

## **DEL RIESGO MORAL EN LA RELACION DE LAS GRANDES SUPERFICIES Y LOS PRODUCTORES<sup>1</sup>**

ANDRÉS FELIPE YÁÑEZ TORRES\*

### RESUMEN

Las grandes superficies (en adelante GS) comercializan dos tipos de productos, los que llevan sus marcas propias (productos blancos) y los que llevan las marcas tradicionales de los productores. Por ello, las GS compiten con los productores a la vez que se obligan con estos a comercializar sus mercancías. Esta situación representa un potencial conflicto de intereses, específicamente un riesgo moral, por cuanto las GS podrían tomar ventaja en detrimento de los intereses de los productores. Este escrito pretende mostrar cómo afrontar este riesgo desde el derecho de la competencia.

- 
1. Este artículo es una versión abreviada del trabajo de grado para optar por el título de abogado elaborado por el autor con el mismo título presentado en septiembre del 2012 en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, bajo la dirección del doctor ANDRÉS PALACIOS LLERAS.

**Palabras claves:** Riesgo Moral, Marca Propia, Gran superficie y Productor.

## ***MORAL HAZARD IN THE RELATIONSHIP BETWEEN RETAIL STORES AND PRODUCERS***

*Resume*

*The Retail Stores (RS) sell two kind of products, those that bring their own brand (private label) and those with traditional leading brands of the market. Therefore, the RS compete with the producer of traditional brands and at the same time make deals with them to commercialize their products. This situation represents a potential conflict of interest, specifically a moral hazard because the RS can take advantage and act in detriment of producers' interests. The purpose of this dissertation is to propose how to handle this moral hazard from the point of view of competition law.*

**Key words:** Moral Hazard, Own Brands (Private Labels), Retail Stores, Producer.

### INTRODUCCIÓN

En la actualidad, las grandes superficies (en adelante GS), que son las empresas que venden bienes de consumo masivo a gran escala como Éxito, Olímpica, La 14, Alkosto y Carrefour<sup>2</sup>, se encuentran ganando espacio en el mercado colombiano con productos

---

2. Circular única 2001 (Superintendencia de Industria y Comercio). Circular Única. 19 de julio del 2001. Título II numeral 2.11.1.

que llevan sus marcas propias (productos blancos). Las marcas propias son los signos implementados por las GS para distinguir en el mercado los bienes y servicios que solo son comercializados en sus tiendas y normalmente se caracterizan por su bajo costo.<sup>3</sup> Mientras que los bienes y servicios que llevan las marcas propias de las GS han aumentado su participación, las mercancías y los servicios de los productores<sup>4</sup> que tradicionalmente dominaban estos mercados, han ido perdiendo posición.

Los productores contratan con las GS para que vendan sus mercancías; esta relación entraña un problema de riesgo moral (RM en adelante), el cual existe cuando el encargado de una tarea tiene la posibilidad de aumentar su beneficio a costa del beneficio de la persona que le ha encargado la tarea. Julián Arévalo y Jair Ojeda afirman que:

“Una situación de riesgo moral se presenta cuando, una vez establecido un contrato entre un principal y un agente, el primero no puede controlar las acciones del segundo ni ciertos aspectos del entorno... Si el agente acepta, se compromete a hacer un esfuerzo, que el principal no puede verificar... El principal observa los resultados pero no puede determinar el nivel de esfuerzo del agente... El problema de riesgo moral surge del conflicto de intereses entre principal y agente: para el principal, el pago es un costo, para el agente un ingreso. De forma análoga, al principal le interesa que el agente haga un gran esfuerzo mientras que a éste le interesa minimizar su esfuerzo...”<sup>5</sup>

- 
3. GARY DAVIES. *The Two Ways in Which Retailers can be Brands*. International Journal of Retail & Distribution Management. 1992. Vol. 20. P2.
  4. Decreto 3466 de 1982. Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones. Diciembre 2 de 1982. Derogado por la Ley 1480 de 2011. “Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones.” Octubre 12 de 2011.
  5. JULIÁN ARÉVALO B. & JAIR OJEDA J. *Riesgo Moral y Contratos: Cierta Evidencia Experimental*. Universidad Externado Revista de Economía Institucional. Primer semestre del 2004. At 49.

El negocio de las GS consta de dos tipos de actividades, a saber: 1) vender los bienes de los productores, y 2) vender bienes que llevan sus marcas propias; es decir, las GS apoyan y a la vez compiten con los productores, lo cual genera un RM fuerte<sup>6</sup>.

El RM que estudiaremos es particularmente fuerte, debido a que las GS gozan de una posición de dominio<sup>7</sup> en la comercialización de bienes de consumo masivo y el beneficio que pueden llegar a obtener en la venta de los productos blancos es alto; en consecuencia, debe ser regulado<sup>8</sup> para que el vínculo entre productores y GS sea eficiente.

## 1. EL PROBLEMA JURÍDICO

El propósito de este escrito es determinar, **¿Cómo prevenir y administrar el riesgo moral entre productores y grandes superficies, cuando este se concreta en un daño?** Para abordar este problema analizaremos: los derechos, obligaciones, cargas y deberes de las partes y las normas que pueden ser aplicables al caso, con el fin de proponer como se debe regular y administrar el RM de la relación.

## 2. LA RELEVANCIA DE RESOLVER ESTA PREGUNTA

La relevancia de resolver esta pregunta radica en que las GS son el principal medio de comercialización de productos de consu-

---

6. VICTORIA DASKALOVA. *Private labels (Own Brands) in the Grocery Sector: Competition Concerns and Treatment in EU Competition Law*. Tilburg University. Enero 9 de 2012. At 1.

7. Mas adelante expondremos porque consideramos que tienen una posición de dominio.

8. Un ejemplo de regulación del riesgo moral se ve en los artículos 2170 y 2171 del Código Civil. Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Arts. 2170 y 2171 y ss. Abril 15 de 1887 (Colombia).

mo masivo para compradores finales que se abastecen por lapsos superiores a un día, y que tienen una capacidad adquisitiva alta, por otra parte las marcas propias han llegado a tener el 50% de la participación en algunos mercados europeos<sup>9</sup> y en Colombia se ha ido expandiendo<sup>10</sup>.

Por otro lado, Debemos advertir que el problema de RM conlleva a una asignación ineficiente de recursos<sup>11</sup>, genera efectos negativos en la manera en la que se desarrolla la competencia entre los agentes<sup>12</sup>, frena la inversión<sup>13</sup> y entre otras consecuencias negativas.

Ahora bien, el RM expuesto puede administrarse por medio de contratos, dando aplicación a las normas del derecho de la competencia o ambas. Con los contratos el RM se puede administrar especificando los deberes secundarios de conducta, estímulos y cláusulas penales. Desde el derecho de la competencia las GS se encuentran en la posibilidad de incurrir en actos contrarios a la libre competencia<sup>14</sup>, actos de competencia desleal<sup>15</sup>, o de abuso de la posición dominante<sup>16</sup> al celebrar o ejecutar los contratos o en el transcurso de sus actividades, motivos por los cuales se podrían aplicar las normas que regulan la materia.

---

9. Ver <http://www.fenalco.com.co/contenido/5>

10. Ver <http://www.fenalco.com.co/contenido/3134>

11. TOM BAKER. *The Genealogy of Moral Hazard*. Texas Law Review. Diciembre de 1996. At 242.

12. JUAN JORGE ALMONACID SIERRA & NELSON GERARDO GARCÍA LOZADA. *Derecho De La Competencia*. Pág. 26. Ed., Legis. (1998).

13. ROBERT COOTER & THOMAS ULEN. *Derecho y economía*. Pág. 238. Ed., Fondo de Cultura Económica. (1998).

14. Decreto 2153 de 1992 (con fuerza de ley). “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”. Art 48. Diciembre 30 de 1992. D. O. No. 40.704.

15. Ley 256 de 1996. Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. Arts. 7 -19. Enero 15 de 1996. D. O. No. 42.692.

16. Decreto 2153 de 1992 (con fuerza de ley). “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y 15. se dictan otras disposiciones”. Art 50. Diciembre 30 de 1992. D. O. No. 40.704.

Para desarrollar el problema jurídico planteado anteriormente, describiremos cómo es la relación entre las GS y los productores; luego definiremos qué es el RM y cómo se da en la relación analizada. Luego, haremos un análisis de la interpretación, aplicación y soluciones que brindan las normas al RM que se da en esta relación. Finalmente, se concluirá con la presentación de la posición personal del autor.

## II. DESCRIPCIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICA Y COMERCIAL

En este capítulo se describe la relación jurídica y comercial que existe entre las GS y los productores, para dar al lector una idea general del contrato que se celebra, los derechos y obligaciones existentes y lo que se acostumbra.

### 1. EL CONTRATO

<b>Cuadro I</b> <b>El contrato de consignación</b>	
Definición	“una persona, denominada consignatario, contrae la obligación de vender mercancías de otra, llamada consignante, previa la fijación de un precio, que aquél debe entregar a éste. El consignatario tendrá derecho a hacer suyo el mayor valor de la venta de las mercancías y deberá pagar al consignante el precio de las que haya vendido o no le haya devuelto al vencimiento del plazo convenido, o en su defecto, del que resultare de la costumbre.” <sup>17</sup> . En la definición se habla de dos partes, una llamada consignante <sup>18</sup> , que en este caso es el productor y otra llamada consignatario <sup>19</sup> que es la GS.

*(Continúa)*

17. Código de Comercio (CCO). Decreto 410 de 1971. Arts. 1377. 16 de junio de 1971 (Colombia).

18. JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR. Contratos mercantiles. Tomo II. Pág. 419. Ed., Biblioteca Jurídica (2008).

19. Id.

*(Continuación)*

Características del contrato	Es un contrato típico <sup>20</sup> , bilateral <sup>21</sup> , oneroso <sup>22</sup> , conmutativo <sup>23</sup> , principal <sup>24</sup> y consensual <sup>25</sup> ,
Elementos esenciales <sup>26</sup>	Precio de venta de la mercancía, remuneración del consignatario, la mercancía, no se transfiere el dominio de la mercancía.
Elementos de la naturaleza	Si no se dice cuál es el precio, se entiende que es el que se acostumbra, el riesgo de pérdida de la cosa es del consignante, la comisión del consignatario es la usual en caso de que no se pacte, el consignatario puede vender el bien por un precio mayor al pactado.
Elementos accidentales	ubicación especial de los productos en las góndolas, promociones, mercadeo, etc.

## 2. DESCRIPCIÓN DE LAS ACTUACIONES DE LAS GS Y LOS PRODUCTORES EN LA RELACIÓN.

<b>Cuadro II</b> <b>Descripción de las actuaciones de las grandes superficies y los productores en la relación<sup>27</sup></b>	
Pago	Se hace según el caso en determinados plazos como por ejemplo, 30, 60 y 90 días.

*(Continúa)*

20. Laudo Arbitral. MIGUEL ÁNGEL PRADA SEPÚLVEDA vs. SUPERVIEW S.A. HUMBERTO MORA OSEJO, presidente—CARMENZA MEJÍA MARTÍNEZ, árbitro—NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA, árbitro. ROBERTO AGUILAR DÍAZ, secretario.
21. CARLOS ALBERTO GHERSI. Contratos Civiles y Comerciales. Tomo I. Pág. 91. Ed., Astrea. (1999).
22. Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Art. 1497 y ss. Abril 15 de 1887 (Colombia).
23. Id. Art. 1498.
24. Id. Art. 1499.
25. Id. Art. 1500.
26. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Tercera Sub Sección B. Proceso 2002-2335. (M.P. RAMIRO PAZOS GUERRERO).
27. Resolución 24180 de 2002 (Superintendencia de Industria y Comercio). Por la cual se abre una investigación. Superintendencia de Industria y Comercio. 29 de julio de 2002.

*(Continuación)*

Ubicación en las góndolas	La ubicación en las góndolas es decidida según el producto, lo mucho que se venda (rotación), la rentabilidad y el precio que esté dispuesto a pagar el productor para que su producto sea ubicado <sup>28</sup> .
Promoción y mercadeo	Normalmente las GS y los productores acuerdan que estos estarán a cargo del productor, las GS suelen solicitar promociones tales como las muestras gratis y así mismo, algunas veces las GS desarrollan promociones ellas mismas <sup>29</sup> .

### 3. DESARROLLO DE LA RELACIÓN ENTRE LAS GRANDES SUPERFICIES Y LOS PRODUCTORES DE LAS MERCANCÍAS QUE LLEVAN SUS MARCAS PROPIAS

A continuación estudiaremos cómo es la relación de las GS y las empresas que manufacturan los productos blancos, las cuales se conocen como maquilas<sup>30</sup>. Es relevante comprender como se desarrolla esta relación, debido a que el RM se muestra con mayor potencialidad de daño por la existencia de estos productos. Los productos blancos son los bienes que comercializan las GS en sus propios almacenes y en ningún otro, bajo marcas establecidas por las mismas GS, las cuales, algunas veces, coinciden con el nombre del almacén. Estos productos regularmente son bienes que no contienen un mayor valor agregado, es decir, son productos básicos, con características generales que no los distinguen de las mercancías con las cuales compete.

28. [http://movil.larepublica.com.co/archivos/CONSUMO/2011-07-09/gondolas-la-innovacion-es-determinante\\_132647.php](http://movil.larepublica.com.co/archivos/CONSUMO/2011-07-09/gondolas-la-innovacion-es-determinante_132647.php) (15 de enero del 2012).

29. Resolución 06446 de 2011 (Superintendencia de Industria y Comercio). Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar. 11 de febrero de 2011.

30. JORGE LUDLOW WIECHERS & JUAN RAMIRO DE LA ROSA MENDOZA. *Las Exportaciones de Maquila en México y el Vínculo con las Importaciones de EUA*. Universidad Autónoma Metropolitana De México Análisis Económico. Primer Cuatrimestre de 2009. At 157.



Las GS no manufacturan los productos blancos; son empresas distintas e independientes las que los fabrican y posteriormente los venden a las GS, en este caso, el pago tiene lugar al momento de la celebración del contrato. Las GS ubican los productos blancos dentro de sus instalaciones, en principio, de la misma forma en que ubican los bienes de los productores con quienes compite. Debido a que estos productos son de las GS, su mercadeo y promoción se encuentran en cabeza de ellas.



La anterior imagen muestra como el café de la GS Carrefour (Grandes Superficies de Colombia S.A.) es producido por Casa Luker<sup>31</sup>.

Para concluir este capítulo, debemos decir que la existencia de las marcas propias permite que el consumidor tenga un mayor campo de elección, ya que en el mercado hay una mayor oferta de productos y marcas<sup>32</sup>. Por otra parte, las GS tienen economías de alcance<sup>33</sup> que les permite ser más eficientes en determinados

31. Reconocida empresa colombiana dedicada a la producción de alimentos a base de cacao y café
32. Esto es bastante discutido, pues hay quienes afirman que la existencia de los productos blancos hacen que haya menos variedad.
33. Una economía de alcance es aquella en virtud de la cual una empresa con determinado capital (dinero, tecnología, insumos y demás) y trabajo puede prestar una diversidad de productos o una diversidad de servicios.

puntos respecto de los productores. En relación con lo anterior, la sistematización de las GS<sup>34</sup> les permite obtener grandes cantidades de información<sup>35</sup>, la cual mejora la posibilidad de tomar decisiones eficientes, que conllevan a que obtengan una mayor utilidad y posiblemente una mayor satisfacción del consumidor.

#### 4. ANÁLISIS DEL DESARROLLO DE LAS RELACIONES

Se presenta una ventaja para la GS por el pago que hace cada 30, 60 o 90 días a los productores con los que celebra el contrato de consignación<sup>36</sup>. Podría afirmarse que las GS se están financiando con el dinero de los productores, ya que duran un tiempo con el, lo que les produce rendimientos y les da liquidez. Si el día 1 la GS recibe los bienes, desde el día 2 comienza a venderlos, es decir desde el día 2 obtiene dineros y dura con ellos hasta que termine el plazo. Por otra parte, es común encontrar que las GS ubican los productos blancos cerca de bienes “Premium” de los productores<sup>37</sup>.

---

34. Tecnologías tales como los Códigos de barras, maquinas registradoras, lectura laser, entre otras.

35. Por ejemplo la “tarjeta puntos” le permite conocer las preferencias de un consumidor, donde, como, cuando se abastece.

36. Resolución 24180 de 2002 (Superintendencia de Industria y comercio). Por la cual se abre una investigación. 29 de julio del 2002.

37. ARIEL EZRACHI. *Unchallenged Market Power? The Tale Of Supermarkets, Private Labels And Competition Law*. The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy. Diciembre 17 del 2009. At 7.



En la anterior fotografía podemos ver como una GS acomoda sus productos blancos de panadería al lado de una marca reconocida y considerada “Premium” como lo es Bimbo. Hay quienes afirman que las GS de esta forma, logran hacer creer a la gente que la calidad y las características de su producto son similares a la del producto “Premium” (debido a que se encuentran juntos). Esto evidencia una situación mediante la cual se induce al consumidor para que haga comparaciones<sup>38</sup> que pueden ser erradas.

### III. EL RIESGO MORAL EN LA RELACIÓN

A continuación se explicará qué es el RM, en qué situaciones surge, las consecuencias negativas que conlleva, las soluciones que se pueden dar para evitarlas, cómo se puede administrar y de qué manera se presenta en la relación.

38. FELIPE MÁRQUEZ ROBLEDO. Apuntes Sobre Derecho Económico y Derecho de la Competencia. Pág. 129-169. Ed., Pontificia Universidad Javeriana Facultad De Ciencias Jurídicas. (2005)

## 1. ¿QUÉ ES EL RIESGO MORAL?

El RM es un problema de comportamiento que surge a raíz de una asimetría de la información. Se da en una relación en virtud de la cual una parte llamada el agente<sup>39</sup> debe cumplir con un servicio a favor de otra llamada principal<sup>40</sup> y en la prestación del servicio el agente tiene mayor información del negocio en comparación con la información que maneja el principal. El principal no tiene un medio idóneo para controlar y supervisar que la actuación del agente sea la más apropiada para el logro de sus intereses, esto le permite al agente actuar desconociendo sus deberes de conducta para obtener un mayor beneficio sin tener que responder por los daños que reciba el principal en virtud de dicho comportamiento.

### 1.1. CONSECUENCIAS DEL RIESGO MORAL EN MATERIA CONTRACTUAL

Definido que es el RM, pasamos a analizar cuáles son las consecuencias negativas que conlleva la existencia del RM, que son: tener que incurrir en costos para administrarlo, un posible estancamiento del comercio y posibles efectos sobre la competencia.

El principal, al enfrentar el RM debe incurrir en costos para administrarlo o deberá estarse a la posibilidad de que acaezcan algunas de las consecuencias del riesgo<sup>41</sup>. Si asume los costos que conlleva administrar este riesgo, estos se trasladarán al consumidor

---

39. Los economistas llaman agente al segundo jugador, quien controla los fondos del principal. ROBERT COOTER & THOMAS ULEN. Derecho y economía. Pág. 275. Ed., Fondo de Cultura Económica. (1998).

40. Los economistas llaman principal al primer jugador que arriesga sus fondos. ROBERT COOTER & THOMAS ULEN. Derecho y economía. Pág. 275. Ed.; Fondo de Cultura Económica. (1998).

41. TOM BAKER. *The Genealogy of Moral Hazard*. Texas Law Review. .Diciembre de 1996. At 264.

final si la demanda del producto es inelástica<sup>42</sup> al subir los precios del bien, o ser asumidos por el productor menguando sus ganancias si es elástica<sup>43</sup>, cuestiones que afectan el mercado. En el tema de los contratos, podemos ver como muchas veces los contratistas adquieren pólizas de seguros, como en la contratación estatal, solo para poder asegurar el cumplimiento de la obligación del contrato, cuestión que el mismo contrato se supone que asegura<sup>44</sup>.

Otra consecuencia negativa, es el estancamiento del comercio, cuando el principal está analizando si debe contratar o no con el agente, este al evidenciar la existencia del RM, podría preferir no contratar y así evitar un posible daño<sup>45</sup>. Aunque desatendido, esta manifestación de RM es importante porque se refiere a todo el valor que se pudo haber creado por medio de la celebración de contratos, y que no ocurre precisamente por el riesgo moral. Es, en últimas, el costo de las oportunidades no atendidas.

Finalmente el RM puede producir efectos negativos sobre la competencia, el uso inadecuado de la información puede no estar

---

42. GERMAN COLOMA. *Una metodología unificada para el cálculo de elasticidades críticas, la definición de mercados y la simulación de fusiones horizontales*. Universidad del CEMA. Abril del 2009. At 5.

43. Id.

44. HÉCTOR MALETTA. *La evolución del Homo economicus: problemas del marco de decisión racional en Economía*. P35 *Economía* Vol. XXXIII, N° 65. semestre enero-junio 2010, pp. 9-68.

45. En la actualidad podemos encontrar distintos puntos de venta directos tales como los de productos familia, Nestlé y productos marca colombina, desconocemos si esta decisión se debe a comportamiento alguno de cualquiera de las GS, pero lo cierto es que las empresas productoras si podrían llegar a pensar en montar sus puntos directos de venta en caso de que la relación con las grandes superficies no les beneficie. Para ver imágenes de las tiendas colombina se puede ingresar al siguiente link <http://www.bogotacompra.com/Bogota/mini-market-colombina-c14032.html>, igualmente para ver graficas de las tiendas de productos familia se puede ingresar al siguiente link [http://www.famitienda.com/t\\_productosfamilia/graficas/home/DondeEstamos.html](http://www.famitienda.com/t_productosfamilia/graficas/home/DondeEstamos.html).

conforme a la buena fe contractual y por tanto el agente podría llegar a ser un competidor desleal<sup>46</sup> o abusar de su posición dominante.

## 1.2. SOLUCIONES PARA EVITAR LAS CONSECUENCIAS NEGATIVAS DEL RIESGO MORAL

El siguiente cuadro resume los distintos mecanismos que se pueden usar para evitar las consecuencias del riesgo moral.

<b>Cuadro III</b> <b>Soluciones para evitar las consecuencias negativas del riesgo moral</b>	
<b>Decisiones ineficientes</b>	Para solucionar este problema, se debe lograr que las asignaciones se hagan a puntos que maximicen la eficiencia, para ello, los contratantes deben tener la posibilidad de tomar sus propias decisiones aplicando normas y principios que conduzcan a decisiones eficientes <sup>47</sup> . Por ejemplo, invertir en mejorar el producto para eliminar la competencia.
<b>Estancamiento de la actividad económica que realizan las partes</b>	El agente puede dar una señal al mercado que le permita demostrar su rectitud, en este caso se puede utilizar el análisis que hace Akerlof respecto del mercado de los limones, según el cual, en la venta de carros usados quienes deseen vender sus automóviles podrían dar una señal al mercado para que sus posibles compradores se sientan seguros <sup>48</sup> . Por ejemplo, la GS puede darle confianza al productor por medio de cláusulas penales que le digan que va a cumplir de buena fe, si no deberá responder con una carga mayor a la de su beneficio.

(Continúa)

46. Ley 256 de 1996. Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. Enero 15 de 1996. D. O. No. 42.692, Art 16.

47. HÉCTOR MALETTA. *La evolución del Homo economicus: problemas del marco de decisión racional en Economía*. Enero-junio 2010, At 9. Pág. 35

48. GEORGE A. AKERLO. *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*. The Quarterly Journal of Economics, Agosto de 1970), At 488-500.

*(Continuación)*

<b>Efectos negativos sobre la manera en que se desarrolla la competencia</b>	Este tercer escenario es el que resulta de interés para este documento. En caso tal, si se considerara que la actuación de las GS es desleal, dicha actuación podría ser analizada y reprochada desde las normas de competencia desleal, actos contrarios a la libre competencia, abuso de la posición dominante, incluso, desde lo llamado abuso de la posición dominante en mercados conexos <sup>49</sup> . La solución se puede dar desde la regulación que hace el Estado a la competencia entre los distintos participantes del mercado, debido a que se ha demostrado que en casos como este, el Estado logra actuar permitiendo omisiones contractuales eficientes.
--	---

Este riesgo puede administrarse de distintas maneras, bien sea anticipadamente (previsión al momento contratar), delegándose en un tercero (Autorregulador) o con estipulaciones normativas<sup>50</sup>, las dos primeras formas necesitan del consentimiento de las partes para que puedan darse, mientras que la última requiere de la voluntad del legislador y del gobierno.

Ahora procedemos a exponer el RM en la relación analizada.

## 2. RIESGO MORAL EN LA RELACIÓN DE LAS GRANDES SUPERFICIES Y LOS PRODUCTORES

En el caso objeto de estudio, el RM se evidencia en dos formas: la primera, es la posibilidad que tiene la GS (agente) de actuar prefiriendo mejorar las ventas de los productos que llevan sus marcas propias, ignorando el deber que tiene de colaborar en la comercialización de los productos que llevan las marcas de los product-

49. Resolución 43270 de 2009. (Superintendencia de Industria y Comercio). Por la cual se ordena la apertura de una investigación. Agosto 28 del 2009.

50. ROBERT COOTER & THOMAS ULEN. Derecho y economía. Pág. 289. Ed., Fondo de Cultura Económica. (1998).

res<sup>51</sup>. La segunda, es la de preferir hacer un menor esfuerzo en el cumplimiento de las obligaciones que tiene en virtud del contrato de consignación celebrado con los productores, para disminuir sus costos y de esta manera aumentar la ganancia que recibe. En la relación analizada existe una gran posibilidad de que ocurran las consecuencias negativas del RM, debido a que las GS son al mismo tiempo competidoras y colaboradoras del productor.

## 2.1. CONSECUENCIAS NEGATIVAS DEL RIESGO MORAL EN LA RELACIÓN ANALIZADA

Como se dijo anteriormente, el RM entre las GS y los productores se manifiesta de distintas maneras. Las GS ubican los productos que llevan sus marcas propias al lado de productos de marca “Premium” para así obtener ventaja de algo que otra persona se ha esforzado por formar<sup>52</sup>. Este caso ilustra el aprovechamiento indebido de la GS del *good will* ajeno. Por la información que tiene la GS sobre el lugar donde van a estar ubicados los productos “Premium”, sitúa sus productos al lado de ellos. En este caso no está incumpliendo ninguna obligación contractual, pero si está incumpliendo con un deber secundario de conducta y su deber de actuación de buena fe<sup>53</sup>.

---

51. Esto es así debido a que una consecuencia lógica del contrato de consignación sumado a la ejecución de buena fe de este así lo exige, pues podría pensarse que el consignante solo tiene el deber de vender las mercancías más no de colaborar a su venta.

52. LYNCH, ALBERTO BENEGAS. *Bienes Públicos, Externalidades y los Free-Riders: El Argumento Reconsiderado*. Revista de Economía y Derecho. Noviembre de 1997. At 47-62.

53. En efecto si tenemos un bien  $A_p$  el cual es producido por el productor y un bien  $A_G$  el cual lleva la marca de una gran superficie, el bien  $A_p$  puede perder consumidores si el bien  $A_G$  logra hacerse comparar con un bien B el cual tiene características superiores que el bien  $A_p$  y el bien  $A_G$ .



Mencionamos la ventaja que tiene la GS por los plazos (30, 60 y 90 días) estipulados para los pagos, que le dan determinada liquidez. Se considera negativo toda vez que el excedente de liquidez que obtienen las GS con esta actuación, es a costa de la liquidez de las empresas productoras. Esto ocurre debido a la imposibilidad que tienen los productores de controlar y saber en qué momento se da la venta de sus mercancías, es por ello que se ven obligados a aceptar esta condición. Si el productor tuviera la posibilidad de saber cuándo y en qué momento se venden sus mercancías, podría razonablemente exigir que el tiempo de pago fuera menor.

Por último, las GS tienen acceso a información relevante respecto de los mercados y ello les permite tomar mejores decisiones, incluso podrían llegar a copiar las estrategias implementadas por los productores, por ejemplo, las GS saben en qué fechas del año se consume más un producto que otro, debido a que son quienes comercializan las mercancías de los productores. En esa época la GS podría implementar las mismas estrategias de las empresas productoras toda vez que ellas tienen acceso a esta información.

Si existe o no, una solución y cuál debería ser, es el propósito del presente documento y procedemos a desarrollarlo. Iniciaremos por identificar las formas de administrar el riesgo en la relación; posteriormente analizaremos cómo debe estudiar la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC) una denuncia que reciba respecto a este tema, debido a que consideramos que es la mejor forma de administrar el RM a corto plazo (conclusión que más adelante veremos) y finalmente expondremos qué debe hacer la SIC en caso de que alguna consecuencia negativa del RM se concrete; la forma de sustentar y probar su decisión.

#### IV. ADMINISTRACIÓN Y PREVENCIÓN DEL RIESGO MORAL EN LA RELACIÓN DE LOS PRODUCTORES Y GRANDES SUPERFICIES<sup>54</sup>

Como se dijo en la sección III.1.2. “Soluciones para evitar las consecuencias negativas”, los efectos negativos del RM existente en la relación analizada se pueden intentar prevenir de distintas maneras, a saber: previsión contractual, regulación normativa, solución por un tercero. Para el desarrollo del presente escrito, nos enfocaremos en la solución por medio de la aplicación de las normas que regulan la competencia, pero primero haremos un breve análisis de las otras formas con las cuales se puede administrar el RM.

##### 1. PREVISIÓN CONTRACTUAL

Para lograr una perfecta previsión contractual, se debe estar en la capacidad de prever todas las posibles contingencias y asignarse cada una de ellas a alguna de las partes (con la correspondiente contraprestación). En el desarrollo de este acápite se debe tener en cuenta que al negociar, las GS gozan de una posición más fuerte que los productores.

Desde la regulación de las relaciones que se da en los contratos existen diferentes formas de administrar un riesgo<sup>55</sup>. Una for-

---

54. Debemos precisar que a este capítulo inicialmente se pensó llamar “Solución del riesgo moral...” pero finalmente se decidió llamarlo “Administración y prevención del riesgo moral...” toda vez que como bien se ha dicho, el riesgo moral no es en sí mismo un daño sino su potencialidad y por lo tanto consideramos que la forma correcta de llamar a algo que regula un riesgo es “Administración del riesgo” y no “Solución del riesgo”. Así mismo nos referimos a la prevención del riesgo moral no porque en sí mismo se pueda prevenir la existencia de este riesgo sino porque se pueden prevenir las consecuencias negativas de este riesgo. Sumado a lo anterior debemos tener en cuenta que el riesgo tratado es muy difícil y casi imposible de extinguir y por lo tanto lo que se daría son formas de administrarlo y de prevenir sus consecuencias.

55. FRANK BUNTE Et Al. *The Impact of Private Labels on the Competitiveness of the European Food Supply Chain*. Enterprise & Industry Magazine. Enero de 2011. At142.

ma es determinando quién debe soportar la carga del riesgo, como en el caso del riesgo de pérdida de una cosa de cuerpo cierto que se compra. Otra forma, es prohibiendo ciertas actuaciones, para evitar las consecuencias negativas de los riesgos y que en caso de incumplimiento se deba responder patrimonialmente<sup>56</sup>.

La solución más aclamada por el análisis económico del derecho es la de los incentivos; esta consiste en estimular a las personas para que actúen de cierta forma a cambio de recibir más de lo que normalmente recibirían, con ello la persona que otorga el estímulo puede esperar un comportamiento mejor<sup>57</sup>. Tom Baker habla de la relación que hay entre los incentivos y la tentación, y de cómo los economistas y aseguradores interpretan esto. Afirma Baker que los economistas ven los incentivos como aquello que hace que las conductas de las personas cambie, pero para que esto ocurra deberá ser mayor el incentivo a la tentación.<sup>58</sup>

Mostramos anteriormente que la empresa productora Casa Luker, es la maquila del café Carrefour, una forma de limitar el RM sería sujetar la venta de productos blancos a un porcentaje de las ventas de las mercancías de los productores. De manera que, si por ejemplo se pactara el 10% de las ventas, y la GS desea 10 libras de café, Casa Luker deberá por lo menos vender 100 libras de café.

Esta solución tiene varios problemas: El primero es que la GS goza de una posición más fuerte y es posible que se niegue a pactar esta cláusula, y decida adquirir el café a otro productor, especialmente teniendo en cuenta que los productos que llevan sus

---

56. Atilio Aníbal Alterini. Treinta Estudios de Derecho Privado. P 267-285. Ed., Temis- Pontificia Universidad Javeriana. (2011).

57. Horacio Spector Et Al. Elementos de Análisis Económico del Derecho. P120-122. Ed., Rubinzal-Culzoni Editores. (2004).

58. Tom Baker. *The Genealogy of Moral Hazard*. Texas Law Review. Diciembre de 1996. At 242. Pág. 271-2

marcas propias se caracterizan por ser bienes que contienen poca transformación o valor agregado. Otro problema, es que puede ser visto como un abuso de la posición dominante de conformidad con el numeral 3 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992<sup>59</sup>. Este argumento se puede refutar, toda vez que con este acuerdo no se está obligando a la GS en algo nuevo, sino que se somete la cantidad a un factor del mercado y, además, la gran mayoría de productores no gozan de una posición dominante.

## 2. DELEGACIÓN EN UN TERCERO

En virtud de esta forma, las partes no evitan el acaecimiento de las consecuencias negativas del RM, sino que prevén quien o quienes serán los encargados de resolver los conflictos que se presenten. Este método, en principio, puede ser expedito debido a que le permite a las partes ganar tiempo, evitando la congestión de los sistemas judiciales y de la SIC, de igual forma permitiría que quienes conocieran del caso fueran personas expertas en el tema específico. Una forma de delegación del conflicto es el arbitraje, respecto de este no profundizaremos ya que ha sido analizada por otros autores, jurisprudencia y el mismo legislador.

Un tema que quisiéramos plantear como forma expedita y que en la actualidad no se ha intentado en este campo es la Autorregulación, respecto de esto, actualmente en el sector financiero existe el Autorregulador del Mercado de Valores (AMV) el cual tiene algunas atribuciones entre las cuales está: llamar la atención, amonestar y sancionar. Para nuestro caso podría ser útil la creación de un Autorregulador debido a que tendría características tales como la rapidez y especialidad, pero sumado a ello tendría la capacidad

---

59. Decreto 2153 de 1992 (con fuerza de ley). “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”. Art 48. Diciembre 30 de 1992. D. O. No. 40.704.

de investigación y sanción. El sector real se puede nutrir del sector financiero respecto de la regulación del RM, toda vez que dicho sector está constantemente luchando contra este riesgo y podría decirse que es la rama que más ha avanzado en este tema.<sup>60</sup>

Procedemos a hablar de las posibles soluciones que ofrece la ley, o que podría dar si el legislador decidiera regular estas relaciones.

Como afirmamos anteriormente, las normas eficientes permiten términos de omisión eficiente en los contratos, evitando que las partes deban incurrir en costos de negociación, asunción y delimitación de riesgos, etc. Igualmente habíamos comentado el desequilibrio que existe entre las GS y los productores<sup>61</sup> y que como consecuencia de esto algunas soluciones solo son posibles en la teoría más no en la práctica. Por lo expuesto, la solución normativa pareciera ser mas efectiva.

- 
60. La AMV es una entidad privada conformada por las personas que participan en el mercado de valores, esta entidad tiene unos lineamientos que han dado las mismas personas que ella regula y vigila. Estos lineamientos son los que ella exige y hace cumplir. En la actualidad, las grandes superficies y los productores han expedido distintos acuerdos y se han pronunciado de diversas formas en las cuales han planteado como van a ser sus actuaciones. La idea que deseo plantear como fórmula de administración del riesgo moral es que si los agentes del mercado de productos de consumo masivo al detal han dicho de distintas formas como va ha ser su comportamiento, este podría ser exigible de forma eficiente por un autor regulador. Es decir se podría pensar en que productores y grandes superficies se pongan de acuerdo en expedir un “gobierno corporativo”, un “manual de proveedores”, un “acuerdo unificado sobre buenas practicas industriales y comerciales”, y un “manual de grandes superficies”. Los anteriores documentos ya los tienen distintas empresas pero la idea seria que se unificaran todos estos con el fin de que el autor regulador tuviera la capacidad de exigirle a todos por igual, posterior a decir la forma en que deberán actuar los agentes del mercado, se reglamentaria el procedimiento que deberá seguir el autor regulador para que logre corregir cualquier mal comportamiento.
61. Este desequilibrio cambio según cada caso, por ejemplo podría pensarse que no existe desequilibrio entre Coca Cola y Olímpica, por el contrario si podría pensarse que hay un desequilibrio entre Bocadoillos El Águila y Olímpica.

### 3. ADMINISTRACIÓN NORMATIVA

Antes de hablar de la administración del RM por vía normativa, es necesario definir que es una posición dominante, para saber si las GS la tienen. La importancia de saber si las GS gozan de una posición dominante es debido a que el abuso de la posición dominante se encuentra prohibido en el decreto 2153 de 1992 y a nuestro parecer, esta norma sería aplicable en caso de que acaezcan algunas de las consecuencias negativas del RM.

#### 3.1. POSICIÓN DOMINANTE

Para hablar de posición dominante es necesario que primero comprendamos qué es un mercado relevante, puesto que esta posición se tiene es respecto de determinado mercado.

El mercado relevante establece con qué producto o servicio relevante y en qué espacio geográfico relevante se desarrolla la competencia de las personas estudiadas, lo que permite identificar cuáles son “los competidores actuales y potenciales<sup>62</sup>”. Saber cuál es el mercado relevante de los competidores investigados, nos permite determinar cuál es la participación en el mercado de cada competidor y establecer la posición que tiene (si tiene dominio o no)<sup>63</sup>.

El mercado producto-servicio relevante<sup>64</sup>, son las mercancías o servicios que debido a que comparten sus características, precio y uso, se consideran sustitutos uno del otro, por lo tanto, al consu-

---

62. [http://webs.uvigo.es/politicaindustrial/index\\_archivos/Tema3a.pdf](http://webs.uvigo.es/politicaindustrial/index_archivos/Tema3a.pdf) (Visitada el 6 de agosto de 2012.). Cuadro 3.

63. Resolución No 02 del 2009 (Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay). Por medio de la cual se aprueban los criterios generales para la determinación del mercado relevante. Mayo 12 de 2009. Pág. 2.

64. Resolución 22624 de 2005 (Superintendencia de Industria y Comercio). Por la cual se impone una sanción. Septiembre 15 de 2005. Pág. 13.

midor le satisfacen, en principio de igual manera y le da lo mismo consumir uno u otro bien<sup>65</sup>. Por ejemplo podemos pensar que las bebidas gaseosas, los jugos y el agua, pueden satisfacer en similar medida a un consumidor, y por ende un incremento significativo no transitorio en el precio de alguno de estos, provocaría que el consumidor cambie su preferencia, para consumir otro producto, que le reporta la misma satisfacción a un menor precio. Para determinar el mercado producto relevante, se usa el test del monopolista hipotético (SSNIP por sus siglas en ingles Small but Significant Nontransitory Increase in Prices). Este consiste en pensar que en el mercado solo hay un proveedor del servicio o producto y predecir qué pasaría si, este hace un aumento significativo de su precio y lo mantiene, qué tanta demanda de su producto o servicio perderá<sup>66</sup>. En conclusión, para determinar el mercado producto o servicio relevante, se debe analizar si existen bienes sustitutos o no, lo que hará que el mercado a estudiarse sea grande o chico.

El mercado geográfico relevante<sup>67</sup>, es el lugar en el cual se desarrolla el mercado que se desea estudiar, es decir, el espacio en el que los oferentes y demandantes del producto o servicio presuntamente afectados interactúan. Las condiciones en esta área son equivalentes y por ello comparten determinados productores y consumidores, lo que la diferencia de otros mercados geográficos<sup>68</sup>. Para determinar el mercado geográfico relevante, se debe

---

65. DENNIS W. CARLTON. “*Market Definition: Use and Abuse*”. Competition Policy International. Spring 2007. At 1. Pág. 13.

66. Evolución del poder del mercado en el sector lácteo (informe final). Universidad Argentina de la Empresa. Centro de Estudios Económicos de la Regulación. Junio de 2004. Pág. 41

67. Resolución 22624 de 2005 (Superintendencia de Industria y Comercio). Por la cual se impone una sanción. Septiembre 15 de 2005. Pág. 22.

68. HUGO FIGARI, HUGO GÓMEZ & MARIO ZÚÑIGA. *Hacia Una Metodología Para La Definición Del Mercado Relevante Y La Determinación De La Existencia De Posición De Dominio*. Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual. Noviembre de 2005. At 154. Pág. 170.

estudiar las relaciones comerciales que tiene la zona con otras, así por ejemplo, si se trata de un país, debemos estudiar que tantas importaciones y exportaciones se dan con sus países limítrofes, debido a que no es lo mismo estudiar el mercado de Colombia y Ecuador al de Italia y Alemania. Igualmente, se deben estudiar los costos de transporte dentro del área, ya que en principio a los oferentes y demandantes les debe ser indiferente estar en una u otra parte dentro del área, teniendo en cuenta los costos de tiempo, dinero y demás. Finalmente se deben analizar otros posibles factores que determinen un área, como lengua, seguridad, preferencias y cualquier otro que haga que el mercado geográfico se expanda o se achique. De lo anterior podemos concluir que según lo que se esté estudiando, el mercado geográfico relevante puede ser un barrio, una ciudad, un departamento, un país y las demás delimitaciones geográficas que puedan existir.

Una vez esclarecido el alcance del concepto de mercado relevante, pasamos a definir que es posición dominante y posterior a ello que actos se consideran que son abuso de esta. La posición dominante se encuentra definida en el numeral 5 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992<sup>69</sup>, el cual la define como la capacidad que tiene una persona de determinar las condiciones de un mercado. La sic mediante la Resolución 56749<sup>70</sup> de 2009, al hablar de la posición dominante, la definió de la siguiente manera:

“El Decreto 2153 de 1992[4]<sup>(9)</sup> define el concepto de posición de dominio como la “posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”. En este sentido, entidades de competencia

---

69. Decreto 2153 de 1992 (con fuerza de ley). “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”. Art 45. Diciembre 30 de 1992. D. O. No. 40.704.

70. Resolución 56749 de 2009 (Superintendencia de Industria y Comercio). Por la cual se ordena la apertura de una investigación. Noviembre 5 del 2009.



como la europea consideran que quien tiene posición dominante está en capacidad de comportarse con independencia respecto de sus competidores y consumidores, lo que le permite modificar significativa y unilateralmente el precio, las cantidades ofrecidas, o cualquier otra variable competitiva en el mercado en el que participa. Esta situación tiene lugar cuando una empresa o grupo de empresas controlan una parte importante de un mercado determinado.”

Las GS en Colombia se encuentran en un oligopolio (Éxito, Carrefour, Olímpica y la 14), pero la venta de productos al detal no, toda vez que existen otros pequeños almacenes que se dedican a lo mismo (tiendas de barrios, etc.)<sup>71</sup>. Dicho lo anterior, tenemos que distinguir entre la venta de productos al detal “del día a día”<sup>72</sup> caso en el cual compiten las “tiendas de barrio” con las GS y la venta de productos al detal “del mercado de un tiempo”<sup>73</sup>, mercado en que las GS tienen un poder mayor.

Sumado al periodo por el cual se merca (un día, una semana o un mes) debemos analizar los consumidores potenciales, encontramos que las familias con capacidad adquisitiva alta se abastecen en mayor medida en las GS, a diferencia de las familias con capacidad adquisitiva baja las cuales en principio lo hacen en los centros de abasto<sup>74</sup>. Por lo anterior, el mercado relevante del servicio de las GS<sup>75</sup> es la venta de productos al detal para “el

---

71. Resolución 06446 de 2011 (Superintendencia de Industria y Comercio). Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar. 11 de febrero de 2011. Págs. 5 y 6.

72. Me refiero a pequeñas compras que se hacen para suplir una necesidad actual, como por ejemplo la leche que voy a consumir hoy.

73. Hago referencia a aquellas compras grandes en las cuales se adquieren productos para suplir necesidades futuras por un espacio amplio de tiempo, como por ejemplo la leche del mes, en sentido contrario a comprar la leche del día.

74. JUAN ESTEBAN GIRALDO G. *El comercio en la Economía*. Comercio Internacional. Junio de 2002. At 1.

75. [http://www.sic.gov.co/archivo\\_descarga.php?idcategoria=7109](http://www.sic.gov.co/archivo_descarga.php?idcategoria=7109) (15 de marzo del 2012).

mercado de un lapso” cuyos consumidores tienen una capacidad adquisitiva alta. La SIC en la Resolución 38171 de 2010<sup>76</sup> afirmó que la actividad económica de las GS es “*el comercio y/o distribución de productos de consumo masivo, comúnmente denominado “Retail”, a través de los formatos de supermercados e hipermercados.*”

Teniendo claro cuál es la actividad económica, debemos encontrar cuál es el mercado geográfico relevante<sup>77</sup>. En la mencionada resolución 38171, la SIC definió que el mercado geográfico relevante de las GS se da en efectos locales, es decir, que las GS tienen influencia en las zonas cercanas a donde tienen alguno de sus almacenes, afirmó:

“Desde el punto de vista de la demanda, se encuentra que la decisión de selección del lugar de compra está altamente influenciada por la distancia, concluyendo que la cercanía del formato es una de las variables más importantes para decidir el establecimiento en el cual se realiza la compra de la canasta de consumo de productos frescos y de gran consumo. Por su parte, desde el punto de vista de la oferta, se encuentra que para evaluar la aplicación de una política de precios en un punto de venta particular, así como la apertura de un nuevo establecimiento, las intervinientes consideran a los competidores cercanos a dicho establecimiento”.<sup>78</sup>

Teniendo en cuenta lo afirmado por la SIC, podemos decir que las GS pueden ser las únicas en determinados mercados geográfi-

---

76. Resolución 38171 de 2010 (Superintendencia de Industria y Comercio). Por la cual se condiciona una operación de integración. Julio 27 del 2010. Pág. 8.

77. “Desde el punto de vista geográfico, no es necesario que la posición dominante se extienda a todo el mercado nacional. De lo contrario, empresas dominantes en una determinada zona geográfica, sólo por la menor escala territorial de su poder, quedarían habilitadas para cometer abusos en el mercado, lo que carece de toda justificación.” Corte Constitucional. Sentencia T-375 de 1997 (M.P. DR EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ; 14 de agosto de 1997.)

78. Resolución 38171 de 2010 (Superintendencia de Industria y Comercio). Por la cual se condiciona una operación de integración. Julio 27 del 2010. Pag. 19.

cos (barrio) y que por lo tanto tendrían una posición dominante en la comercialización de productos al retail en estos mercados. En adición, la sic en la resolución 14749 de 2010<sup>79</sup> afirmó que en algunas ciudades unos almacenes tenían una mayor participación que en otra, por ejemplo, el Éxito tiene una mayor participación en Medellín, mientras que La 14 es la principal gs de Cali. Las páginas de internet de Carrefour<sup>80</sup>, el Éxito<sup>81</sup>, La 14<sup>82</sup> y Olímpica<sup>83</sup> permite evidenciar que estos almacenes tienen las siguientes participaciones de mercado:

<b>Participación de Éxito, Carrefour, La 14 y Olímpica en Medellín, Cali y Barranquilla</b>									
	Éxito	La 14	Carrefour	Olimpica	Total	Porcentaje de participación del Éxito	Porcentaje de participación de La 14	Porcentaje de participación de Carrefour	Porcentaje de participación de Olímpica
<b>Medellín y su área metropolitana</b>	20	0	1	6	27	74,07407407	0	3,703703704	22,22222222
<b>Cali y su área metropolitana</b>	3	18	6	0	27	11,11111111	66,66666667	22,22222222	0
<b>Barranquilla</b>	7	0	4	28 (formato supertienda y súper almacén)	39	17,94871795	0	10,25641026	71,79487

El cuadro presentado muestra como en determinadas ciudades una gs tiene posición fuerte por su alta participación de mercado,

79. Resolución 14749 de 2010 (Superintendencia de Industria y Comercio). Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar. Marzo 16 del 2010. Pag.

80. <http://www.carrefour.com.co/carrefourmaxi/>

81. <http://www.exito.com/about/content.jsp?id=almacenes>

82. <http://www.la14.com/Tiendala14/>

83. <http://www.olimpica.com.co/negocios.jsf>

participación que sumado a que ciertos productos se comercializan en su gran mayoría en GS (como por ejemplo los cereales listos como Kellog's como se verá más adelante.) nos permite afirmar que tienen una posición dominante en tales mercados. Las GS tienen la capacidad de imponer las condiciones, si bien no de manera desproporcionada debido a que tienen competidores, si lo pueden hacer en cierta medida.

Dando por terminado este acápite en el cual definimos la posición dominante y dimos nuestra opinión según la cual las GS gozan de una posición dominante, procedemos a estudiar cuando hay abuso de esta.

### 3.2. ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE

El decreto 2153 de 1992 en su artículo 50 enumera cuales son las actuaciones que se consideran como abuso de la posición dominante, dicho artículo indica:

“ARTICULO 50. ABUSO DE POSICION DOMINANTE. ... cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.
2. *La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o 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 constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.
4. *La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.*
5. 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, 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.

6. ***Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.***” (Negrilla y cursiva por fuera del texto)

Los numerales puestos en negrilla son las conductas típicas en que podrían incurrir las GS para favorecer la venta de sus productos blancos; a continuación analizaremos estos, con el fin de determinar en qué situaciones hipotéticas de la relación analizada podrían aplicarse.

### 3.3. ANÁLISIS DEL NUMERAL 2 DEL ARTÍCULO 50 DEL DECRETO 2153 DE 1992

Si analizamos detenidamente, la acción desvalorada del numeral 2º es aplicar condiciones discriminatorias a iguales<sup>84</sup>, los sujetos pasivos pueden ser un **consumidor** o un **proveedor**; las GS tratan con 2 tipos de proveedores: sus maquilas y las empresas productoras tradicionales y a ambos debe tratarlos igual. Respecto de los espacios en las góndolas, estos son utilizados tanto por las GS al exponer sus productos blancos, como por las empresas productoras al exponer sus productos tradicionales.

Este numeral sería aplicable en caso de que la GS imponga condiciones más gravosas a las empresas productoras para recibir y ofrecer las mercancías tradicionales, frente a las condiciones en las que recibe y ofrece los productos blancos. El numeral comienza hablando de “*condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes*”, frente a esto, la Superintendencia de Industria y Comercio mediante Resolución 588 de 16 de enero de 2003, Radicado 01012403 definió esto como:

---

84. Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia 3488. (C. P. JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA; febrero 20 de 1997).

“Para que exista discriminación, es necesario que se presenten condiciones análogas entre los agentes que desarrollan las operaciones o actividades dentro de la industria o del comercio, es decir, bajo las mismas circunstancias. La calificación legal de análogo implica que entre los consumidores o proveedores exista una relación de semejanza a pesar de ser personas distintas. Por tanto, para determinar la equivalencia de las actividades o prestaciones se deberán observar respecto de cada caso, la correspondencia o no de sus condiciones de tiempo, modo y lugar.”<sup>85</sup> (Cursiva por fuera del texto).

La segunda parte del numeral 2º hace referencia a la consecuencia negativa que tiene el acto, este numeral da como consecuencia el colocar “...a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor...”, esto quiere decir que una persona queda en una situación inferior en comparación con otra que inicialmente era igual.

Una vez hecho este breve análisis, pasamos a estudiar el acto de abuso de la posición de dominio tipificado en el numeral 4 ibídem.

#### 3.4. ANÁLISIS DEL NUMERAL 4 DEL ARTÍCULO 50 DEL DECRETO 2153 DE 1992

El numeral 4º ibídem podría ser aplicable debido a que las GS alquilan a los proveedores el espacio en las góndolas y dicha asignación de los espacios debe ser objetiva y sin favorecer a nadie, ni siquiera a los productos que llevan sus marcas propias.<sup>86</sup> Las empresas productoras deben competir por estos espacios, no solo con los demás productores sino además con las GS porque estas también desean ubicar los productos que llevan sus marcas propias.

---

85. Resolución 588 de 2003 (Superintendencia de Industria y Comercio). Por la cual se cierra una investigación. Enero 16 de 2003.

86. JAVIER CORTÁZAR MORA. Curso de Derecho de la Competencia (Antimonopolios). P108-109. Ed., Pontificia Universidad Javeriana. (2011).

Por la posición de las GS, ellas pueden ubicar de manera estratégica sus productos, no necesariamente en los mejores espacios, pues para ellas también es negocio el alquiler de estos, pero sí en determinados puntos que les permita tomar provecho de las condiciones y la ubicación de las demás mercancías. En razón de que la administración de las góndolas está en cabeza de las GS, el RM es mayor.

El numeral 4 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992 en principio habla de “*la venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador*” en este primer enunciado encontramos que la conducta tipificada exige que exista una discriminación, esto es un aspecto objetivo. El punto relevante es la segunda parte, la cual manifiesta que el acto debe ser “*con la **intención** de disminuir o eliminar la competencia en el mercado*”, en este caso la SIC ha dicho que se debe analizar la intención de la parte<sup>87</sup>, es decir que es un aspecto subjetivo. Esta intención debe estar encaminada a reducir o acabar al competidor, para la relación que analizamos, la intención sería la de reducir al productor tradicional, para lograr mejorar la posición de los productos blancos.

A continuación analizamos el último de los numerales que tipifican las conductas que se consideran abuso de la posición dominante.

### 3.5. ANÁLISIS DEL NUMERAL 6 DEL ARTÍCULO 50 DEL DECRETO 2153 DE 1992

El numeral 6 hace referencia a “*Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización*”; si las

---

87. Resolución 28350 de 2004 (Superintendencia de Industria y Comercio). Por la cual se resuelve un recurso. Noviembre 22 del 2004.

GS son quienes comercializan las mercancías de los productores tradicionales, estas podrían incurrir en actos que negaran a los productores la posibilidad de vender sus mercancías por medio suyo<sup>88</sup>. Respecto de esto, han existido casos en lo que las GS por diferentes motivos han descodificado<sup>89</sup> ciertos productos, lo que conlleva a que no sean comercializados por ella.

El acto de abuso de la posición de dominio que venimos analizando tiene dos verbos rectores, los cuales son; **obstruir** e **impedir**, impedir hace referencia a hacer imposible la comercialización, obstruir significa dificultar la comercialización mas no imposibilitarla. Por ejemplo, la descodificación se puede ver como un ejemplo de impedir, ya que esta actuación es la decisión de la GS de no continuar comercializando dicha mercancía.

Hemos terminado de analizar lo atinente del decreto 2153 de 1992 y los posibles abusos de posición dominio en los que podría incurrir una GS para favorecer sus productos blancos; a continuación, pasamos a estudiar un acuerdo que regula esta relación.

### 3.7. ACUERDO SOBRE BUENAS PRÁCTICAS INDUSTRIALES, COMERCIALES Y DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Este acuerdo fue el resultado del trabajo conjunto de la ANDI<sup>90</sup>, ACOPI<sup>91</sup> y FENALCO<sup>92</sup> y en él se autorreguló y estableció un marco de reglas de conductas y mecanismos de solución de los conflictos que puedan surgir en la relación analizada.

---

88. JAUME PELLISÉ CAPELL. La Explotación Abusiva de una Posición Dominante. Pág. 292- 293. Ed., Civitas. (2005).

89. Resolución 24180 de 2002 (Superintendencia de Industria y Comercio). Por la cual se abre una investigación. Julio 29 de 2002.

90. Asociación Nacional de Empresarios de Colombia.

91. Asociación de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas.

92. Federación Nacional de Comerciantes.



Dentro de este acuerdo se tocan varios temas que ya hemos mencionado, como el plazo para pagar, los medios logísticos y administrativos que deben usarse, la retaliación, cobros unilaterales, promociones, devolución de productos, entre otras. Al referirse a estos temas no determina de manera específica como debe ser y remite en muchas ocasiones a los acuerdos que se den entre las partes, los cuales, según este acuerdo tendrán una vigencia de un año calendario, salvo pacto en contrario.

El acuerdo establece los requisitos a tener en cuenta para la codificación de los productos y su ubicación en las góndolas, dentro de las cuales están los requisitos que deben cumplir el proveedor y el producto, las exigencias legales y las de la GS, así como las de rentabilidad del producto.

El tema de la descodificación, situación que ha generado investigaciones por parte de la SIC, se encuentra regulada en este acuerdo, para ello la GS debe sustentar y dar a conocer al productor, los motivos por los cuales se tomó la decisión, el procedimiento que debe realizar y las situaciones que conllevan a la descodificación. Dentro de las causales para descodificar se encuentra: que no haya acuerdo respecto a la rentabilidad, la rotación, la calidad, reclamos de los clientes, la decisión unilateral del proveedor, incumplimiento reiterado en las entregas pactadas del producto, incumplimiento de las condiciones pactadas y suministro de información errónea que conlleve a publicidad engañosa.

También se regularon los temas referentes al suministro de información a los proveedores, la solicitud de aplicación de condiciones similares a otras cadenas, apertura de nuevos puntos de venta, condiciones impuestas por el proveedor a la GS, el trato a las impulsadoras contratadas por los proveedores, condiciones de suministro y de entrega.

La sección final de este acuerdo estipula el procedimiento y los mecanismos de solución de conflictos, los pasos a seguir según este documento son: el arreglo directo, la intervención de

buenos oficios de los gremios y la intervención de un tercero que decida la controversia.

Respecto del arreglo directo, el acuerdo establece que se seguirá el procedimiento de PQR, el cual en lo posible tendrá 2 instancias internas, la persona afectada tiene hasta 90 días para dar a conocer a dicha oficina la situación que le molesta o le causa daño, esta fase no puede pasar de 25 días. A su vez, la fase de buenos oficios se adelantará si la primera fracasa total o parcialmente, la persona afectada debe informar al gremio al que pertenece de la situación, este tiene el deber de asesorar y formular recomendaciones. Esta fase en principio tiene una duración máxima de 15 días.

Por último está la intervención del comité de mediación, este comité será el llamado a resolver la disputa en caso de que las 2 fases anteriores no den resultado, en el acuerdo se estableció el procedimiento y se indica que la decisión del comité tiene los efectos de la transacción, por lo tanto, hará tránsito a cosa juzgada y prestará mérito ejecutivo.

Realizado este resumen del acuerdo, podemos decir que si bien es un avance en la regulación de la relación que analizamos y de solución de los posibles conflictos que llegaren a ocurrir, consideramos que no es suficiente, pues hace referencia constantemente a los acuerdos comerciales que tengan las partes. El problema que vemos es que las GS se encuentran en una posición más fuerte frente a los productores al momento de negociar y por lo tanto, es posible que los acuerdos comerciales sean leoninos.

A continuación haremos una breve referencia al manual de proveedores que tienen las GS.

### 3.8. MANUAL DE PROVEEDORES

Por medio de la resolución 24180 de 2002, la SIC abrió una investigación en contra del ÉXITO, CARREFOUR, CARULLA y OLIMPICA y sus

representantes legales respectivamente, por posibles infracciones al régimen de la libre competencia. Para lograr el cierre de dicha investigación, los mencionados almacenes ofrecieron distintas garantías, entre las cuales estuvo la de dar estricto cumplimiento al manual de proveedores que cada GS estructuró.

En este capítulo haremos una breve referencia “genérica” al manual de proveedores, cada GS tiene uno, nos extenderíamos mucho si analizáramos cada uno, y por lo tanto daremos las características que coinciden en todos los manuales de las GS.

Dentro de los diferentes temas que regulan los manuales de proveedores de las GS, se estatuyeron aspectos tales como: Los derechos y deberes del proveedor, los requisitos para la codificación de los productos, la logística y el abastecimiento, promociones, nuevos almacenes, devolución de mercancías, pagos y el procedimiento de PQR.

En estos documentos, las GS estipularon de manera detallada cómo será el tratamiento que les darán a los proveedores, la forma en que se relacionarán con ellos, los medios para comunicarse, la logística y la administración que tendrán para con ellos. Estos documentos pueden verse como una especie de gobierno corporativo por medio del cual, la GS manifiesta cómo será la dirección de las relaciones con los proveedores.

Estos manuales al igual que el acuerdo, son un avance en la regulación de la relación existente entre las GS y los productores, y serían de gran ayuda en casos de abuso de la posición dominante, en especial, los actos discriminatorios, pues en principio, las GS deben tratar a los productores según lo estipulado en el manual y el acuerdo.

En conclusión, vemos que podrían aplicarse los numerales 2, 4 y 6 del decreto 2153 de 1992, el manual de proveedores de cada GS y el acuerdo unificado sobre buenas practicas industriales, comerciales y de defensa del consumidor. Las conductas desvaloradas en estas normas no son RM en sí mismos, sino que son actos

que podrían ser la consecuencia del RM. Estas normas son aplicables a relaciones en las que no existe RM, pero en una relación con RM la posibilidad de que alguna de las acciones desvaloradas ocurra es mayor.

La dificultad que existe al regular la relación que analizamos, es determinar si la GS está actuando como un excelente competidor, que lleva al mercado a niveles óptimos de eficiencia que redundan en un beneficio para el mercado y los consumidores, o si está incurriendo en actos desleales, que lleva al mercado a actuaciones y decisiones ineficientes, afectando a los consumidores.

La pregunta a resolver es ¿cómo diferenciar a la GS cuando actúa como un gran competidor con los productos que llevan sus marcas propias y la GS cuando abusa de su posición de dominio o compite de manera desleal?<sup>93</sup> La respuesta a esta pregunta es compleja y consideramos que deberá analizarse cada caso; este documento no pretende dar una solución que abarque todos los casos, sino la forma en la que se debe llegar a cada solución en particular.

## V. RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Como recordaran inicialmente nos habíamos planteado el problema jurídico, **¿Cómo prevenir y administrar el riesgo moral entre productores y grandes superficies, cuando este se concreta en un daño?** Desarrollaremos el problema jurídico solo respecto a la concreción de un daño debido al RM, una vez el riesgo moral se ha concretado en una serie de acciones por parte de las GS, los productores o “maquilas” podrían, en principio, usar las normas de competencia para que las autoridades sancionen a dichas empresas (y buscar, posteriormente, un resarcimiento del daño). No

---

93. Alfonso Miranda Londoño Et Al. Seminarios 12 Cedec. Pág. 122. Ed., Pontificia Universidad Javeriana. (2002).

es claro que las normas de competencia, y en especial aquellas relacionadas con el abuso de la posición dominante, sean aplicables a dichos casos. Para ello, hay que determinar, primero, cómo sería su aplicación a las relaciones entre GS y los productores/competidores (análisis que se realizó en el capítulo IV.3) y, segundo, cómo entender el manejo probatorio en los procesos administrativos que resulten de su aplicación.

Frente a lo anterior, y con respecto al problema jurídico planteado, la respuesta que defenderemos en esta sección es que las normas de competencia son aplicables siempre y cuando en su aplicación se distinga entre comportamientos competitivos y comportamientos que resultan del RM y que entorpecen la competencia. Una de las formas de entorpecer la competencia es por medio de los actos de discriminación en los que puede incurrir la GS; éstas deben ver los productos que llevan sus marcas propias de igual forma que ve los productos con los cuales compete y por tanto, tratarlos igual. Como pudimos observar, dos de los tres numerales de abuso de la posición dominante que consideramos que podrían llegar a ser aplicables como consecuencia del RM, tienen como verbo rector la discriminación que puede ejercer quien tiene posición de dominio, para mejorar su situación o la de un tercero. En nuestro caso, la GS podría discriminar con el fin de posicionar su producto blanco o a su maquila. A lo largo de esta sección presentaré un “test” que puede contribuir a facilitar la aplicación de las normas respectivas al determinar una serie de parámetros que consideramos importante tener en cuenta, así mismo propongo una disminución en la carga de la prueba que tiene la SIC al momento de sancionar.

## 1. MARCO DE ANÁLISIS DE LOS CASOS

Consideramos que la SIC debería plantearse el marco de análisis que a continuación exponemos, para probar las conductas abu-

sivas de una GS en caso de que lleguen a darse y sustentar su decisión. Proponemos que en cada caso la autoridad de la competencia deberá hacerse las siguientes preguntas:

<b>Cuadro IV</b>
<b>1) ¿Cuál es el posicionamiento del producto y la marca que aparentemente ha sido afectada?</b>
La mercancía puede ser más vulnerable o no a las consecuencias negativas del RM según el caso. Tanto un productor de una mercancía reconocida, como el de un producto no reconocido, pueden sufrir las consecuencias negativas del RM, pero consideramos que la pérdida de participación del mercado puede ser mucho mayor por parte del productor de la mercancía poco reconocida, en comparación de la porción de mercado que podría perder el producto reconocido, si acaeciera alguna consecuencia del RM <sup>94</sup> . El productor del bien reconocido tiene unos costos hundidos de publicidad grandes, su curva de aprendizaje es positiva, lo que lo hace un productor incumbente difícil de superar, por lo tanto en principio podría decirse que hay una barrera de entrada al mercado <sup>95</sup> .

94. A manera de ejemplo pensemos que un día la GS decide dejar de vender (descodificar) la gaseosa de una reconocida marca, para que ese día solo se venda su bebida gaseosa, y así lograr que los consumidores de gaseosas prueben y conozcan esta, con el fin de que los consumidores en su próxima decisión de compra piensen en su producto al momento de comprar una bebida gaseosa, es decir intentar cambiar la preferencia del consumidor. Por otro lado pensemos que la GS descodifica una marca de bocadillo, con el mismo fin que lo hizo con la gaseosa.

El consumidor al volver a la GS puede que efectivamente al momento de comprar una bebida gaseosa o un bocadillo deba decidir entre el producto de la GS (el cual ya probó debido a la descodificación) y la mercancía del productor tradicional, consideramos que es más probable que el consumidor escoja el bocadillo de la GS a que escoja la gaseosa de la GS.

95. La GS puede entrar, pero con dificultad podrá mantenerse o aumentar su participación.

<b>Cuadro V</b> <b>2) ¿La empresa productora supuestamente afectada, es al mismo tiempo maquila?</b>
Si la empresa productora afectada es la misma que maquila el producto con el que compite o no, la afectación por el RM y sus consecuencias negativas se dará en mayor o menor medida. Los motivos que conllevan a estudiar de forma diferente cada caso, en virtud de que la empresa maquile o no el producto, surge porque si el productor afectado es la misma maquila, puede continuar obteniendo utilidades de los productos que maquila a pesar de la afectación. Por otra parte, le sería más fácil obtener pruebas ya que es la maquila y la productora que compite con esta al mismo tiempo, por ultimo tendría un mayor poder de negociación en comparación con una empresa que no maquila, debido a que a la GS le interesa que le continúe elaborando sus productos blancos.

<b>Cuadro VI</b> <b>3) ¿Cuáles son las condiciones del mercado del producto aparentemente afectado? ¿Se encuentra el producto presuntamente afectado en un mercado perfectamente competitivo, en un mercado oligopólico o en un mercado monopolísticamente competitivo<sup>96</sup>?</b>	
Mercado competitivo	Encontramos que en un mercado perfectamente competitivo hay muchas empresas productoras, como consecuencia de ello la capacidad de negociación de cada productor frente a la GS va a ser menor si se compara con un mercado en el que solo hay un productor. Pensemos en el mercado de la leche, en este mercado hay muchos productores y por ello, en principio, si un productor de leche decide no contratar más con una GS, ésta no se verá afectada en mayor medida pues podrá comercializar marcas de otros productores de leche. Si por el contrario solo hay un productor, a la GS le interesa contratar con este productor, debido a que si no lo hace, no podrá comercializar ese producto y no tendría forma de remplazarlo.

96. MANKIW define el mercado competitivo como el “mercado en el que hay muchos compradores y vendedores que intercambian **productos idénticos**, por lo que cada uno de ellos es un precio-aceptante”. También define el mercado oligopólico como la “Estructura del mercado en la que sólo **unos cuantos vendedores ofrecen productos similares o idénticos**”. Finalmente define el mercado monopolísticamente competitivo como la “Estructura del mercado en la que **muchas empresas venden productos similares pero no idénticos**”. MANKIW, N. GREGORY. Principios de Economía. Pág. 184, 215, 231 Ed., McGraw-Hill. (2002).

Mercado oligopólico	Los productos que están en mercados oligopólicos, normalmente son productos que su marca se encuentra posicionada en el mercado y por lo tanto la afectación que pueden sufrir del RM es menor. Los productores en un mercado oligopólico son pocos y por ello su poder de negociación con las GS es mayor en comparación con los que están en un mercado de competencia perfecta, existe un mayor poder de negociación debido a que su participación en el mercado es relevante y por tanto a las GS les interesará contratar con ellos. Así mismo, los productores oligopólicos tienen ciertas características de los mercados monopolísticos, entre otras la de tener determinada capacidad de fijar los precios, lo que le permite tener mayores utilidades, las cuales les permite mejorar su producto, bajar sus costos y dar estímulos a la GS.
Mercado nopolísticamente competitivo	Un ejemplo de un mercado monopolísticamente competitivo es el de los computadores, ya que hay diferentes marcas de computadores similares pero no idénticos, cada uno posee características que los hace diferentes, incluso algunos operan con sistemas diferentes (Linux, iOS). Si estudiamos las preferencias de los consumidores, es posible que al momento de tomar la decisión de comprar un computador se dude cual escoger, pero consideramos que las características diferenciadoras y el posicionamiento de cada computador no permitirán que su demanda se vea afectada en mayor medida.

### Cuadro VII

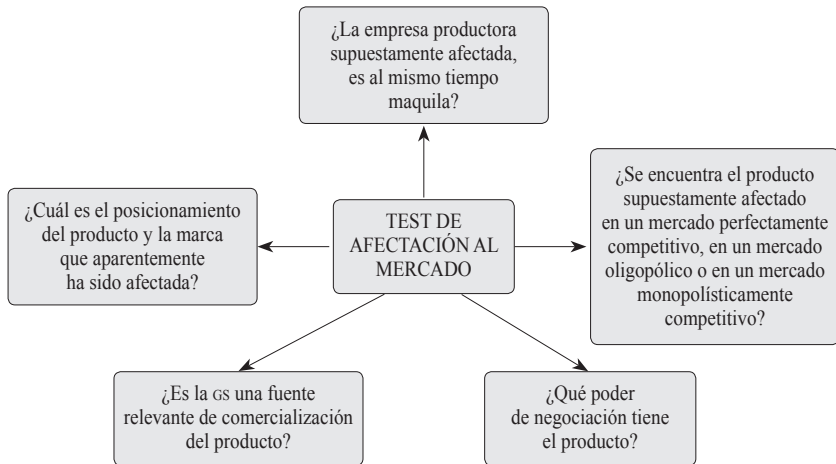
#### 4) ¿Qué poder de negociación tiene el productor?

Es posible que una empresa productora con gran participación en el mercado se vea afectada por las conductas de la GS, lo mismo podría sucederle a una empresa con poca participación en el mercado, pero en este caso la capacidad de negociación y persuasión frente a la GS es mayor por parte de la empresa que tiene gran participación, frente a la que tiene la empresa que tiene una participación menor. Si la empresa grande produce una variedad de productos, a la GS le interesará comercializar todos estos y por lo tanto deseará mantener la relación comercial, por el contrario es probable que la empresa chica no produzca la variedad de mercancías que produce la grande. Por lo dicho, la capacidad de negociación de cada empresa es diferente y por ende las consecuencias del RM moral pueden ser mayores o menores según el productor.



<b>Cuadro VIII</b>
<b>5) ¿Es la GS una fuente relevante de comercialización del producto?</b>
Existen mercados donde las GS son el principal medio de comercialización de los productos, pero así mismo existen productos que tienen medios de comercialización diferentes y que son más importantes que la GS. Si la empresa productora depende en mayor medida de la GS o no, podrá verse afectada de manera relevante por las actuaciones de las GS y por lo tanto la posibilidad de sanción debería ser alta. Si analizamos el mercado de los cereales listos, como lo es el de las marcas Kellogg's, Fitness, Quaker, etc. podemos afirmar que su principal medio de comercialización son las GS <sup>97</sup> , por el contrario si analizamos la comercialización de las bebidas alcohólicas tales como cerveza Águila, aguardiente Néctar, etc. los principales medios de comercialización se encuentran en establecimientos distintos a las GS tales como bares, licorerías, tiendas, etc. <sup>98</sup> .

Para sintetizar presentamos el siguiente diagrama:



97. [http://www.mktglobal.iteso.mx/index.php?option=com\\_content&view=article&id=243&Itemid=118](http://www.mktglobal.iteso.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=243&Itemid=118). (26 de julio del 2012).

98. Estudio Económico del Sector Retail en Colombia 2011 (LAURA LUCÍA AMÉZQUITA G. YEINNI ANDREA PATIÑO M. Delegatura para la Protección de la Competencia Superintendencia de Industria y Comercio). Por medio del cual se exponen cifras en el sector retail. Diciembre 2011. P6.

Resueltas estas 5 preguntas la entidad encargada de analizar si existió abuso de la posición dominante, sabrá si los cargos son probables o improbables, y qué pruebas podrá practicar y tendrá mayor certeza de un eventual abuso de la posición dominante. De manera que si se trata de un mercado que tiene respuestas positivas a cada una de las preguntas, la entidad de protección de la competencia podría pensar que es improbable o irrelevante la afectación del mercado, ya que el mercado y sus agentes se encargarán de conjurar el conflicto de manera eficiente y su intervención podría causar un efecto negativo. Si por el contrario se trata de un producto que tiene respuestas negativas a cada pregunta, deberá la autoridad de la competencia pensar que es probable y relevante la afectación del mercado, pues en ese caso el mercado y sus agentes no reaccionarían de manera eficiente para solucionar el problema ocasionado por el RM.

Con la respuesta de la primera pregunta, la SIC podrá determinar cual es el mercado geográfico del producto, debido a que si la mercancía afectada esta altamente posicionada, se concluye que el mercado debe ser una zona amplia (Ciudad, departamento, región o toda Colombia), por el contrario, si el posicionamiento de la marca es bajo, debe entenderse que el mercado geográfico del producto es pequeño.

La segunda pregunta es relevante respecto al tema probatorio; si la empresa es maquila ésta tendrá mayor probabilidad de aportar pruebas, ya que ella sabrá en parte cual es el procedimiento que le da la GS a los productos blancos (por ejemplo la recepción de estos productos, debido a que la maquila es quien los entrega y por lo tanto tendrá conocimiento de como es la logística para la recepción.) y podría la SIC exigir que la empresa que maquila aporte determinadas pruebas.

La tercera pregunta determina el poder que tiene el productor y por ende, según el caso, este podrá probar en mayor o menor medida como era el mercado, que acto ocurrió que hizo que cambiará y cuál fue su consecuencia.

La cuarta pregunta habla del poder de negociación, visto desde el punto de vista probatorio, si el productor tiene un poder de negociación fuerte frente a la GS, podrá exigir de la GS la constancia de determinadas negociaciones, por el contrario si el poder de negociación es bajo, sería posible que la GS se niegue a dejar prueba de ciertas negociaciones. Esta pregunta se encuentra ligada al tema del posicionamiento del producto, debido a que si el producto está altamente posicionado, es probable que las transacciones que se realicen respecto de este sean grandes y por lo tanto ambas partes estarán interesadas en dejar constancia de cada reunión, negociación, etc. Si el producto no se encuentra posicionado, posiblemente serán transacciones pequeñas para la GS, la cual no se tomará la molestia de dejar constancia de cada cosa que se haga respecto a este producto.

La respuesta a la quinta pregunta nos permitiría saber si la GS es una fuente importante de comercialización; en caso de que lo sea, se podría pensar en invertir la carga de la prueba, ya que no sería difícil para la GS probar cuáles son los factores del mercado que provocaron el cambio. Si la GS no es una fuente relevante de comercialización del producto, el productor deberá tener la capacidad de probar cuáles son los factores que hicieron que el mercado cambiara, pues podrá comparar como actúa el consumidor de su producto frente a la GS y como actúa frente a los demás comercializadores.

En efecto “*la mano invisible del mercado*” puede operar en mayor o menor medida según las condiciones del mercado que está siendo afectado. Esta podría operar en un mercado en el que los competidores son fuertes, por el contrario en un mercado en el que los competidores no tienen estructuras sólidas, el daño puede ser relevante<sup>99</sup>, por ejemplo, los precios predatorios pueden ser más efectivos en uno u otro mercado. Por lo tanto, con las res-

---

99. Al responder las preguntas, la SIC podrá determinar si existe alguna falla en el mercado, que no permita que este asigne de manera eficiente los recursos por sí solo y por lo tanto sabrá si debe actuar o no. MANKIW, N. GREGORY. Principios de Economía. P 8. Ed., McGraw-Hill. (2002).

puestas a las preguntas, la SIC podrá en principio determinar si es probable una sanción o un cierre de la investigación.

Pensamos que una relación puede ser regulada de distintas maneras, una de ellas es decir como deben comportarse las partes; esto se puede decir de forma afirmativa o negativa. Las normas al prohibir determinados comportamientos, lo que hacen es definir de manera negativa como deben comportarse los sujetos y al imponer determinadas penas a quienes cometan dichas conductas, se crea un desvalor de acción para la sociedad<sup>100</sup>. En efecto, el análisis de las sanciones a los actos de abuso de la posición dominante, ayuda a determinar como deben ser las relaciones y por ello procedemos a estudiar como puede la SIC actuar frente a los actos abusivos de la posición dominante que son difíciles de determinar y probar.

Consideramos que actualmente en Colombia existen las normas suficientes para iniciar las acciones legales correspondientes contra las GS que tomen ventaja del RM. Un problema sobreviniente respecto a la aplicación de las normas que hemos mencionado, es que probar los actos contrarios a la competencia puede ser difícil, porque las GS están en un límite donde se encuentra el máximo deseable a saber: ser un competidor leal, agresivo y eficiente frente a uno desleal e ineficiente. Por ello, a continuación exponemos dos cosas que solucionan este problema: primero, que los términos de los contratos entre GS y las maquilas se hagan públicos, y segundo, que se invierta la carga de la prueba a la hora de que la SIC adelante una investigación administrativa.

## 2. PUBLICIDAD DE LAS RELACIONES

Para que el RM se pueda administrar de manera efectiva y seguidamente prevenir el acaecimiento de alguna de sus consecuen-

---

100. Recordemos que entre las funciones de las penas están la de prevención especial, la prevención general, entre otras. PERCY GARCÍA CAVERO. *Acercas de la Función de la Pena*. Revista Jurídica Online. 2005. At 1. Pág. 6.

cias negativas, es conveniente, que la relación entre las grandes superficies y los productores sea pública. Con esto las empresas productoras podrán exigir a las GS un trato igual, podrán analizar como es el trato entre las GS con las personas que les maquilan y con los demás productores.

Es importante el análisis de cómo es la relación de las GS y sus maquilas, si se tiene en cuenta que las consecuencias del RM existente entre las GS y los productores pueden ocurrir respecto a los productos blancos. Lo anterior, sin perder de vista que los productores y las maquilas se relacionan con las GS de manera distinta por razones necesarias, ya que las GS compran los productos a las maquilas y por el contrario los bienes de los productores los reciben en consignación. En razón de que las GS celebran distintos contratos con los productores (consignación) y las maquilas (compraventa), esto conlleva a que, por ejemplo, el pago a las maquilas pueda ser en el momento de la entrega de los bienes, mientras que el pago a los productores podría ser en determinado plazo (cuando se vendan las mercancías) y esto mal podría verse como un trato discriminatorio.

Siendo públicas las relaciones, se podría estudiar si la actuación de la GS corresponde a un acto discriminatorio o no. Podría compararse el proceder que tiene la GS con los productos que se encuentran en el mismo mercado de sus productos blancos con los cuales compete, frente al que tiene con los productos que no se encuentran en el mismo mercado de su producto blanco con los cuales no compete y así establecer si existe un comportamiento discriminatorio.

Vemos un avance importante en las normas emitidas por los mismos particulares como son: el Acuerdo unificado sobre buenas prácticas industriales, comerciales y defensa del consumidor y el Manual de proveedores de cada GS. La importancia que tienen estos documentos radica en que se estipula cómo deberá ser la relación entre la GS y los productores, esto permite que los distintos productores puedan comparar el trato que le da la GS, con el que les da a los demás. Mal podría darles la GS un trato preferencial injustificado a sus maquilas frente al trato que le da a los demás

productores. En efecto, las GS deben ver los productos que llevan sus marcas propias de igual forma que ve los productos con los cuales compete y por tanto tratarlos igual, esto para que en el mercado se de una recta y leal competencia. Esta “visión igualitaria” tiene excepciones que necesariamente deben darse y que más adelante expondremos.

Al afirmar que la relación debe ser publica para que el trato de las GS con los proveedores y las maquilas sean iguales, nos referimos a cuestiones en las cuales no hay fundamento para diferenciar. Un ejemplo puede ser el recibo de los productos de unos y otros, no vemos causa para que hipotéticamente la GS al recibir las mercancías que llevan sus marcas propias utilice métodos, personal y maquinaria de logística mejor que la que utilice para recibir las mercancías con los cuales compete.

Recogiendo lo dicho hasta el momento, tenemos las normas aplicables, pero para poder usarlas de manera efectiva en caso de ser necesarias, se deben buscar formas que faciliten la prueba de los actos de las GS ya que puede llegar a ser difícil; para ello, planteamos como primera medida que sean públicas las actuaciones de las GS. Por ejemplo para evitar actos de corrupción en la contratación estatal en Colombia, la cual entre otras cosas es producida por posibles conflictos de intereses- RM, se creó el SECOP que es el sistema electrónico para la contratación pública, con esto se tiene un mayor control de las actuaciones de los funcionarios públicos al momento de contratar.<sup>101</sup>

### 3. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Respecto al tema de las pruebas consideramos que estas pueden ser difíciles de obtener y por lo tanto probar los hechos tipifica-

---

101. Decreto 734 de 2012 (Departamento Nacional de Planeación). Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones. Abril 13. Art. 2.2.5.

dos en las normas que hemos estudiado también es difícil. Para solucionar el problema probatorio, en determinados casos podría darse una inversión en la carga de la prueba.

Dando aplicación a la teoría de la carga dinámica de la prueba, según la cual, quien debe probar las cosas es a quien le quede más fácil, se lograría que sean las GS quienes deban probar ciertos hechos. Pensemos una situación hipotética en la cual la GS utiliza una mejor logística operativa para la recepción y ubicación de los productos que llevan sus marcas propias en comparación con la logística usada para los productos con los que compiten, no debería presentar problema alguno para la GS probar que utiliza la misma logística en ambos productos. Continuando con nuestro ejemplo, al invertir la carga de la prueba, el productor al sentirse discriminado podrá accionar ante la autoridad correspondiente, pero quien deberá probar que utiliza la misma logística será la GS y no el productor.

Inicialmente habíamos dicho que las GS tienen una sistematización avanzada que les permite obtener grandes cantidades de información, lo cual les permite tomar decisiones eficientes. Esta misma sistematización les sirve para probar porque su comportamiento es conforme a derecho, por lo tanto vemos que es a ellas a quien les queda más fácil probar cual fue la causa del cambio en el mercado, ya que tendrían en sus manos toda la información estadística que les permita argüir porque actuaron de determinada forma.

Actualmente la inversión de la carga de la prueba puede darse aplicando de manera extensiva del artículo 177 del C. de P.C. caso en el cual serían las autoridades judiciales quienes harían esta inversión<sup>102</sup>. Cuando entre a regir el Código General del Proceso<sup>103</sup> sería el art. 167 el aplicable, el cual indica:

---

102. Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativa. Sección Tercera. Proceso 11169 (C. P. RICARDO HOYOS DUQUE; Mayo 3 de 1999).

103. Código General del Proceso (C.G. del P.). Ley 1564 de 2012. Art. 167. Julio 12 de 2012. (Colombia).

**“Artículo 167. Carga de la prueba.** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

***No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.*** La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.<sup>104”</sup> (Negrita y cursiva por fuera del texto)

Para hablar de una inversión de la carga de la prueba en un tema sancionatorio, es importante analizar presunciones tales como la de inocencia, buena fe y el derecho al debido proceso. Respecto a este tema, la H. Corte Constitucional mediante sentencia C-740 del 2003<sup>105</sup>, al analizar la inversión de la carga de la prueba que se daba en la ley de extinción de dominio, afirmó:

“...no se trata, en manera alguna, de una institución que haga parte del ejercicio del poder punitivo del Estado y por ello no le son trasladables las garantías constitucionales referidas al delito, al proceso penal y a la pena. Por lo tanto, en el ámbito de la acción de extinción de dominio no puede hablarse de la presunción de inocencia y, en consecuencia, de la prohibición de inversión de la carga de la prueba...”

---

104. Id.

105. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-740 del 2003. (M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO; Agosto 28 del 2003).



De manera parecida en la Sentencia C-319 de 1996<sup>106</sup>, al estudiar la inversión de la carga de la prueba en casos de enriquecimiento ilícito de servidores públicos, la H. Corte manifestó:

“En el caso del enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, debe el Estado demostrar que el enriquecimiento es real e injustificado, ocurrido por razón del cargo que desempeña. Así, una vez establecida la diferencia patrimonial real y su no justificación, opera el fenómeno de la adecuación típica que va a permitir el desarrollo del proceso en sus etapas sumarial y de juicio. *Es entonces la falta de justificación el elemento determinante para dar origen a la investigación y, por tanto, la explicación que brinde el sindicado del delito, no es otra cosa que el ejercicio de su derecho a la defensa frente a las imputaciones que le haga el Estado en ejercicio de su función investigativa. No se trata pues de establecer una presunción de ilicitud sobre todo incremento, sino de presumir no justificado todo aquel incremento desproporcionado que carezca de explicación razonable de tipo financiero, contable y, por su puesto, legal*”. (Negrilla y cursiva por fuera del texto)

De lo transcrito, podemos afirmar que la carga de la SIC debe ser solo probar que en el mercado hubo un cambio en favor de la GS y que este, en principio, es injustificado, para que la GS en virtud de su derecho de defensa justifique cual fue el motivo conforme a derecho que provocó el cambio. Debemos tener en cuenta que cada día la SIC estudia diferentes mercados (cementero, azucarero, telecomunicaciones, etc.), y por ello es difícil que conozca las características específicas de cada uno. Por el contrario, cada GS conoce muy bien su mercado, los gerentes de cada una constantemente analizan el mercado para tomar decisiones y cada día adquieren información por medio de su sistema<sup>107</sup>, como consecuencia de todo esto, no es una gran carga que tengan el deber de justificar

---

106. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 319 de 1996 (M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA; Julio 18 de 1996).

107. Las tarjetas “supercliente” les permite saber las preferencias de la persona, como, cuando y que es lo que compra el consumidor.

cual fue la causa que provocó el cambio en el mercado. Mal podría decirse que un gerente adquiere participación en el mercado y que no sabe por qué, por el contrario, seguramente él sabrá el por qué y lo comunicará a la junta directiva y a los socios para que le den el reconocimiento que le corresponde. Pensemos por un momento que algunas GS hacen determinados descuentos ciertos días, por ejemplo 25% de descuento los sábados en carne de res, seguramente dicha decisión está fundamentada, tal vez porque es el día que más se vende carne o porque es el que menos se vende. Este tipo de información no la tendría la SIC y es por ello que será la GS quien deba informarlo a la sic en caso de que abra una investigación por un aparente aumento injustificado en el mercado de la carne de res.

Por último, no debemos perder de vista que los principios del derecho penal se aplican al derecho administrativo sancionador en un matiz menor<sup>108</sup> y por ende la ponderación entre la protección de los mercados y la presunción de inocencia y debido proceso es posible.

En conclusión, la sic estará obligada a analizar el cambio que ocurrió en el mercado a favor de la GS, posterior a ello, tendrá que estudiar qué actos competitivos producirían ese cambio y si estos actos fueron realizados por la GS. Por ejemplo; la sic podría determinar que hubo un cambio en la participación del mercado del producto X, en el cual la mercancía blanca aumento su participación en un 50%, después, debe analizar que actos comerciales (promociones, publicidad y demás) ocasionarían esto, por ultimo deberá estudiar si la GS realizó tales actos comerciales. Si en la investigación, la sic determina que la GS realizó uno o algunos de los actos que ocasionarían dicho cambio, podría afirmar que

---

108. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 726 de 2009 (M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, 14 de octubre de 2009).

el cambio es justificado. Por el contrario, si en la investigación encuentra que la GS no realizó ninguno de los actos comerciales, podrá afirmar que el aumento es injustificado y que por lo tanto existió una conducta abusiva. En este último caso, la GS en virtud del derecho de defensa, podrá probarle a la SIC qué actos fueron los que realizó para que el mercado cambiara de tal manera.

## VI. CONCLUSIÓN

En Colombia las GS tienen una posición dominante en la comercialización de productos de consumo masivo para compradores finales que se abastecen por lapsos superiores a un día y que tienen una capacidad adquisitiva alta. Un punto gris en la actuación de las GS se encuentra en la competencia que existe entre los productos tradicionales y los productos que llevan las marcas propias de las GS, es debido a esta competencia que el conflicto de interés-RM se muestra con gran potencial de terminar en consecuencias negativas. Para evitar las consecuencias negativas del RM dentro de la relación, las partes pueden administrarlo de manera contractual, con incentivos, por medio de autorregulación, intentar solucionar las consecuencias negativas al momento de que estas se presenten, entre otras.

Debido a la posición de dominio que tienen las GS, consideramos que difícilmente estas de manera voluntaria renunciarían a los privilegios que tienen, pues no van a permitir que se desmejore su posición y por lo tanto en la práctica no vemos muy operativas las soluciones que requieren de la voluntad y liberalidad de las GS.

De manera que la administración del RM la vemos efectiva por medio de la aplicación de las normas de competencia desleal, actos restrictivos de la competencia o de abuso de la posición dominante, esto debido a que no requiere de la voluntad de las GS sino de la actuación de un tercero imparcial, la SIC. La aplicación

de las normas que protegen la competencia si bien haría incurrir a los productores y las grandes superficies en litigios que tal vez pueden ser largos y desgastantes, tiene la característica de ser aplicables sin necesidad de que medie la voluntad de las partes.

En el caso colombiano a pesar de que el tema no ha sido desarrollado por la doctrina, ni por las autoridades, tenemos un gran avance en la regulación de esta relación debido a la existencia de “gobiernos corporativos”<sup>109</sup> que han establecido las GS para archivar investigaciones de la SIC. De lo anterior tenemos como ejemplo el Manual de Proveedores de Almacenes Éxito S.A, el cual fue creado a raíz de una investigación que realizó la SIC. Por otra parte está el Acuerdo Unificado sobre Buenas Prácticas Industriales, Comerciales y Defensa del Consumidor, el cual describe cómo deben desarrollarse las relaciones, igualdad de condiciones entre proveedores y las maquilas, codificación y descodificación, retaliaciones por denuncias, plazos para el pago entre otras.

El presente escrito la hemos limitado al análisis de la conducta que debe tener la SIC cuando acaece un hecho negativo como consecuencia del RM, que sea considerado como abusivo de la posición dominante. Por lo tanto concluimos qué debe estudiar la SIC y qué debe probar, sin perder de vista que en algunos casos la diferencia entre un gran competidor y un abusador del dominio puede ser pequeña, y que las GS deben tratar de manera igual a todos los proveedores independientemente de si es maquila o no.

El mayor problema para la administración y prevención del RM en la relación analizada no la encontramos en las normas. El problema es respecto a la aplicación de estas, en especial lo referente a la prueba de los actos que puedan llegar a dar lugar a su aplicación.

---

109. J. HAROLD MULHERIN et al. *Mergers and Corporate Governance*. P 347-348. Ed., EDWARD ELGAR. (2004)

La respuesta al problema jurídico **¿Cómo prevenir y administrar el riesgo moral entre productores y grandes superficies, cuando este se concreta en un daño?** es que la SIC solo debe probar qué cambio ocurrió en el mercado, los actos comerciales conforme a derecho que provocarían este cambio y si la GS realizó alguno de estos. La publicidad de las actuaciones de las GS le permitiría a la SIC determinar de manera fácil si la GS llevó a cabo los actos comerciales conforme a derecho, que según la SIC provocarían el cambio que ocurrió en el mercado y además le daría la posibilidad de estudiar si existen actos discriminatorios.

Los proveedores que pueden verse afectados, se encuentran en diversos mercados y con circunstancias muy diferentes, lo que puede hacer que las consecuencias del RM sean relevantes o no. Para saber si la empresa que posiblemente se está viendo afectada es altamente vulnerable o no al RM la SIC deberá hacerse las siguientes preguntas:

1. ¿Cuál es el posicionamiento del producto y la marca que aparentemente ha sido afectada?
2. ¿La empresa productora supuestamente afectada, es al mismo tiempo maquila?
3. ¿Cuáles son las condiciones del mercado del producto aparentemente afectado? ¿Se encuentra el producto supuestamente afectado en un mercado perfectamente competitivo, en un mercado oligopólico o en un mercado monopolísticamente competitivo?
4. ¿Qué poder de negociación tiene el productor?
5. ¿Es la GS una fuente relevante de comercialización del producto?

Las respuestas a las anteriores preguntas le permitirán a la SIC saber cómo estudiar el mercado, qué cambios ocurrieron y qué actos comerciales conforme a derecho provocarían este cambio.

Por lo dicho hasta ahora, consideramos que para que realmente pueda llegar a existir una administración del RM sin llegar a casos en los que claramente se cometan actos abusivos, sino para que se pueda aplicar en aquellas zonas grises, consideramos necesario que las actuaciones de las GS sean públicas y que haya una inversión de la carga de la prueba.

La publicidad de las relaciones y las actuaciones de la GS permitiría a la SIC y a las demás empresas productoras analizar el comportamiento de la GS para determinar si han existido actos de discriminación y además estudiar si la GS realizó algún acto conforme a derecho que provocara el cambio ocurrido en el mercado, o si este cambio fue debido a una práctica restrictiva de la competencia.

Finalmente la inversión de la carga de la prueba haría que la SIC no deba demostrar la conducta abusiva que provocó un cambio injustificado en el mercado, sino que solo deba probar el cambio que ocurrió en el mercado, qué actos leales provocarían este acto y que la GS no realizó ninguno de estos, para trasladarle a la GS el deber de probar que el cambio está justificado por alguna conducta leal.