99,9	90,5	54,3	90,7	85,5	14,8	0
Libertad de negocios	92,8	74,2	73,5	75	83,3	84,8	71,3	20	30,8
Libertad de trabajo	90,9	72,4	57,3	64,7	87,9	50,3	78	20	27,7
Libertad Monetaria	85,6	84,4	78,6	85,2	75,5	83,6	77,5	64,1	0
Libertad de mercado	94,8	86,6	86,4	89	79,8	86,4	81,2	65,6	58
Libertad de Inversión	85	85	90	85	85	85	80	10	0
Libertad financiera	80	90	70	70	80	80	70	10	10

Fuente: Heritgae Foundation

Al hacer una comparación de algunas variables de los países seleccionados podemos encontrar que las tasas impositivas a las empresas se van haciendo más altas cada vez que el índice de libertad económica es menor. De igual manera los países con mayor PIB per cápita, menor desempleo e inflación estable son aquellos dónde la “libre competencia” prevalece. Los países donde la participación del Estado es mayor en la economía, donde prevalecen empresas monopólicas estatales se encuentran al final del índice: Corea del Norte (180), Venezuela (179), Cuba (178), Eritrea (177), República del Congo (176), Bolivia (175). Los países nórdicos como Noruega, Finlandia, Suecia y Suiza ocupan los 20 primeros lugares.

Tabla 3. Variables de países seleccionados 2020

	Singapore	Suiza	Estonia	Chile	Estados Unidos	Finlandia	Colombia	Cuba	Venezuela
Tasa impositiva (%)	0,1	1,7	1,8	0,5	2,6	1,8	4,4	7,2	11
Tasa impositiva a empresas (%)	17	8,5	20	27	21	20	33	30	34
PIB per cápita (%)	100.345	64.649	34.096	25.978	62.606	46.430	14.943	13.750	8.800
Tasa de desempleo (%)	3,8	4,9	5,5	7,2	3,9	7,8	9,1	2,3	8,4
Inflación (%)	0,4	0,9	3,4	2,3	2,4	1,2	3,2	6,9	929.789,5

Fuente: Heritage Foundation

La falta de libertad económica ha bloqueado los mercados. Un estudio del Banco de la República reveló que el valor exportado e importado de bienes y servicios ha permanecido alrededor del 35% del producto interno bruto (PIB). No hubo una apertura económica en los 90. La protección sigue aún vigente donde alcanza hasta el 77% en el sector manufacturero, similar al de los años sesenta. Esto como resultado de un fuerte componente de protección a empresas cerrando la posibilidad de importación de bienes bajo las premisas de libertad de mercado internacional.

La obtención de Registros, Permisos y Notificaciones sanitarias también han sido una gran barrera en el país. Un importador de vinos debe tramitar un registro sanitario que puede valer 2,5 millones, lo que representa un costo alto para un importador pequeño, pero menor para importadores grandes. Esto sumado a que por tamaño del envase cambia el tipo de registro. Para los productos que requieren un registro sanitario, un importador pequeño, en promedio, necesita entre ciento setenta y doscientos días para importar su mercancía. (García, Montes, & Giraldo, 2019).

1.3 Resultados simbólicos de violación a la libre competencia

En Colombia la libre competencia quedó establecida en la constitución, pero su regulación no ha logrado ser un beneficio social. El artículo 333 de la constitución establece: “...reconoce que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común, y asigna a la empresa el carácter de promotor del desarrollo. En interpretación de este precepto, ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación que en el Estado Social de Derecho, la libertad económica es un derecho no fundamental que involucra la libertad de empresa y, dentro de ella, la de competencia, que es su principio

básico de operación, constituye base del desarrollo económico y social, y a su vez garantía de una sociedad democrática y pluralista".

La competencia ha establecido su normatividad en la ley 155 de 1959, la ley 1440 de 2009, el decreto 2153 de 1992, el decreto 19 de 2012 y la ley 256 de 1996. Ninguna de estas regulaciones estableció la definición de “monopolio” sino de “posición dominante”. En la legislación colombiana no hay monopolios salvo en algunos normas donde se habla de “monopolios naturales” pero que no son sujetos de violación a la libre competencia.

Entre 1999 y 2010, la Super Intendencia de Industria y Comercio abrió 578 investigaciones, 48 por año. De estas, solo el 2% fue por posición dominante. El 79% fue por competencia desleal, el 15% por acuerdos, y el 2% por integraciones no informadas (Bardey, Becerra, & Cabebra, 2013).

Tabla 4. Investigaciones iniciadas por año y tipo de infracción

Tipo de investigación	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	Total
Acuerdos	22	7	8	9	10	7	4	4	5	1	2	10	89
Posición dominante	1	2	2	3	1	1	3	0	2	0	4	0	19
Integraciones no informadas	1	1	0	1	2	1	2	0	2	1	0	0	11
Competencia desleal	20	34	32	37	39	35	43	49	46	39	45	40	459
Total Anual	44	44	42	50	52	44	52	53	55	41	51	50	578

Fuente: Fedesarrollo

Entre el año 1999 y el 2007, solo la tercera parte de las investigaciones llegaron a sanciones y otra tercera parte se archivó. Las investigaciones no están llegando a resultados definitivos por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio. La falta de investigación sobre el “poder de mercado”, y la definición real de monopolio está afectando el derecho a la participación económica.

Tabla 5. Resultados de investigaciones

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	Total
Archivo	8	3	2	5	8	1	3	2	3	35
Caducidad	1	0	1	0	0	1	0	0	0	3
Garantías	8	5	4	3	2	4	3	1	2	32
Sanción	7	2	3	5	3	3	3	1	4	31
Total sancionado	29,2	20,0	30,0	38,5	23,1	33,3	33,3	25,0	44,4	30,7

Fuente: Fedesarrollo* Competencia desleal no tiene información disponible

1.4 Marco regulatorio

El abuso de la posición de dominio en los mercados de bienes

Desde el origen mismo del derecho colectivo a la protección de la libre competencia, el control del abuso de la posición o poder de mercado ha estado dentro del objeto de las normas de competencia. Tal como lo indica el tratadista, Alfonso Miranda, es un presupuesto, para que funcione el sistema de mercado de manera eficiente que el Estado garantice “dentro de límites razonables”, derechos como la propiedad privada, la libertad de empresa y la iniciativa privada, la libertad para escoger profesión u oficio, la libertad de asociación, y la libre competencia económica (Art. 333 C.P.). (Miranda & Alfonso, 2011)

Dice el artículo 333 de la Constitución:

“Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”

Y define el profesor Miranda, que:

“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 mantener una clientela. La libre competencia económica se encuentra

consagrada como derecho constitucional en el artículo 333 de la Constitución Política”. (Miranda & Alfonso, 2011)

Es importante resaltar que, es precisamente la falta de esa “posibilidad efectiva” “que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás”, lo que motiva el presente proyecto de Ley. En efecto, tal como se evidenció en la primera sección de esta Exposición de motivos, hoy, la estructura del mercado colombiano no permite que múltiples agentes económicos desarrollen de forma efectiva su derecho a concurrir al mercado, con igualdad de oportunidades y condiciones, en tanto que, el poder de mercado de los agentes, impide de forma particular que sea posible, pero de forma efectiva la libertad de competencia. La posibilidad de teórica de competencia, no garantiza de forma real el acceso a los mercados en una economía de mercado.

Tal como indican varios tratadistas, la existencia de poder de mercado no regulado, no es una situación ajena a los mercados actuales. En efecto, comentando sobre el caso de Amazon.com en las cortes, el Director de la Asociación Colombiana de Derecho de la Competencia, comentando sobre la intervención del Estado, concluye:

“... la aproximación en relación con este fenómeno no puede caer en el populismo a lo Robin Hood, que en los últimos años se ha visto con frecuencia en estas latitudes, de tal manera que se termine atacando a este tipo de compañías simplemente por su tamaño o por su origen. Ello podría poner en peligro la iniciativa privada. El enfoque podría consistir más bien en **adoptar las medidas necesarias para proteger ante todo a los consumidores y para prevenir los abusos que puedan presentarse**” (resaltado fuera de texto) .

En efecto, hoy el ordenamiento jurídico colombiano carece de instrumentos de control ex ante del abuso de la posición de dominio en el mercado. Particularmente han dicho múltiples tratadistas que dichas posiciones de dominio son difíciles de probar y controlar.

Tal como han dicho otros académicos en la materia,

“Probablemente, el elemento más problemático de estas conductas es la determinación del llamado “Mercado Relevante”, que no es nada distinto que el alcance de la conducta anticompetitiva objeto evaluación.

“Para determinar el mercado relevante, se tiene en cuenta el ámbito geográfico a través del cual se extiende la conducta, lo que suele llamarse mercado geográfico y, por otro lado, el mercado del producto o servicio, que se refiere a las calidades específicas que comparten los bienes o servicios que se ofrecen o demandan por quienes se ven comúnmente afectados por la conducta.

“La dificultad para establecer si hay abuso de la posición dominante, siempre estará en que un mercado demasiado amplio podrá hacer ver una conducta anticompetitiva como insignificante y un mercado demasiado estrecho, puede hacer parecer una conducta inofensiva, como una infracción atroz contra la libre competencia.

“De allí que **las autoridades de competencia, afronten grandes retos en el momento de evaluar la magnitud y gravedad de este tipo de conductas**” (Reyes Arango, 2017) (resaltado fuera de texto).

Este no es un fenómeno solamente local. El profesor Tim Wu, en el libro, *The curse of bigness*” explica que la premisa de que el control de los monopolios debe ser compatible con la premisa de la igualdad de oportunidades en la participación de mercado (Wu, *The Curse of bigness*, 2020). Así, explica el académico que, hoy la economía está estructurada y dominada por oligopolios que se han venido protegiendo mediante privilegios regulatorios que permiten que altas ganancias se traduzcan en altos niveles de inversión o mejores salarios. Por todo lo dicho es necesario revivir la supervisión de los monopolios, en tanto que, grandes posiciones de dominio lesionan el derecho de los consumidores a participar en el mercado. Tal como dice el profesor Wu, “es necesario reactivar las normas antimonopolio”. (Wu, *The Utah Statement: Reviving Antimonopoly Traditions for the Era of Big Tech*, 2019)

Por lo anterior, a los agentes que por su tamaño y posición de mercado, tengan la posibilidad de determinar las condiciones de mercado, debe haber un régimen que les imponga la obligación de evitar las prácticas abusivas.

Así se propone primero, definir de forma más precisa el derecho a participar en el mercado. Así, se afirma en el proyecto que “la presente ley tiene por objeto garantizar el derecho colectivo a la libre competencia, en los términos de la Constitución y la Ley, para atender las condiciones actuales de los mercados, facilitar a los consumidores y competidores el ejercicio de los derechos, así como garantizar el debido proceso y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional”.

Pero además se precisa que “el derecho colectivo a la libre competencia ha de ser protegido y garantizado por el Estado. Los particulares también podrán, en el ejercicio de acciones particulares, propender por la garantía de la libre y leal competencia”.

Ahora bien, para que el derecho tenga instrumentos ex ante de intervención en el mercado, se actualizará la regulación emitida en el año 1992. Según la misma, se define como prohibición general del régimen de protección de la competencia, la definida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, según la cual:

Quedan prohibidos todas las prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia que tengan como efecto mantener y determinar precios inequitativos.

Del mismo modo, se consideran “Abuso de la posición de dominio en el mercado” cuando exista posición dominante o un agente sea definido como un agente económico preponderante, constituyen abuso, entre otras, las siguientes conductas:

1. Los precios excesivamente bajos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada, permanencia o expansión de competidores.

2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un proveedor en situación desventajosa frente a otro proveedor de condiciones análogas.
3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.
4. La venta a un comprador de un insumo cuando se dé en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador para operaciones equivalentes cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.
5. La venta a un comprador de un insumo cuando se dé en condiciones diferentes en operaciones equivalentes de las que se ofrecen a empresas del mismo grupo empresarial.
6. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano en operaciones equivalentes, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.
7. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

Y para que haya certeza sobre las obligaciones de comportamiento que tienen estos agentes excesivamente grandes, se define el siguiente régimen ex ante de regulación aplicable. Se define el “**agente económico preponderante**”, esto es, agentes que, por sus ingresos, tengan participaciones de mercado por encima de 50% o por encima del valor definido por la SIC o los reguladores, al que, como consecuencia de dicha aplicación, le aplicarán las restricciones aplicables a las empresas con posición de dominio en el mercado, del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

Para que no quede en manos de la SIC la definición, en los demás casos se presumirá de hecho, que cualquier persona natural o jurídica que por ingresos concentre más del 50% de los mismos en el mercado nacional, es un agente económico preponderante en la cadena de valor en la que participa. Dicha presunción se podrá desvirtuar en caso de que la Superintendencia de Industria y Comercio decida iniciar una actuación administrativa.

Régimen de responsabilidad civil

Ahora bien, el régimen jurídico colombiano no tiene un sistema de responsabilidad civil por el abuso de la posición de dominio. Tal como lo indica el abogado Mauricio Velandia, en su Libro, *el Ocaso del Monopolio*, y en su artículo sobre la posición de dominio contractual,

“Como se anticipó, el libre juego de la oferta y la demanda en el mercado permite que múltiples agentes participen de este y tanto consumidores como productores se vean beneficiados de esta competencia. Para el ordenamiento es claro que la libre competencia debe ser tutelada y así, en su naturaleza jurisdiccional, se presenta como un derecho mixto. Por una parte, las conductas que vayan en contra de ella generan multas administrativas en la medida que el Estado ejerce dentro del mercado labores de supervisión y control, las cuales están sujetas a la justicia contenciosa, pero a la vez esos mismos comportamientos pueden ser estudiados en otras jurisdicciones, como en la civil o arbitral, cuando el comportamiento causa daño al patrimonio de un actor del mercado...” (Velandia, 2020)

Y acá resulta particularmente aplicable el postulado según el cual, quien causa un daño, lo debe reparar. Hoy el ordenamiento jurídico colombiano no tiene dentro de su haber un instrumento que permite reparar de forma privada los daños causados por el abuso de la posición de dominio. Con todo, como lo indica la doctrina, las normas de competencia desleal ya tienen un marco jurídico apropiado para demandar y solicitar medidas cautelares, así como medidas de indemnización contra actos que causan daño a los partícipes de un mercado.

Concluye el profesor Velandia,

“en el juicio de responsabilidad civil extracontractual, en donde sin mediar un negocio jurídico, un agente del mercado o un consumidor se ve afectado en su patrimonio (art. 58 CN, vía excedente del consumidor y excedente del productor) por la conducta adelantada por quien ostenta la posición dominante en el mercado, como cuando con precios predatorios elimina a otros competidores causándoles daño a su propiedad privada” (Velandia, 2020)

Por lo anterior, en este proyecto de Ley se constituye en un tipo de acto de desleal contrario al derecho colectivo a la libre y leal competencia, violar el régimen de abuso de la posición de dominio cuando un agente se considera preponderante. Por ello, el Proyecto de Ley considera que serán “actos desleales de abuso de la posición de dominio” aquellos que provengan de la conducta que tenga por objeto o como efecto abusar de la posición de dominio contractual, o la abusar de la posición preponderante y de dominio en los términos del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, por parte de un agente económico preponderante.

1.5 Objetivos del proyecto de ley

- El Estado tendrá la obligación de velar para que las estructuras de mercado sean lo más amplias posibles y el mayor número de agentes pueda participar en el mercado, sin afectar el desarrollo tecnológico y las mejoras de productividad.
- El Estado debe determinar el máximo porcentaje que pueden participar en el mercado un grupo económico y sus filiales.
- Se considerará una falta a la libre competencia uno o algunos de los agentes del mercado sean tales que reduzcan significativamente la participación de minoristas; o que uno o algunos de los agentes del mercado sean tales que empiecen a mostrar que su crecimiento en la participación del mercado está relegando la participación de los otros agentes en los segmentos de mercado menos rentables.
- Se establecerán los mecanismos que limitan la participación en el mercado de los ciudadanos de tal manera que sean susceptibles de vigilancia y regulación gubernamental.

- Ninguna entidad pública podrá exigir contratos de exclusividad para la importación de un producto, siempre y cuando el solicitante muestre la compra lícita de los productos, al fabricante o alguno de sus distribuidores autorizados en el mundo.
- Una vez exista Notificación o Permisos sanitarios de un producto, quienes lo importen solo tendrán que mostrar que es exactamente el mismo producto por el cual fue otorgado el requisito sanitario.
- Los pliegos tipo, así como los mecanismos de transparencia no deberán cerrar la capacidad de competir de contratistas medianos y pequeños

1.6 Referencias

- Bardey, D., Becerra, A., & Cabebra, P. (2013). *Análisis Económico de la Normativa de Libre Competencia en Colombi*. Bogotá: Fedesarrollo.
- Carranza, J., Vélez, S., & Botero, B. (2016). *Regulación y competencia en los mercados minoristas de gasolina*. Cali: Banco de la República.
- García, J., Montes, E., & Giraldo, I. (2019). *Comercio Exterior en Colombia*. Bogotá: Banco de la República.
- La República. (13 de 12 de 2019). "En dos años se han cerrado 22.000 tiendas de barrio" Juan Saavedra, presidente de Nielsen. *La República*.
- Levnstein, C., & Lande, R. (2004). Contemporary International Cartels and Developing. *Antitrust Law Journal* 71, 801-52.
- Mankiw, G. (2012). *Principios de Economía*. USA: Cengage Learning.
- Miranda, & Alfonso. (08 de 07 de 2011). *Centro Cedec*. Obtenido de Centro Cedec: : <https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/8-abuso-de-la-posicion-dominante.pdf>
- Reyes Arango, C. (2017). Libre competencia: más que solo carteles. *Asuntos Legales*, 1-2.
- Semana. (2019). Tiendas de barrio, en jaque. *Semana*, 2.4.
- Valencia, P. (17 de 01 de 2020). La libre competencia. *El Nuevo Siglo*, págs. 1-2.
- Velandia, M. (24 de 07 de 2020). *Mauricio Velandia*. Obtenido de Mauricio Velandia: <https://www.mauriciovelandia.com/docs/pdf/abuso-posicion-dominante.pdf>
- Werden. (2008). Assessing the Effects of Antitrust Enforcement in the US. *De Economist*, 433-51.



Wu, T. (2019). The Utah Statement: Reviving Antimonopoly Traditions for the Era of Big Tech. *OneZero*, 1-2.

Wu, T. (2020). *The Curse of bigness*. Atlantic Books.

Cordialmente,

Paloma Valencia Laserna
Senadora de la República

Ruby Helena Chagüi Spath
Senadora de la República

Ciro Alejandro Ramírez Cortés
Senador de la República

José Obdulio Gaviria
Senador de la República

Alejandro Corrales Escobar
Senador de la República

Gabriel Jaime Vallejo Chujfi
Representante a la Cámara
Departamento de Risaralda

Margarita María Restrepo
Representante a la Cámara

Carlos Felipe Mejía Mejía
Senador de la República

2. Articulado

PROYECTO DE LEY NO. _____ DE 2020

“Por medio del cual se garantiza el derecho a participar en el mercado, se protege el derecho colectivo a la libre competencia y se dictan otras disposiciones”

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

Artículo 1. El derecho a participar en el mercado. La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho colectivo a la libre competencia, en los términos de la Constitución y la Ley, para atender las condiciones actuales de los mercados, facilitar a los consumidores y competidores el ejercicio de los derechos, así como garantizar el debido proceso y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional.

El derecho colectivo a la libre competencia ha de ser protegido y garantizado por el Estado. Los particulares también podrán, en el ejercicio de acciones particulares, propender por la garantía de la libre y leal competencia.

CAPÍTULO 1

Control y Abuso de la Posición de Dominio en el Mercado

Artículo 2. Agentes económicos preponderantes. En desarrollo del artículo 333 de la Constitución, el Gobierno Nacional, de oficio o por petición de parte, la Superintendencia de Industria y Comercio, en coordinación con las Comisiones de Regulación y los reguladores sectoriales, definirán los porcentajes máximos de participación de mercado para determinar que un agente tiene una participación de mercado que lo hace un agente económico preponderante, y que, por tanto, le aplicarán las restricciones aplicables a las empresas con posición de dominio en el mercado, del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. En ningún caso dicho porcentaje podrá ser inferior al 30% del mercado relevante, de producto y geográfico.

En las industrias en que la Superintendencia de Industria y Comercio no defina un porcentaje mínimo de participación, se presumirá que cualquier persona que por ingresos concentre más del 50% de los mismos en el mercado nacional, es un agente económico preponderante en la cadena de valor en la que participa. Dicha presunción se podrá desvirtuar en caso de que la Superintendencia de Industria y Comercio decida iniciar una actuación administrativa.

Artículo 3. Prohibiciones del régimen de protección de la competencia. Modifíquese el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, así:

Artículo 1º: Quedan prohibidos todas las prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia que tengan como efecto mantener y determinar precios inequitativos.

Parágrafo. El Gobierno Nacional podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general o la seguridad nacional.

Artículo 4. Abuso de la posición de dominio en el mercado. Modifíquese el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, así:

Artículo 50. Abuso de posición dominante. Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante o un agente sea definido como un agente económico preponderante, constituyen abuso, entre otras, las siguientes conductas:

1. Los precios excesivamente bajos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada, permanencia o expansión de competidores.
2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un proveedor en situación desventajosa frente a otro proveedor de condiciones análogas.
3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constitúan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.

4. La venta a un comprador **de un insumo cuando se dé** en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador **para operaciones equivalentes** cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.
5. **La venta a un comprador de un insumo cuando se dé en condiciones diferentes en operaciones equivalentes de las que se ofrecen a empresas del mismo grupo empresarial.**
6. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano **en operaciones equivalentes**, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.
7. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.
8. **En los mercados que hay mayoristas, cuando estos afecten la participación de los minoristas en el mercado en algunas de las causales de este artículo.**

Artículo 5. Créese el artículo 18A de la ley 256 de 1996, el cual quedará así:

Artículo 18A: Actos desleales de abuso de la posición de dominio: Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto abusar de la posición de dominio contractual, abusar de la posición preponderante o abusar de la posición dominio de mercado en los términos del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

Artículo 6. La contratación estatal propenderá por la participación democrática de los colombianos. Los pliegos tipo, así como los mecanismos de transparencia no deberán cerrar la capacidad de competir de contratistas medianos y pequeños. Para ello podrán utilizarse figuras de consorcios, uniones temporales u otras que cree la reglamentación que permitan mayor participación de la ciudadanía, sin arriesgar las garantías y la experiencia.

CAPÍTULO 2.

Restricciones artificiales al comercio transfronterizo de bienes

Artículo 7. Importaciones paralelas. La importación de un producto por parte de proveedores que no tienen o no han firmado convenios de exclusividad con productores o sus representantes en el exterior, no puede constituirse en una barrera artificial de competencia en el mercado, y los titulares de dichos convenios no tendrán derecho de impedir la importación de dicho bien o producto. Sin embargo, el importador asume las mismas obligaciones derivadas de la comercialización del producto en Colombia y responderá sobre la seguridad y calidad de los productos en los términos de la ley 1480 de 2011 y los decretos que la reglamenten.

La Superintendencia de Industria y Comercio, en coordinación con la Policía Fiscal y Aduanera, reglamentarán los procedimientos para el ingreso de la mercancía, la manera en que los consumidores han de ejercer sus derechos y la forma en que los proveedores de estos productos han de responder en los términos del Estatuto de Protección al Consumidor, y las demás normas aplicables.

Artículo 8. Adhesión de importador a registro sanitario: Los particulares interesados en la comercialización de un producto que cuente con una Notificación Sanitaria (NSA) o un Permiso Sanitario (PSA), deberán notificar al INVIMA el producto bajo el mismo código de la Notificación Sanitaria (NSA) y/o del Permiso Sanitario (PSA), siempre que cuente con la misma marca, composición básica cuali-cuantitativa, denominación genérica, composición secundaria, fabricante y etiquetado o rotulado ya notificadas en el registro principal.

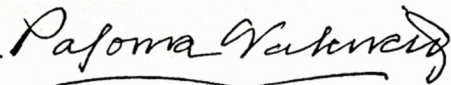
El interesado que se acoge a una Notificación Sanitaria (NSA) o un Permiso Sanitario (PSA) existente en las condiciones antes mencionadas, asume las mismas obligaciones que el titular de la Notificación Sanitaria (NSA) o un Permiso Sanitario (PSA) y responderá sobre la seguridad y calidad de los productos que importe y comercialice, así mismo, será objeto de las acciones de control y vigilancia establecidos por el INVIMA para ese propósito.

El interesado deberá consignar sus datos en la etiqueta o rotulado, no pudiendo realizar modificaciones, reformulaciones, incorporaciones o ampliaciones. Cuando el Titular de la (NSA) o (PSA) solicite voluntariamente su cancelación, ésta se entenderá cancelada inclusive para todos los interesados que se acogieron a la misma.

El Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia junto con el INVIMA reglamentarán los trámites y documentos que deberán acreditar los interesados para acogerse a los NSA y PSA existentes.

Artículo 9.Vigencia. La presente rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Cordialmente,



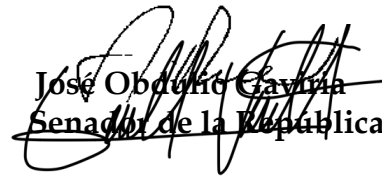
Paloma Valencia Laserna
Senadora de la República



Ruby Helena Chagüi Spath
Senadora de la República



Ciro Alejandro Ramírez Cortés
Senador de la República

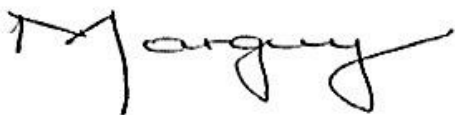


José Obdulio Gaviria
Senador de la República



Alejandro Corrales Escobar
Senador de la República

Gabriel Jaime Vallejo Chujfi
Representante a la Cámara
Departamento de Risaralda



Margarita María Restrepo
Representante a la Cámara



Carlos Felipe Mejía Mejía
Senador de la República