



PROYECTO DE LEY SOBRE
LIBRE COMPETENCIA
(versión final)

FEDESARROLLO
Miguel Urrutia
Francisco Urrutia

Septiembre 1991

INTRODUCCION

PROYECTO DE LEY SOBRE LIBRE COMPETENCIA

El proyecto de ley sobre libre competencia que, con su exposición de motivos, hace parte de este estudio ha sido el fruto del estudio de las normas y doctrina sobre la materia de los siguientes países y organizaciones:

- La Comunidad Económica Europea
- Los Estados Unidos de América
- Chile
- Otros países del OECD (Japón, Canadá, Francia, Inglaterra y Alemania).

Básicamente, los principios sustantivos son similares en todas las legislaciones; sin embargo, en algunos países se las ha dado mayor importancia y aplicación a las normas, países en los cuales la legislación es consecuentemente más desarrollada. Sí se encuentran diferencias especialmente en las normas procedimentales, en cuanto a los organismos de control y a las sanciones aplicables. Es de anotar, por ejemplo, que mientras en algunos países la legislación sobre libre competencia hace parte del Código Penal, como en Chile, en otros países no hay lugar a infracciones penales, como en la Comunidad Económica Europea.

El proyecto que se presenta busca aceptar la realidad nacional y acoger ideas y principios aceptados internacionalmente.

La aplicación de las normas de libre competencia ha demostrado ser muy compleja y continuar estando en evolución. Es muy importante anotar que para una eficiente y eficaz aplicación en Colombia de los principios aceptados mundialmente sobre libre competencia, será necesario adoptar nuevos mecanismos de aplicación de las leyes.

Para el mejor entendimiento del estado de evolución de las leyes sobre libre competencia, se incluyen textos de leyes y reglamentos, libros, artículos y doctrina de los países estudiados. Estos deben ser analizados por los funcionarios que administren las normas de libre competencia.

Aunque en Colombia existe una ley sobre el tema, la Ley 155 de 1959, el análisis efectuado ha demostrado que sí es oportuno producir un nuevo estatuto integral sobre el tema. La Ley 155 de 1959 tiene algunas disposiciones que contrarían los principios que aseguran la libre competencia y no establece ni los procedimientos ni los instrumentos coercitivos que garanticen su eficaz aplicación.

Es importante anotar que en Colombia no hay conciencia sobre la ilegalidad de los actos u acuerdos que atentan contra la libre competencia. Para garantizarla, será necesario divulgar los principios que se están consagrando en el proyecto y trabajar sobre casos ejemplarizantes que deben ser ampliamente divulgados.

LEY _____ DE 199__

Por la cual se regula la Promoción de la Libre Competencia.

CAPITULO I
PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 1. PROTECCIÓN A LA LIBRE COMPETENCIA

1. Quien ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier acto, convenio, práctica concertada, contrato o acuerdo de cualquier índole que impida la libre competencia en los mercados de bienes y servicios, tanto en los mercados internos como en los de comercio exterior, será sancionado según lo dispuesto en la presente Ley.
2. Todo acto, práctica concertada, contrato o acuerdo de cualquier índole que impida la libre competencia en los mercados de bienes y servicios será inexistente.

Artículo 2. ACTOS QUE AFECTAN LA LIBRE COMPETENCIA.

Se presumirá que los siguientes actos o convenios, entre otros, impiden la libre competencia en los mercados de bienes y servicios:

- a) Los que se refieren a la producción, tales como:
 - i.- Asignación entre competidores de cuotas de producción de bienes o servicios.

- ii.- Reducciones, suspensiones o paralizaciones a la producción, no justificadas económicamente.
 - iii. Limitaciones a desarrollos técnicos e inversiones, sin justificación económica.
- b) Los que se refieran al transporte, tales como acuerdos sobre precios, frecuencias, horarios, tipos de carga o equipos.
- c) Los que se refieran al comercio o sistemas de distribución, tanto al por mayor como al detal, tales como:
- i.- Asignación o limitación de zonas geográficas o segmentos de mercado;
 - ii.- La distribución exclusiva por una persona natural o jurídica o por un conjunto de personas jurídicas controladas por una misma persona o grupo de personas, de un mismo artículo de varios productores o competidores.
 - iii- Asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento;
 - v.- Términos o condiciones contractuales que obliguen a la contraparte a prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o por la costumbre mercantil, no guardan relación alguna con el objeto de dichos contratos;

- d) Los acuerdos entre competidores sobre precios, términos o condiciones de compra o venta de bienes y servicios.
- e) Los acuerdos que establezcan condiciones desiguales para prestaciones equivalentes y que ocasionen desventajas competitivas.
- f) Los acuerdos o prácticas concertadas destinadas a producir la concentración del crédito, en perjuicio de los demás usuarios del mercado.
- g) Los acuerdos o prácticas concentradas que tengan como resultado el aprovechamiento de una masa limitada de bienes o servicios por un beneficiario último real en perjuicio de los consumidores.
- h) En general, cualquier otro acto, convenio, contrato, acuerdo, práctica, procedimiento o sistema que tenga por finalidad eliminar, restringir, afectar o entorpecer la libre competencia.

Artículo 3. ACUERDOS PERMISIBLES

Se presumirá que los siguientes actos, prácticas concertadas, convenios, contratos o acuerdos no contrarían lo dispuesto en el artículo 1o. de la presente Ley:

- 1.- Los que produzcan una mejoría en el mercado, generando en forma directa beneficios para los consumidores, siempre y cuando este beneficio solo se pueda obtener en forma económicamente viable a través de actos, prácticas

concertadas, convenios, contratos o acuerdos entre dos o mas personas naturales o jurídicas;

- 2.- Los actos, convenios o contratos que se ejecuten o celebren en desarrollo de la protección consagrada en la Constitución Política o la Leyes, tales como los derechos de autor o aquellos sobre marcas y patentes.
- 3.- Los actos que tengan por objeto defender o promover las exportaciones, en cuanto sean compatibles con obligaciones derivadas de convenios internacionales ratificados por Colombia.
- 4.- Los actos que no afecten la competencia de manera económicamente significativa.

Artículo 4. ABUSO DE UNA POSICIÓN DOMINANTE

- 1.- Queda prohibida y será sancionada según lo dispuesto en la presente Ley, en la medida que afecte la libre competencia o los mercados de bienes y servicios, la explotación abusiva, por parte de una o más personas naturales o jurídicas, de una posición dominante en el mercado nacional o en una parte del mismo.
- 2.- Se presumirá que las siguientes conductas, entre otras, constituyen abuso de una posición dominante:
 - a) Imponer directa o indirectamente a terceros precios, términos o condiciones inequitativos;

- b) Limitar la producción, venta o distribución de bienes o servicios, sus calidades o desarrollos tecnológicos en perjuicio de los consumidores;
- c) Establecer a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- d) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según la costumbre mercantil, no guardan relación alguna con el objeto de dichos contratos.
- e) Impedir la libre participación de competidores en el mercado, mediante la práctica de uno o varios actos o convenios dirigidos a afectar la posición económica de aquellos.

Artículo 5. DEL OTORGAMIENTO DE MONOPOLIOS POR EL ESTADO

- 1.- Excepto en los casos consagrados en la Constitución Política, no podrá otorgarse a personas de derecho privado o público, la concesión u otorgamiento de ningún monopolio para el ejercicio de actividades económicas, tales como las extractivas, industriales, comerciales o de servicios.
- 2.- A quienes gocen de los monopolios otorgados con arreglo a lo previsto en el numeral anterior, les serán aplicables las disposiciones del artículo 4o. de la presente Ley.

3.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral anterior, se presumirá que los siguientes hechos o circunstancias, entre otros, constituyen abuso de una posición dominante por parte de quien goza de un monopolio otorgado por el Estado:

- a) Márgenes de utilidad que no guardan relación económica con el valor agregado de los bienes o servicios producidos o prestados por quien goza del monopolio;
- b) Deficiencias en la calidad de los bienes producidos o servicios prestados, comparada con los promedios de calidad esperados en actividades económicas similares, nacionales o internacionales;
- c) Ineficiencia en la producción de bienes o prestaciones de servicios a causa de una estructura de costos o gastos excesiva, comparada con los promedios esperados nacional o internacionalmente en actividades económicas similares.

Artículo 6. CONTROL DE UNA O VARIAS EMPRESAS

Para los efectos de esta Ley, se presumirá de derecho que hay control de una o mas personas jurídicas, o de una o mas empresas, cuando una o más personas, directa o indirectamente controlen los organismos de dirección y la administración de la empresa, incluyendo la toma de decisiones por la Asamblea de Accionistas o Junta de Socios, por la Junta Directiva o por los representantes legales o administradores de la empresa.

Para los efectos de esta Ley, se entenderá por persona el conjunto de personas y empresas que conforman el grupo de personas y empresas controladas según lo dispuesto en este artículo.

PARAGRAFO PRIMERO: Las personas jurídicas, incluidas las sociedades anónimas inscritas en bolsas de valores, podrán estar sujetas al control de una o mas personas cuando éstas, por representar el mayor porcentaje de las acciones o derechos en que se divide el capital social correspondiente, sin necesariamente corresponder a la mayoría absoluta, ejercen control, según la definición del presente artículo.

PARAGRAFO SEGUNDO: El control en la toma de decisiones incluye el poder del veto.

Artículo 7. EFECTOS ECONOMICOS

En la aplicación de las normas de la presente Ley, se analizarán siempre los efectos económicos de los actos, prácticas concertadas, contratos u acuerdos con el fin de establecer si se afecta o favorece la libre competencia o el comercio de bienes y servicios.

CAPITULO II UNIDAD DE COMERCIO

Artículo 8. UNIDAD DE COMERCIO

Créase la Unidad de Comercio en el Departamento Nacional de Planeación. Su función será la de obrar como Secretario de la

Junta de Libre Comercio de que trata el artículo siguiente, de acuerdo con los términos de la presente Ley y de los Reglamentos que de la misma se expidan.

Artículo 9. JUNTA DE LIBRE COMERCIO

La Junta de Libre Comercio estará compuesto por tres miembros, así:

- a) El Jefe de la Unidad de Comercio y
- b) Los dos restantes, nombrados por el Gobierno Nacional para períodos prorrogables de cuatro (4) años.

En el nombramiento de los miembros de la Junta de Libre Comercio, el Gobierno Nacional buscará que el conjunto de sus características profesionales y experiencia laboral permitan un análisis legal, económico y desde un punto de vista de administración de empresas, de todos los efectos en los mercados de los asuntos de su competencia.

Los emolumentos que correspondan a los miembros de la Junta de Libre Comercio serán fijados por el Gobierno Nacional y se pagarán con cargo al presupuesto del Departamento Administrativo Nacional de Planeación.

Los miembros de la Junta de Libre Comercio tendrán las mismas incompatibilidades que los Directores de Departamentos Administrativos y cesarán en el desempeño de sus funciones por las causas que determinen el retiro de aquellos.

Artículo 10. FUNCIONES DE LA JUNTA DE LIBRE COMERCIO

Son funciones de La Junta de Libre Comercio:

- a) Recibir peticiones de personas naturales o jurídicas de derecho público o privado o de autoridades judiciales de cualquier orden, ya sea individualmente o mediante acciones populares, sobre posibles violaciones a las normas sobre libre competencia, monopolios y abuso de una posición dominante, objeto de la presente Ley.

Para efectos de este literal, se entenderá como una acción popular la que se presenta por una o varias personas, que no tendrán que ser abogados, en nombre de un número plural de mínimo veinte (20) personas que se consideren lesionadas por infracciones a esta Ley.

- b) Resolver las peticiones que le sean presentadas y, con total facultad discrecional, decidir sobre los casos en que inicia investigaciones.
- c) La Junta de Libre Comercio podrá, de oficio, iniciar investigaciones en cualquier mercado y a cualquier persona y decidir sobre el mérito para iniciar la correspondiente investigación.
- d) Adelantar las investigaciones a fin de resolver sobre las infracciones a la presente Ley.
- e) Imponer sanciones en los términos del artículo 16 de la presente Ley.

- f) Aprobar o improbar las solicitudes de los proyectos de fusión o de adquisición de control de empresas, en los casos que le compete según se establece en esta Ley.
- g) Recibir consultas, en concreto o en abstracto, sobre si determinados actos o situaciones son o no violatorios de la presente Ley.
- h) Resolver sobre la admisibilidad de las consultas que le sean presentadas y, con total facultad discrecional, decidir sobre que consultas se produce doctrina, según lo previsto en el literal j) de este artículo.
- i) Investigar de oficio y recibir peticiones, sobre operaciones o actos administrativos, de cualquier orden, que, sin autorización legal, puedan afectar la libre competencia o establecer permisos, licencias o requisitos adicionales a los estipulados en reglamentaciones generales existentes.
- j) Formular conceptos de contenido general, con el fin de expedir doctrina administrativa, armónica y coherente, sobre la interpretación y aplicación de la presente Ley.

CAPITULO III PROCEDIMIENTO

Artículo 11. PETICIONES

- 1.- Quien o quienes deseen formular una petición a la Junta de Libre Comercio lo deberán hacer por escrito, dando el

mayor detalle posible sobre los hechos y situaciones que se consideran infringen las normas de la presente Ley y en todo caso con arreglo a lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo.

- 2.- Dentro del mes siguiente a la radicación de la petición correspondiente ante la Secretaría de la Junta de Libre Comercio, esta decidirá sobre su admisibilidad, a fin de determinar si procede la apertura de la investigación sobre la infracción a la presente Ley. El acto que decida sobre la admisibilidad de la petición correspondiente, agotará la vía gubernativa.
- 3.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la petición correspondiente ante la Secretaría de la Junta de Libre Comercio, esta última solicitará a quien formuló la petición cualquier información o documentación que fuere necesaria para su estudio.
- 4.- Cuando se decida iniciar un investigación, La Junta de Libre Comercio podrá:
 - a) Tener en cuenta peticiones anteriores y así le informará a quienes las presentaron, y
 - b) Convocar a terceros interesados o permitir que estos se hagan parte dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria del acto administrativo que decida sobre la admisibilidad de la petición.

Artículo 12. INVESTIGACIONES

- 1.- En los casos que La Junta de Libre Comercio decida abrir una investigación por posibles infracciones a las normas de la presente Ley, notificará al peticionante, a las personas que a su juicio tengan interés en dicha investigación y al Procurador General de la Nación.
- 2.- En el acto administrativo que decida sobre la admisibilidad de la petición, la Junta de Libre Comercio decretará las pruebas pedidas por solicitud de parte, así como las de oficio. Lo anterior, sin perjuicio de decretar la práctica de pruebas por una vez mas, con el fin de permitir la participación de terceros en la investigación y la aclaración de otros hechos que resulten relevantes para la misma.
- 3.- El período probatorio concluirá dentro del mes siguiente a la fecha de ejecutoria del acto administrativo que decide sobre la admisibilidad de la petición, después del cual las personas intervinientes y el Procurador General de la Nación contarán con un plazo de diez (10) días hábiles para hacer valer sus argumentos. Transcurrido el anterior período, la Junta de Libre Comercio tendrá un plazo de un (1) mes para resolver sobre la investigación e imponer las sanciones que ordena la presente Ley. Cuando la complejidad de la investigación lo exija y mediante decisión unánime motivada de los miembros de la Junta de Libre Comercio, ésta podrá ampliar hasta por tres (3) meses el plazo para resolver sobre la investigación respectiva.

- 4.- Contra la decisión de la Junta de Libre Comercio cabrá el recurso de reposición, el cual agota la vía gubernativa.

Artículo 13. FUSIONES Y ADQUISICION DE CONTROL DE EMPRESAS.

- 1.- El Gobierno reglamentará que fusiones entre empresas y que adquisiciones del control de empresas requieren la aprobación previa de la Junta de Libre Comercio de Comercio.

Mientras el Gobierno Nacional emite el reglamento correspondiente al presente artículo, toda negociación a cualquier título y de cualquier índole entre personas naturales o jurídicas, que implique la fusión de empresas, compra de una empresa o de sus activos, o la obtención del control de una empresa o de los bienes y servicios que esta produce o presta, cuando el volumen total de los negocios anuales (incluidas las exportaciones) a nivel nacional del conjunto de empresas involucradas exceda de cien mil (100.000) salarios mínimos mensuales, se requerirá aprobación previa de la Junta de Libre Comercio. Se exceptúan de lo anterior las negociaciones que haya aprobado la Superintendencia Bancaria cuando todas las empresas involucradas están sometidas a su vigilancia.

- 2.- Cuando se requiera la aprobación previa de que trata este artículo, antes de que una negociación pueda producir efectos jurídicos frente a terceros, los interesados deberán presentar una solicitud a la Junta, en cualquier momento durante las negociaciones pero en todo caso antes de transcurridos tres (3) días de concluidas las mismas,

acompañada de toda la información que establezca La Junta de Libre Comercio sea requerida para dar trámite a estas solicitudes.

- 3.- Se entenderá que la Junta de Libre Comercio aprueba la negociación correspondiente si transcurrido un mes desde la fecha de presentación de la solicitud pertinente la Junta de Comercio no hubiere emitido pronunciamiento alguno al respecto.
- 4.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud correspondiente ante la Secretaría de la Junta de Libre Comercio, esta última solicitará a quien formuló la solicitud cualquier información o documentación que fuere necesaria para su estudio. La Junta de Libre Comercio podrá convocar a terceros interesados o permitir que estos se hagan parte dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria del acto administrativo que decida sobre la admisibilidad de la solicitud.
- 5.- En el acto administrativo que decida sobre la admisibilidad de la solicitud, la Junta de Libre Comercio decretará las pruebas pedidas por solicitud de parte, así como las de oficio. Lo anterior, sin perjuicio de decretar la práctica de pruebas por una vez mas, con el fin de permitir la participación de terceros y la aclaración de otros hechos que resulten relevantes.
- 6.- El período probatorio concluirá dentro del mes siguiente a la fecha de ejecutoria del acto administrativo que

decide sobre la admisibilidad de la solicitud, después del cual las personas intervinientes contarán con un plazo de diez (10) días hábiles para hacer valer sus argumentos. Transcurrido el anterior período, la Junta de Libre Comercio tendrá un plazo de un (1) mes para resolver sobre la solicitud. Cuando la complejidad de la investigación lo exija y mediante decisión unánime motivada de los miembros de la Junta de Libre Comercio, ésta podrá ampliar hasta por tres (3) meses el plazo para resolver sobre la solicitud respectiva.

- 7.- Contra la decisión de la Junta de Libre Comercio cabrá el recurso de reposición, el cual agota la vía gubernativa.
- 8.- Se entenderá que la Junta de Libre Comercio aprueba la negociación correspondiente si esta no notifica su improbación dentro de los plazos establecidos en este artículo.
- 9.- La Junta de Libre Comercio aprobará las negociaciones excepto en aquellos casos en los que se afectarían la libre competencia en los mercados de bienes y servicios.

Artículo 14. CONSULTAS

Cuando se haga una consulta en concreto, siempre y cuando esta contenga toda la información necesaria para que La Junta de Libre Comercio de Comercio pueda analizar correctamente el caso consultado, la Junta de Libre Comercio no podrá en el futuro dictaminar que se han infringido normas de la presente Ley si

ha resuelto afirmativamente la consulta, afirmando que lo consultado no infringe las normas de la presente Ley.

No obstante lo anterior, consultas con información parcial, hechos o situaciones no tratados en la consulta o posteriores a la misma y que afecten la libre competencia o de alguna manera violen disposiciones de la presente Ley, podrán ser investigadas y sancionadas por La Junta de Libre Comercio.

Artículo 15. RECURSOS

Contra los actos de la Junta de Libre Comercio procede únicamente el recurso de reposición, el cual agota la vía gubernativa. Contra el recurso de reposición proceden las acciones contenciosos-administrativas pertinentes ante el Consejo de Estado, el cual decidirá en única instancia.

Artículo 16. SANCIONES Y OTRAS MEDIDAS.

- 1.- Las infracciones a las normas de la presente Ley podrán ser sancionadas hasta con el diez por ciento (10%) del volumen total de negocios anuales de cada una de las personas que han violado la Ley. Cuando la violación se produjo conjuntamente por más de una persona, las sanciones se determinarán para cada una en función de su volumen total de negocios anuales.

Las sanciones se establecerán prudencialmente según sea la capacidad económica del infractor y la gravedad de la infracción.

2.- Cuando se comprueben actos o situaciones violatorias a la presente Ley, la Junta de Libre Comercio podrá, adicionalmente, tomar las siguientes medidas con el objeto de que cese la infracción o que no se repita en el futuro:

- a) Ordenar la modificación, disolución o venta del interés social o acciones de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas que hubieren intervenido en las violaciones a las normas de la presente ley.
- b) Declarar la inhabilidad temporal de los responsables de las violaciones a las normas de la presente ley, para ocupar cargos directivos en personas jurídicas o en entidades profesionales o gremiales hasta por cinco (5) años.
- c) Ordenar la intervención de las Superintendencias de Sociedades o Bancaria, según sea el caso, en la administración de la empresa.
- d) Dictar instrucciones de carácter general a las cuales deberán ajustarse las personas naturales o jurídicas, para evitar atentar contra la libre competencia.
- d) Tasar y ordenar la indemnización de las personas afectadas que la Junta de Libre Comercio identifique, de los daños y perjuicios causados por las infracciones a la presente Ley.

Las medidas establecidas en los literales a), b) y c) se tomarán prudencialmente teniendo en cuenta la gravedad de la infracción.

- 3.- Cuando La Junta de Libre Comercio solicite la intervención de personas según lo dispuesto en la presente Ley, y ésta no se presente o no presente oportunamente la información solicitada, se podrán imponer sanciones a las personas de hasta diez (10) salarios mínimos mensuales por cada día de demora en satisfacer las solicitudes la Junta de Libre Comercio.
- 4.- Las sanciones que establezca La Junta de Libre Comercio serán a favor del Tesoro Nacional.

PARAGRAFO: Para efectos de la presente ley, se entiende por volumen total de los negocios anuales, la suma de los ingresos brutos por todo concepto, los dineros de terceros y cualesquieras otras sumas de dinero manejadas por las personas involucradas.

Artículo 17. DECISIONES DE LA JUNTA DE LIBRE COMERCIO

Las decisiones de la Junta de Libre Comercio se tomarán por mayoría de votos de por lo menos dos (2) árbitros.

El incumplimiento de los plazos establecidos en la presente Ley por los miembros de la Junta de Libre Comercio y de los funcionarios de la Unidad de Comercio, constituirá causal de mala conducta.

Artículo 18. DEROGATORIAS

Derógase la Ley 155 de 1959 y todas las demás normas que le sean contrarias a la presente Ley.

Artículo 19. VIGENCIA

La presente Ley rige a partir de los tres (3) meses de su promulgación.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS
PROYECTO DE LEY SOBRE LA PROMOCION DE LA LIBRE COMPETENCIA

Introducción:

La teoría económica ha demostrado que en una economía de mercado la competencia garantiza la eficiencia. Para lograr dicha eficiencia en una economía de mercado se ha considerado útil desarrollar normas legales que sancionen las prácticas que pueden llevar a restringir la competencia.

En una economía cerrada se pueden dar muchas circunstancias en que uno o varios empresarios pueden acordar políticas que restringen la competencia. Las normas que prohíben esas prácticas, por lo tanto, han sido importantes en economías cerradas. La tradición anti-trust de Estados Unidos se justificaba debido a que hasta hace poco el tamaño y productividad de la economía norteamericana la hacía funcionar como una economía cerrada.

En economías abiertas, en que el comercio internacional es una alta proporción del PIB, las leyes antimonopolio no han sido importantes, pues la competencia la garantiza el comercio internacional.

La apertura reciente de la economía colombiana también hace difícil las prácticas monopólicas por parte de las empresas que producen bienes comercializados internacionalmente. Ante la apertura, las empresas que dominan la producción en un sector no pueden actuar como monopolistas, pues el comercio

internacional las fuerza a actuar competitivamente. En ese caso la posición dominante local no implica existencia de monopolio.

Las normas sobre promoción de la competencia deben por lo tanto cubrir los sectores productores de bienes y servicios no comercializados internacionalmente, donde es el comercio internacional el que garantiza que una o más personas no puedan afectar la libre competencia. También deben cubrir los casos en que se limita la competencia externa.

Practicas anti-competencia en economías abiertas

En una economía abierta de tamaño pequeño, como la colombiana, no es fácil actuar como monopolistas si se mantiene abierta la posibilidad de importar.

Sin embargo, la legislación debería sancionar prácticas que limiten la competencia externa. Ese sería el caso de acuerdos de distribución que le den exclusividad a un solo distribuidor.

Se deberá sancionar a quienes acuerdan fijar precios. También se debe regular la creación de posiciones dominantes en sectores que producen bienes y servicios que no se comercian internacionalmente. Ese sería el caso de algunos tipos de servicios, y de industrias que tienen protección natural por altos costos de transporte.

La vigilancia de las prácticas de fijación de precios se debe concretar a investigar sectores donde no hay comercio internacional.

Regulación y prácticas monopólicas

Una gran parte de las prácticas monopólicas se deben a reglamentaciones estatales que facilitan la creación de monopolios y posiciones dominantes. Las reglamentaciones de entidades estatales frecuentemente le dan privilegios a particulares que crean condiciones de monopolio. El estado debe revisar de manera permanente todas las regulaciones que crean estas condiciones. Adicionalmente, se deberían establecer mecanismos que hagan posible a cualquier individuo solicitarle a la entidad encargada de vigilar el mantenimiento de las condiciones de competencia que estudie y derogue, si fuera del caso, las reglamentaciones estatales que limitan la competencia.

Mecanismo institucional

El mecanismo institucional que se establezca para investigar las prácticas anti-competencia debe tener la facultad de sancionar dichas prácticas, y las sanciones deben ser de tal naturaleza que se constituyan en un disuasivo efectivo.

Para que el sistema de sanciones sea efectivo, el organismo debe poder concentrarse en aquellos casos que sirvan como ejemplo disuasivo, y podrá decidir no investigar otros casos. El organismo también deberá tener la facultad de tramitar consultas sobre acciones que puedan interpretarse como tendientes a la creación de una posición dominante. Si dichas acciones se prueban en principio, el organismo se abstendrá en el futuro de argumentar la existencia de posición dominante.

Sin embargo, no se está creando un nuevo andamiaje burocrático que establece vistos buenos, requisitos o trámites previos, que en vez de fomentar la libre competencia y proteger al consumidor, podría afectar la productividad y eficiencia de los mercados de bienes y servicios. No es una Ley que busca establecer controles formales; la Ley busca analizar la realidad de los efectos económicos de como se manejan y comportan los mercados de bienes y servicios.

Proyecto de Ley

El Proyecto de Ley que se presenta a continuación se ajusta a los principios generales aquí resumidos.

Bases Constitucionales.

La Constitución Política de 1991 trata en diferentes artículos los temas de la libre competencia, los monopolios, el abuso de la posición dominante y la protección a ciertos mercados.

Los siguientes son algunos de los artículos donde se tratan estos temas:

Artículo 61 Se establece la protección a la propiedad intelectual.

Artículo 75 Se establece que se evitarán las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético.

- Artículo 78** Se establece que la Ley regulará la calidad de los bienes y servicios y la información al consumidor; se establecen responsabilidades en la producción y comercialización de bienes y servicios.
- Artículo 84** Se establece que existiendo reglamentación general, las autoridades no pueden exigir permisos, licencias o requisitos adicionales.
- Artículo 88** Se establece que la Ley regulará las acciones populares para la protección de la libre competencia económica.
- Artículo 333** Se establece el derecho a la libre competencia económica, la facultad legal de impedir la obstrucción o restricción a la libertad económica y el control al abuso de las posiciones dominantes de mercado; se establece que para la actividad económica y la iniciativa privada no se podrán exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la Ley.
- Artículo 336** Se establece, en los monopolios autorizados, que el gobierno enajenará o liquidará empresas monopolísticas cuando no se cumplan los requisitos de eficiencia determinados por la Ley.

Artículo 369 Se establece que la Ley determinará los derechos de los usuarios y la fiscalización de las empresas estatales de servicios públicos.

Con el Proyecto de Ley que se presenta, se pretende regular el conjunto de artículos de la Constitución sobre el tema, de tal forma que se ofrezca una verdadera y eficaz protección a los consumidores.

La Ley tiene en cuenta los distintos principios constitucionales que, a primera vista, parecerían ser contradictorios. Mientras los derechos a la propiedad intelectual, la protección de áreas de desarrollo de interés social y los monopolios legales de hecho afectan la libre competencia y la libertad de mercados, sí es posible tener en cuenta como estos son factores positivos de interés nacional en el desarrollo de la economía y del país. Pero, en ningún momento se puede interpretar que la Constitución quiso permitir normas de excepción sin limitaciones; así, los perjuicios que podrían crear podrían sobrepasar los factores positivos que justifican las normas de excepción, desvirtuando su razón de ser. Una interpretación armónica de todas las normas de la Constitución permite controlar los mercados de excepción, evitando situaciones de abuso.

CAPITULO I

En el capítulo I del Proyecto de Ley se definen los actos que son objeto de la misma. Lo establecido en este capítulo incluye conceptos que son aceptados mundialmente como prácticas que

afectan la libertad económica, la iniciativa privada, la libre competencia y los intereses de los consumidores.

En los primeros dos artículos se define la libre competencia y lo que constituyen infracciones a ella.

Artículo 1.

Se establece que pueden ser violatorios de la libre competencia actos que se pueden ejecutar individualmente o conjuntamente. Es necesario recalcar que la libre competencia se tiene que ver afectada para que se produzca un acto punible.

Se establece que, en adición a los acuerdos concretos entre personas, las prácticas concertadas que se pueden demostrar por el comportamiento individual pero similar de dos o más personas, sin que sea necesario probar la existencia de un convenio o acuerdo, pueden afectar la libre competencia.

Se establece que las violaciones a las normas de libre competencia serán sancionables con multas, sin que esto precluya las otras acciones que la Junta de Libre Comercio, creada por esta Ley, puede tomar para evitar que continúen o recurran las situaciones que afectan la libre competencia.

Al hablar de "los mercados internos" se entiende que el país no es un solo mercado. La topografía, por ejemplo, puede crear mercados regionales; mientras puede existir verdadera libre competencia en un mercado, en otro, una o más personas pueden estar afectándolo.

Artículo 2.

En este artículo se dan ejemplos de situaciones que afectan la libre competencia; estos incluyen acuerdos sobre distribución, de producción, sobre precios o sobre territorios.

Al igual que en el artículo anterior, se establece que los actos son contrarios a la Ley cuando efectivamente impiden la libre competencia. El que se de un hecho por sí solo, como sería una reducción en los niveles de producción de una planta, no necesariamente es contrario a la Ley; tiene que existir no solo la intención sino también un efecto adverso sobre la libre competencia.

Artículo 3.

Es necesario reconocer que hay situaciones donde sin la colaboración de más de una persona o empresa no se pueden obtener beneficios para la comunidad. Vale la pena ilustrar el punto con ejemplos:

- En la industria del petróleo es muy común el diluir el riesgo de exploración desarrollando los contratos de asociación entre más de una empresa. Además, no sobra recordar que la misma existencia de los contratos de asociación es la de trasladar el riesgo de exploración de Ecopetrol a las demás empresas.
- En la industria del seguro, los coaseguros y reaseguros también son vehículos para trasladar y atomizar los riesgos.

En ambos casos, de no existir la posibilidad de celebrar los acuerdos, el mercado resultante sería menor y no estaría en igual capacidad de satisfacer sus necesidades.

Otra situación que se podría presentar, como se ha presentado en países desarrollados, es la necesidad de llevar a cabo investigación científica conjunta, cuando esta es de muy alto costo y cuando existe gran incertidumbre sobre sus resultados.

Esta norma permite acuerdos cuando sin ellos no es posible producir ciertos beneficios al mercado.

El segundo numeral del artículo consagra, entre otros, la protección a la propiedad intelectual. De hecho, las normas sobre esta materia son limitantes a la libertad de mercados, pero su protección está consagrada en la Constitución Política.

Artículo 4.

Uno de los grandes desarrollos en la legislación y doctrina internacional de las llamadas políticas anti-monopolios ha sido el control al abuso de la posición dominante.

Este artículo permite controlar el abuso de la posición dominante.

Artículo 5.

Aunque están permitidos los monopolios autorizados constitucionalmente, esta autorización no es ilimitada ni se puede abusar de ella.

Artículo 6.

En los mercados se dan lo que se han llamado los "Grupos" económicos. Sin embargo, las definiciones tradicionales de vinculación económica pueden no cubrir todas las empresas que componen un grupo; a vía de ejemplo, se puede pensar en 6 personas no emparentadas que deciden organizar un grupo empresarial a través de 3 sociedades, cada una de ellas con 2 de las personas como socias, sociedades las cuales a su vez tienen, con igual participación, una infinidad de sociedades adicionales. En las definiciones tradicionales, no existiría en este ejemplo una vinculación que conforme un "Grupo" para efectos legales.

Con la definición de "Control" de empresas aquí establecida, mirando la realidad económica y administrativa de un conjunto de personas naturales y/o jurídicas se puede establecer cuando existe un "Grupo" para efectos legales.

Esta definición es importante para la aplicación de todas las normas sobre libre competencia, en especial las de abuso de una posición dominante y las de fusiones.

Artículo 7.

Frecuentemente no se mira sino la realidad formal de una situación. En la aplicación de esta Ley se busca que siempre sea factor determinante la realidad de la situación del mercado que se está analizando, es decir la realidad económica frente a los mercados de bienes y servicios

CAPITULO II

Artículo 8.

El mecanismo institucional que crea la Ley para el control de las normas de libre competencia es una nueva unidad que hace parte del Departamento Nacional de Planeación, DNP.

Se escogió el DNP como órgano encargado del control por su visión de conjunto y por ser posible requerirse acciones en cualquier frente de la economía nacional.

Artículo 9.

Dentro de la Unidad de Comercio que se crea, se establece una Junta de Libre Comercio. Es importante anotar que, por su composición, se caracterizará por una política estable en la interpretación de las normas, asegurando que se mire siempre la realidad económica de los asuntos que le competen y no que se miren simplemente desde un punto de vista formalista.

Artículo 10.

Las funciones de la Junta de Libre Comercio son las siguientes:

- Recibir peticiones, quejas, de estudio sobre posibles infracciones a las normas sobre promoción de competencia, escoger cuales casos investiga y producir los fallos correspondientes, imponiendo sanciones y tomando las medidas necesarias para proteger el mercado.

- De los casos que le tienen que ser notificados, estudiar y aprobar o improbar los proyectos de fusión que le sean presentados.
- Resolver consultas sobre las normas de promoción de la competencia.
- Recibir quejas sobre posibles actos administrativos contrarios a las normas de promoción de la competencia y, en los casos que decida analizar, producir el fallo de primera instancia correspondiente.

CAPITULO III

Artículos 11. y 12.

Estos artículos establecen los procedimientos para el recibo de peticiones y el manejo de las investigaciones hasta que se produzca un fallo por la Junta.

Artículo 13.

La fusión de empresas, y la adquisición de control de empresas, requieren de aprobación previa de la Junta de Libre Competencia en los casos que se reglamenten. Sin embargo, se establece que mientras no se reglamente otra cosa, requieren aprobación previa las fusiones de empresas cuyos negocios totales anuales excedan una cifra que en 1991 es de algo mas de 5 mil millones de pesos (la cifra se establece en función de un número de salarios mínimos), pero que no requieren de trámite los negocios que apruebe la Superintendencia Bancaria.

La Junta no tiene que estudiar todas las solicitudes que le sean presentadas; las que no estudie se entenderán aprobadas. Reconociendo que es necesario poder concluir una negociación de fusión en tiempo razonable, se establecen plazos máximos para que la Junta resuelva las solicitudes. Cuando no se cumplan los plazos, se entenderán aprobados los negocios.

Artículo 14.

Cuando se haga una consulta concreta con información completa que sea resuelta por la Junta, se podrá tener seguridad de que no se podrá ser juzgado en el futuro como infractor de las normas de promoción a la competencia.

Artículo 15.

Contra las decisiones de la Junta solo procede el recurso de reposición, el cual agota la vía gubernativa; se establece que en lo contencioso-administrativo solo procede el recurso de apelación ante el Consejo de Estado.

Artículo 16.

Con respecto a las multas y medidas complementarias que puede imponer y tomar la Junta, se otorga total amplitud, siendo posible llegar a sanciones realmente severas. Teniendo en cuenta que se busca que la Junta sea selectiva en los casos que estudia y que los fallos sean ejemplarizantes, esto es necesario. Sin embargo, se establece que las sanciones y otras medidas se deben graduar, guardando proporción con la gravedad de las infracciones.

Artículo 17.

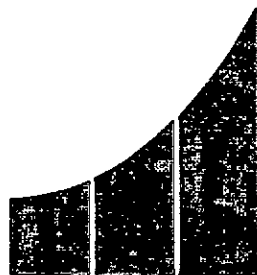
La norma estable que las decisiones de la Junta se tomarán por la decisión mayoritaria de por lo menos dos árbitros.

Artículo 18.

Por considerar que el tema de la libre competencia se regula íntegramente en este proyecto, se establece en especial que se deroga la Ley 155 de 1959.

Artículo 19.

Teniendo en cuenta que de ser aprobada la Ley, el DNP necesita un plazo razonable para establecer y poner en funcionamiento la Unidad de Comercio, la Ley no entrará en vigencia sino a los tres meses de promulgada.



FEDESARROLLO

FUNDACION PARA LA EDUCACION SUPERIOR Y EL DESARROLLO

FEDESARROLLO es una entidad colombiana, sin ánimo de lucro dedicada a promover el adelanto científico y cultural y la educación superior, orientándolos hacia el desarrollo económico y social del país.

Para el cumplimiento de sus objetivos, adelantará directamente o con la colaboración de universidades y centros académicos, proyectos de investigación sobre problemas de interés nacional.

Entre los temas de investigación que han sido considerados de alta prioridad están la planeación económica y social, el diseño de una política industrial para Colombia, las implicaciones del crecimiento demográfico, el proceso de integración latinoamericana, el desarrollo urbano y la formulación de una política petrolera para el país.

FEDESARROLLO se propone además crear una conciencia dentro de la comunidad acerca de la necesidad de apoyar a las Universidades colombianas con el fin de elevar su nivel académico y permitirles desempeñar el papel que les corresponde en la modernización de nuestra sociedad.